



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale

in

Amministrazione, Finanza
e Controllo

Tesi di Laurea

**UN NUOVO CODICE DELLA CRISI
D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA
PER PERSEGUIRE L'OBIETTIVO DI
CONTINUITÀ AZIENDALE: GLI
EARLY WARNINGS E IL
CONCORDATO PREVENTIVO**

Relatore

Ch.mo Prof. Mauro Pizzigati

Laureanda

Cristina Signor

Matricola

871725

Anno Accademico

2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	4
1. L'EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELLA "CRISI D'IMPRESA"	7
1.1. Le origini del fallimento	7
1.2. La Legge Fallimentare del '42	16
1.3. Verso il cambiamento: l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese e il c.d. Decreto Marzano	20
1.4. Le Commissioni Trevisanato e la successiva stagione delle riforme	24
1.5. La Commissione Rordorf e il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza	30
1.5.1. Le novità introdotte dal Codice	31
2. LA CONTINUITÀ AZIENDALE E LE PROCEDURE DI ALLERTA E COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI	35
2.1. Il Principio di continuità aziendale	35
2.1.1. La continuità aziendale nella disciplina del bilancio	35
2.1.2. La continuità aziendale nelle procedure concorsuali e il concetto di "stato di crisi" 38	
2.2. L'importanza di anticipare l'emersione della crisi	40
2.2.1. Gli Early Warnings	43
2.2.2. L'ambito di estensione degli strumenti di allerta e il ruolo degli Ocri	46
2.2.3. Il procedimento d'innanzi all'Ocri	50
2.2.4. Gli obblighi di segnalazione interna ed esterna	54
2.2.5. Gli indicatori della crisi	58
2.3. Le misure premiali	61
3. L'ISTITUTO DEL CONCORDATO PREVENTIVO	65
3.1. Il concordato preventivo prima del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: procedimento e finalità	65
3.2. Il concordato con continuità: l'art. 186-bis	70
3.2.1. La continuità diretta, indiretta e mista	72
3.3. Il concordato preventivo dopo il Codice: la valorizzazione della continuità	74
3.3.1. I requisiti soggettivi e oggettivi	77

3.3.2. Il piano concordatario	82
3.3.2.1. Le proposte e le offerte concorrenti	85
3.3.3. Gli effetti della presentazione della domanda di concordato	88
3.3.4. La votazione dei creditori	93
3.3.5. Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo	95
3.4. L'affitto d'azienda	97
CONCLUSIONI	101
BIBLIOGRAFIA	103

INTRODUZIONE

Il 10 Gennaio 2019 è stato approvato in via definitiva il nuovo testo del “Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza” (Cci), il quale vede modificare a fondo la vecchia Legge Fallimentare del ’42.

Dopo oltre 75 anni dalla sua originaria formulazione, la Legge Fallimentare del ’42, ispirata dalla cultura degli anni ’30 e da un modo di intendere l’impresa diverso da quello odierno, risultava inadatta ad interpretare e rappresentare il pensiero e la cultura attuale, nonché le nuove esigenze nate in campo concorsuale come quella di conservazione del valore d’impresa e di una maggiore e più efficace soddisfazione dei creditori.

Negli ultimi anni, infatti, la Legge Fallimentare è stata protagonista di una serie di numerosi interventi normativi volti alla sua modifica integrale e non solo ad un suo mero aggiornamento per restare al passo con la realtà dei mercati e del mondo imprenditoriale: dal 2005 ad oggi si sono succeduti innumerevoli provvedimenti che hanno reso il corpo della Legge Fallimentare, frammentario e poco omogeneo.

La recessione economica, determinando un aumento delle società in stato di insolvenza, ha sancito la necessità di una complessiva rivisitazione della normativa, rimarcata anche dalle sollecitazioni provenienti dal diritto dell’Unione Europea. In particolare, si citano, ai fini di questo elaborato:

- I principi della Model Law e della Guide on Insolvency: in seno all’UNICTRAL¹, nel maggio del 1997 è stata approvata la *Model Law on Cross- border Insolvency* con lo scopo di incoraggiare la cooperazione ed il coordinamento tra le diverse giurisdizioni in materia di procedure concorsuali e tutela dei diritti dei creditori², lasciando al contempo la flessibilità alle diverse Nazioni di modificare il testo *standard* per adattarlo alla propria normativa interna. Queste linee guida sono state adottate solo in parte dall’Italia in occasione della Riforma del 2005, mentre sono state recepite positivamente dalla Commissione Rordorf;
- Il Regolamento Ue 2015/848: il Regolamento recepisce le linee guida della Model Law trattando dell’efficienza e dell’efficacia delle procedure di insolvenza per il

¹ Si tratta della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale.

² La *Model Law*, nonché la successiva *Guide on Insolvency*, consistono in delle proposte in merito alla previsione di criteri standardizzati in riferimento all’apertura della procedura, alla predisposizione di un procedimento celere, alla sospensione della azione esecutive ed ai criteri per l’erogazione di nuova finanza.

buon funzionamento del mercato interno, soprattutto in ragione delle implicazioni transfrontaliere;

- La Raccomandazione 2014/135/Ue: con l'obiettivo di sollecitare gli stati membri ad istituire un quadro giuridico che induca le imprese a ristrutturarsi in fase precoce per evitare l'insolvenza e garantire la ristrutturazione e prosecuzione dell'attività d'impresa, concedendo anche una seconda opportunità agli "imprenditori onesti ma sfortunati";
- Il Regolamento delegato Ue 2016/451: stabilisce i criteri e principi generali per le strategie d'investimento.

A livello europeo, quindi, viene sollecitata la necessità di predisporre un'impostazione legislativa basata sui c.d. *early warnings*, *early restructuring* e *second chance*³. Con l'obiettivo di rispondere a queste sollecitazioni, viene emanata la legge delega 155/2017 per riformare la disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza: viene, così promulgato il D.Lgs. 14/2019 con il quale viene pubblicato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore era prevista per il 15 agosto 2020.

L'emergenza sanitaria mondiale Covid-19 ha prodotto numerose complicanze ed effetti negativi per le imprese, siano queste *in bonis* o all'interno di un percorso di risanamento. Con il c.d. "Decreto Cura Italia" (D.L. 17 marzo 2020, n. 18) il legislatore ha inteso introdurre delle misure per attutire l'impatto della crisi: tra queste si citano la sospensione dei pagamenti delle rate di mutui, canoni di leasing e prestiti non rateizzati, l'ampliamento delle garanzie prestate dallo stato per agevolare l'accesso delle imprese al credito bancario, la previsione di una moratoria straordinaria, la possibilità di fruire della cassa integrazione ordinaria e in deroga, gli incentivi per cessione a titolo oneroso dei crediti «deteriorati» finanziari e commerciali mediante possibilità di trasformare in credito d'imposta le imposte anticipate relative a perdite fiscali ed eccedenze ACE, nonché una sospensione di tutti i termini processuali, tra il 9 marzo 2020 ed il 15 aprile 2020, con rinvio a data successiva al termine di sospensione di tutte le udienze per le imprese che avevano già intrapreso un percorso di risanamento. Inoltre, con il D.L. 8 aprile 2020, n. 23, contenente misure urgenti in materia di accesso al credito e rinvio di adempimenti per le imprese, nonché di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica e di giustizia, il legislatore ha introdotto delle novità per gestire la situazione di crisi

³ BRESSANELLI G., RONCATO M. E., *L'influenza del diritto Ue nelle misure d'allerta*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 64 e ss.

e sostenere l'economia in generale. In tal senso, il D.L., infine, ha posticipato l'entrata in vigore del Codice al 1° settembre 2021. Infatti, si ritiene che la sua entrata in vigore in un momento così delicato della storia possa addirittura essere controproducente: il sistema di allerta produrrebbe risultati disfunzionali in un contesto in cui tutto il tessuto economico viene colpito da un'enorme crisi, gli obiettivi prefissati non verrebbero raggiunti e i nuovi strumenti porterebbero ad un'instabilità maggiore, in particolar modo se si pensa alle difficoltà applicative di tali strumenti per le imprese nel primo periodo di adattamento⁴.

Con il presente elaborato si intende illustrare, in seguito ad un'introduzione della materia di carattere storico, la nuova disciplina in merito agli strumenti di allerta ed emersione anticipata della crisi ed il concordato preventivo con continuità, delineando le varie caratteristiche ed il procedimento tramite il quale un'impresa possa riuscire a risanarsi nel momento in cui da una situazione di crisi probabile passi ad una di crisi confermata e debba, quindi, accedere agli strumenti appositi per poter ritornare *in bonis*.

Nel far ciò si intende avere cura di sottolineare come il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza abbia come fine quello di prevenire l'emersione della crisi ed, in caso, consentire il risanamento dell'impresa tramite la promozione di una continuità aziendale la quale viene promossa e preferita per tutto il processo di ristrutturazione⁵, quale mezzo oltre che risanatorio e favorevole al debitore e ai soci, anche, ed *in via prioritaria*, vantaggioso per i creditori, al fine di tutelarli e garantirne un miglior soddisfacimento, evitando la dispersione del valore aziendale ed i posti di lavoro, con conseguente benessere per l'intero mercato.

⁴ Per maggiori informazioni in merito alle conseguenze legislative causate dall'emergenza sanitaria Covid-19 si rimanda a PETROSILLO A., BURRONI D., *Il coronavirus contagia l'economia: novità normative e riflessioni in tema di crisi di impresa*, in *Ilfallimentarista.it*, 2020.

⁵ Ci si riferisce anche agli altri strumenti di *accordi di ristrutturazione* e *piani di risanamento*, i quali anche se non essendo trattati in questo elaborato, hanno un ruolo fondamentale all'interno del Codice e delle aspettative future del legislatore.

1. L'EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELLA "CRISI D'IMPRESA"

Risulta doveroso partire da un excursus storico per analizzare le varie tappe che hanno portato alla Riforma odierna⁶. L'esperienza acquisita dagli addetti ai lavori attraverso lo studio e l'osservazione delle varie trasformazioni normative ed interpretazioni giurisprudenziali diviene vitale per comprendere la ratio che sta alla base dell'intero Codice.

La Storia, infatti, possiede grande valore formativo e rappresenta, quindi, uno strumento fondamentale per l'analisi di una dottrina che si è evoluta negli anni in contemporanea con i cambiamenti avvenuti all'interno del panorama sociale, politico ed economico italiano.

Con questo primo capitolo si intende, quindi, analizzare la storia evolutiva della Legge Fallimentare all'interno del nostro ordinamento, non volendo entrare nello specifico delle singole disposizioni e dell'intera materia, ma soffermandosi solo sugli avvenimenti chiave per comprendere i motivi della sua conformazione attuale.

1.1. Le origini del fallimento

Un primo esempio di diritto fallimentare è riscontrabile fin dall'antichità: in dottrina si ritiene che questo istituto risalga al diritto romano, oppure che sia nato durante il periodo medioevale delle c.d. "societas mercatorum"⁷.

Nel primo caso, possiamo affermare come vi siano pochi elementi di diritto commerciale all'interno della dottrina romanistica e che quest'ultimi siano limitati solamente a determinati settori del diritto romano⁸: *partes secanto*, esecuzione per *manus iniectioem ex missio in possessionem*, *bonorum vendictio* e *cessio bonorum* sono gli istituti maggiormente riscontrabili.

«*Tertiis nundinis partis secanto, si plus minusve secuerunt, ne fraude esto*»⁹ è una norma che consente la pratica di uccidere il debitore spartendone le membra con gli altri creditori. Nella Roma antica, infatti, il vincolo patrimoniale esistente tra debitore e creditore era di tipo

⁶ Si intende il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n.14 con il quale è nato il "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155.

⁷ La *societas mercatorum* era una specie di società caratterizzata dalla gestione collettiva di un'impresa di mercatura all'interno della famiglia: una sorta di s.n.c.

⁸ Si veda CERAMI P., DI PORTO A., PETRUCCI A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Giappichelli Editore, 2004.

⁹ Norma decemvirale contenuta nella Legge delle XII Tavole emanata nel 453-452 a.C.

personale e in caso di inadempienza, quindi, il debitore doveva pagare con le sevizie, la schiavitù o con la morte a seconda della scelta del creditore¹⁰. Questo macabro rituale terminò solo nel 326 a.C. con l'emanazione della "Lex Poetelia Papiria" che pose le basi per il principio secondo il quale la vera garanzia fosse da ricercarsi nel patrimonio del debitore e non nella sua persona; questa legge, inoltre, introdusse la distinzione tra debitore in buona e male fede, assoggettando i due a trattamenti distinti¹¹.

Nonostante ciò la pena dell'infamia non venne mai annullata, i debitori rimanevano macchiati e, quindi, esclusi da uffici pubblici¹². La pena d'infamia è riscontrabile anche negli istituti della *bonorum vendictio* e in quello dell'esecuzione per *manus iniunctionem ex missio in possessionem*. Il primo istituto consisteva in una forma di esecuzione universale con onta sociale, mentre il secondo, tramite la fuga del debitore, facilitava l'acquisizione del suo patrimonio totale (comprensivo di beni e diritti) da parte del creditore svincolandolo dall'obbligazione solo nel momento in cui il patrimonio fosse stato sufficiente all'integrale soddisfazione di tutti i suoi creditori¹³.

Alcuni dei più importanti istituti nell'antica Roma rimangono, però, quelli della *cessio bonorum* e della *distractio bonorum*. Infatti, questi istituti prevedevano la cessione volontaria del patrimonio del debitore ai creditori, escludendo il primo dal rischio di infamia e di esecuzione personale: è da qui che trae origine il concordato preventivo¹⁴.

La concezione del debitore come figura negativa, quindi, fonda sicuramente le sue origini nel diritto romano più antico: si pensi che la stessa parola "fallimento" deriva dal latino "fallere" che significa "ingannare"¹⁵.

È dall'età medievale, però, che nasce il bisogno di un diritto fallimentare volto a regolare il dissesto del debitore che non è più il *cives* qualunque, bensì un mercante. Nel Basso Medioevo¹⁶, infatti, si determinano le condizioni sociali ed economiche che giustificano la

¹⁰ Si veda CONCAS A., *Le procedure concorsuali in Italia e all'estero*, in <https://www.diritto.it/le-procedure-concorsuali-in-italia-e-all-estero/>.

¹¹ LAZZARI M.S., VIROLI F., *Appunti storici sull'insolvenza ed i suoi effetti*, in *La rivista dei curatori fallimentari*.

¹² Si veda LAZZARI M.S., VIROLI F., *Appunti storici ...*, *op. cit.*

¹³ Si veda CIRILLO B., POSTIGLIONE G., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, in *Manuale Pratico del curatore fallimentare*, Maggioli Editore, 2012, p. 20.

¹⁴ CIRILLO B., POSTIGLIONE G., *Fallimento...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵ FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 21-22.

¹⁶ È il periodo storico tra l'anno 1000 d.C. e il 1492 circa.

necessità di formulare nuove regole per soddisfare le esigenze di tutela e autotutela della classe mercantile¹⁷.

Con la crisi del sistema feudale si verificò il passaggio da una società “curtense” ad una “urbana” caratterizzata dallo sviluppo dei commerci e dall’affermarsi della società mercantile rappresentata dalla figura del “mercator”;¹⁸ il ruolo di questa classe sociale fu cruciale per lo sviluppo delle relazioni commerciali internazionali europee e dell’economia e vita sociale del tempo¹⁹.

Il mercante, nello svolgimento della sua attività si addossava un onere ed un rischio grandissimi dati dall’incertezza del mercato. Il diritto commerciale nella società del tempo era, quindi, riferito alla figura del mercante, regolava l’attività dei mercatores e, soprattutto, era creato da loro²⁰.

La *lex mercatoria* o *ius mercatorum* non era un diritto espresso da una classe politica, ma si basava sugli statuti delle corporazioni mercantili, sulla consuetudine mercantile e veniva creato dalle curie mercatorie. Questa legge era finalizzata alla regolamentazione dei rapporti contrattuali ed extracontrattuali, veniva applicata ovunque e trovava il suo presupposto nel solo fatto di essere entrato in rapporto di compravendita con un mercante; la *potestas statuendi* risiedeva nelle corporazioni stesse²¹. La sua efficacia si basava sulla reciproca accettazione delle condizioni in essa stabilite da parte degli operatori commerciali²².

Un ruolo fondamentale nel diffondersi di questo ordinamento è stato svolto dalle potenze commerciali dell’epoca: le Repubbliche marinare hanno posato l’assetto per la creazione di regole accettate in maniera uniforme anche negli altri Paesi Europei²³.

La *lex mercatoria* conduce alla creazione di un diritto fallimentare applicabile ai soli mercanti²⁴ e funzionale alle regole che governano il capitale commerciale: l’adozione di un

¹⁷ BONELLI G., *Del fallimento: commento al Codice di commercio, III, Milano, 1923.*

¹⁸ Sinonimo del mercante moderno. Si veda, inoltre, LUZZATO G., *Storia economica d’Italia-Il Medioevo*, Firenze, 1963.

¹⁹ BONELLI G., *Del fallimento...*, op. cit.

²⁰ GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

²¹ GALGANO F., *Lex ...*, op. cit.

²² CONCAS A., *La lex mercatoria, definizione e caratteri*, in <https://www.diritto.it/la-lex-mercatoria-definizione-e-caratteri/>

²³ Tra le varie regole si ricordano quelle relative ai trasporti per mare, all’assicurazione dei bastimenti, alla polizza di carico, alla condivisione dei rischi da parte dei finanziatori con lo strumento dei Carati, gli strumenti come la cambiale, la lettera di cambio e le lettere di credito. CONCAS A., *La lex mercatoria*, op. cit.

²⁴ È evidente come l’attuale applicazione dell’istituto al solo imprenditore commerciale risalga alle sue origini. Cfr. FABIANI M., *Diritto Fallimentare...*, op. cit., p.22.

diritto speciale per i mercanti veniva giustificato dalla loro maggior propensione a trovarsi in uno stato di insolvenza, dalla facilità con la quale potevano accedere al credito e ai pagamenti differiti e, quindi, anche da ragioni di ordine pubblico nel caso di scandalo dovuto dal loro fallimento²⁵. L'attività commerciale si basava sulla fiducia e la disciplina del fallimento serviva proprio a riequilibrare la crisi creatasi nel momento in cui il debitore diventava insolvente. L'insolvenza poteva addirittura venire considerata un reato come la frode o il furto nel momento in cui il debitore in dissesto fuggiva portando con sé beni e contante. Non c'è da stupirsi, quindi, nel trovare la *fuga* all'interno delle fonti normative odierne come presupposto oggettivo dell'istituto²⁶.

Le garanzie a favore del creditore vennero rafforzate. Il debitore, infatti, doveva pagare alla scadenza senza dilazioni e i debiti scaduti producevano automaticamente interessi.²⁷ Nel fallimento venivano chiamati a partecipare tutti i creditori in maniera proporzionale ai loro crediti. L'istituto del fallimento si sviluppò, quindi, come strumento a tutela degli interessi e delle ragioni dei creditori consolidandosi laddove gli scambi commerciali erano più fiorenti, all'interno degli Statuti comunali²⁸ delle città più grandi e ricche del tempo²⁹. Il tratto caratterizzante che univa le diverse regole riscontrabili di città in città era la loro natura fortemente punitiva: all'insolvenza seguivano conseguenze gravissime sul lato personale e patrimoniale³⁰.

Si sottolinea come l'insolvenza venisse sanzionata dalle legislazioni statutarie in quanto tale, senza distinguere tra fattispecie e senza tenere conto delle cause del dissesto. Il

²⁵ Si vedano SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964 e GUALAZZINI U., PECORELLA C., *Fallimento (storia)*, XVI, Milano, 1967.

²⁶ Si veda COSTA C., MAGGIORE G.R., *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997; Gli autori sostengono, inoltre che "nella coppia terminologica fuga/insolvenza vi è dunque più che un rapporto di strumentalità: la prima, infatti, finisce per rappresentare nell'immaginario collettivo la sostanza stessa del fallimento tanto che la fuga si identificava con l'insolvenza e ci volle del tempo per maturare l'idea che l'insolvenza dovesse essere provata anche in altro modo".

²⁷ Lo *ius mercatorum* supera il divieto canonico di interessi usurari. Questo divieto verrà superato interamente nel XVI secolo: si sviluppa il mercato finanziario e nasce la figura del banchiere come lo conosciamo oggi.

²⁸ Si ricordano il *Constitutum usus* di Pisa (XII sec.) il quale sancisce per la prima volta il concorso dei creditori *per libram*, lo *Statuto Vercellese* del 1241 che prevede misure cautelari e soddisfattive sulla persona e sui beni del debitore con estensione anche ai figli, gli *Statuti Mercantili* di Piacenza e gli *Statuti dei Banchieri Bolognesi* del 1245 i quali impongono l'interdizione dell'attività per il fuggitivo; si veda COSTA C., MAGGIORE G.R., *Le procedure concorsuali...*, *op. cit.*

²⁹ Si veda MONTI A., *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, 4, il quale afferma che in quel contesto si accumulano prassi e usi giurisprudenziali frammentari e si percepisce la difficoltà di legislatori e autorità cittadine nel promulgare discipline compiute e organiche.

³⁰ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, MORBIDELLI G. (a cura di), in *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014, p. 148. È noto l'aforisma di Baldo degli Ubaldi "*si fallitus, ergo fraudator*"; il fallito, infatti, si presume sia un soggetto che perpetra una frode.

fallimento veniva considerato come reato e non venne prevista la figura del mercante onesto ma sfortunato, almeno fino alla fine del 1400 d.C.³¹. Il fallimento del XX secolo poggia, quindi, su quello delle origini, rappresentando il fallito come soggetto non meritevole di fiducia, miserabile e deprecabile: questa sua connotazione negativa viene mutata solo dalle recenti riforme³².

In tal senso è bene ricordare Venezia e la sua percezione del rischio d'impresa. In questa città il commercio era sempre più fiorente e tutti ne dipendevano, persino i nobili; già alla fine del trecento, infatti, il fallimento veniva considerato, in determinate circostanze, come il frutto della sfortuna che poteva capitare a tutti³³. Il rischio veniva, quindi, percepito come inevitabile e non solamente patologico³⁴. Il trattamento bonario riservato al debitore insolvente consentiva di non scoraggiarlo dal continuare (ed iniziare) l'attività imprenditoriale e ad impedirgli di fuggire. Inoltre, tutto ciò permetteva al creditore di recuperare di più in caso di insolvenza grazie alla collaborazione del debitore³⁵.

Con la fine dell'età medievale e l'avvento dei grandi Stati monarchici la classe mercantile cessava di essere creatrice del proprio diritto, iniziava, così, a prendere piede l'idea di un diritto statale di origine politica. Sebbene non vi fu una diminuzione dei traffici commerciali, l'accentramento di questo potere legislativo nelle mani dei monarchi fu la causa della perdita di universalità del diritto il quale diviene diritto dello Stato e nazionale³⁶.

La *lex mercatoria* perse d'importanza soprattutto a causa del nuovo assetto commerciale: alcuni Stati europei adottarono politiche protezionistiche per la salvaguardia del loro mercato, con la scoperta dell'America le principali potenze europee spostarono la loro attenzione verso le colonie dando un ulteriore impulso al commercio, inoltre, l'esportazione divenne più difficile a causa dell'aggravio dei dazi doganali per il passaggio delle merci sul territorio nazionale³⁷.

³¹ Venne fatta distinzione tra fallimento incolpevole, bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, si veda SCIUMÈ A., *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedura concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISSO – GABRIELLI, 2014.

³² FABIANI M., *Diritto Fallimentare*, op. cit. p. 20 ss.

³³ SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1989.

³⁴ Il rischio veniva considerato come ingrediente necessario e vitale per l'economia.

³⁵ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 155.

³⁶ GALGANO F., *Lex ...*, op. cit.

³⁷ CONCAS A., *La lex mercatoria*, op. cit.

Nel 1673 con Luigi XIV il diritto commerciale diventa diritto pubblico che attiene al governo e alla politica generale dello Stato con l'obiettivo di accrescerne la potenza finanziaria e l'efficienza³⁸. L'*Ordonnance du commerce*³⁹ ebbe, infatti, l'obiettivo di accentrare nel sovrano anche il potere di normazione, di regolazione normativa e quello sui rapporti di tipo commerciale⁴⁰. Inizia, quindi, il periodo delle codificazioni moderne con le quali il diritto commerciale diviene un diritto statale.

La normativa fallimentare è contenuta nel Titolo XI, *Des faillites et banqueroutes*, dell'*Ordonnance*: tale normativa racchiude molte delle caratteristiche della moderna disciplina come l'esecuzione sulla totalità dei beni del debitore nell'interesse di tutti i creditori con la formazione di un patrimonio separato, l'azione revocatoria, la distinzione tra creditori privilegiati e ipotecari e quelli chirografari e la distinzione tra fallito e bancarottiere. È importante, inoltre, ricordare che negli artt. 5, 6 e 7 il legislatore ha scelto di dare ai creditori (attraverso la loro assemblea) il potere assoluto sul patrimonio del fallito, mentre il giudice ne omologa le decisioni superando il volere della minoranza.⁴¹

Risulta, inoltre, doveroso menzionare l'Inghilterra e l'istituto del *discharge*. Nel 1705 all'interno dello *Statute of Anne*⁴² comparve l'esdebitazione: in base a questo istituto se il fallito cooperava con i *commissioners* e rendeva disponibili tutti i suoi beni senza distrarli poteva ricevere una percentuale sul ricavato della vendita e veniva liberato da tutti i suoi debiti sorti fino al momento della dichiarazione del fallimento⁴³. Anche questo istituto permetteva al soggetto di reinserirsi all'interno della società come persona meritevole di fiducia al pari degli altri e non più costretto a fuggire.

L'esdebitazione, al pari della composizione concordata, costituisce una delle innovazioni più importanti in campo fallimentare e venne introdotta in Italia solo nel 2006.

³⁸ TARELLO G., *Sistemazione ed ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per una storia di cultura giuridica*, II, Bologna, 1972.

³⁹ Era caratterizzata da una regolamentazione pesantemente sanzionatoria, la bancarotta fraudolenta veniva addirittura punita con la morte, si veda GIORGI V., *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Piccin, 2017.

⁴⁰ GALGANO F., *Lex ...*, op. cit.

⁴¹ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 155 e ss.

⁴² Normativa che inaspriva le pene per i falliti colpevoli.

⁴³ TABB C. J., *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1991.

Con il Codice di Commercio di Napoleone (Code de Commerce, 1807 d.C.) nasce la contrapposizione tra un codice civile (1804 d.C.) e un codice di commercio: il primo a base romanistica regolava i rapporti civili, mentre il secondo originario dalla lex mercatoria regolava i rapporti commerciali. Questa separazione assunse un'importanza fondamentale; con la crescente percezione dell'internazionalità dei mercati il *Code de Commerce* mirava a regolare questi rapporti transnazionali, mentre il codice civile si occupava dei rapporti tra le unità nazionali, come il diritto di famiglia, il sistema successorio o quello proprietario⁴⁴.

Il Codice comprendeva 648 articoli ed era suddiviso in 4 libri: rispettivamente, libro I *Del commercio per via di terra*, libro II *Del commercio marittimo*, libro III *Del fallimento*, libro IV *Della giurisdizione commerciale*⁴⁵. Il codice si apriva con la definizione di commerciante⁴⁶ la quale scinde l'attività commerciale dal precedente legame di appartenenza ad una corporazione⁴⁷.

Per quanto riguarda il fallimento in particolare, il Codice riprese e incorporò la disciplina presente nell'*Ordonnance* con, però, alcune differenze: Napoleone fu rigido nella sua volontà che il fallimento fosse riservato ai soli commercianti⁴⁸ introducendo sanzioni molto pesanti come l'arresto immediato del fallito e l'impossibilità di gestione del proprio patrimonio; molti furono i fallimenti clamorosi, anche dolosi, in quegli anni⁴⁹.

Sulla codificazione commerciale napoleonica ancora oggi sussistono pareri discordanti: alcuni studiosi ritengono sia strettamente dipendente dall'*Ordonnance du commerce e*

⁴⁴ GALGANO F., *Lex ...*, op. cit.

⁴⁵ PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, pp. 466-467. Per i vari passaggi storici che ne hanno caratterizzato la stesura si veda, inoltre, PADOA SCHIOPPA A., *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 2011.

⁴⁶ «*Coloro i quali esercitano atti di commercio, facendone la loro professione abituale*». La legge definisce poi quali fossero gli atti di commercio. L'art. 632 afferma che «*la legge reputa atti di commercio qualunque compra di derrate, e mercanzie per rivenderle, sia in natura, sia dopo averle lavorate, e poste in opra, o anche per affittarne semplicemente l'uso; ogni impresa di manifattura, di commissione, di trasporto per terra o per acqua; ogni impresa di somministrazioni, di agenzie, di uffici, d'affari di stabilimento, di vendite all'incanto, di spettacoli pubblici; ogni operazione di cambio, banca e mediazione; tutte le operazioni di banche pubbliche; tutte le obbligazioni tra negozianti, mercadanti e banchieri, tra ogni sorta di persone, le lettere di cambio, o rimesse di danaro fatte di piazza in piazza*». L'art 633, inoltre, aggiunge che «*la legge norma parimente atti di commercio ogni impresa di costruzione, ogni compra, vendita, e rivendita di bastimenti per la navigazione interiore ed esteriore; qualunque spedizione marittima; ogni compra o vendita di attrezzi, arredi e vettovaglie; qualunque nolo o noleggio, imprestito a cambio marittimo; qualunque assicurazione, ed altri contratti riguardanti il commercio di mare; qualunque accordo, e convenzioni per salari, e stipendi di equipaggio; qualunque arruolamento di gente di mare per il servizio di bastimenti di commercio*».

⁴⁷ SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti.*, op. cit., p.2.

⁴⁸ L'Ordonnance du commerce, invece, riservava il fallimento a tutti i *débiteur*.

⁴⁹ PADOA SCHIOPPA A., *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia*, op. cit.

dall'*Ordonnance de la marine (1681)*, e che sia legata al passato, inadeguata e poco originale per le esigenze dell'economia moderna, frettolosa e superficiale, altri, invece, ritengono sia stata fondamentale per lo sviluppo dell'accumulazione capitalistica⁵⁰. Di fatto, si ritiene che «*la storia della società per azioni come tipo di diritto commerciale comune cominci con la codificazione napoleonica*»⁵¹.

Si può comunque affermare come il Codice di commercio sia stato abbastanza adeguato a soddisfare le esigenze del tempo, soprattutto considerando quel momento della storia giuridica; questa normativa non portò un gran cambiamento nell'applicazione del diritto commerciale, ma sicuramente fu innovatrice sul fronte del «*...superamento di un sistema giuridico differenziato secondo le varie categorie sociali*»⁵².

La disciplina codicistica italiana è stata fortemente influenzata dal panorama normativo precedentemente analizzato. Il Codice di commercio napoleonico, infatti, fu modello ispiratore per i successivi codici dell'Italia unita: il Codice civile e il Codice di commercio del 1865, poi abrogato dal Codice di commercio del 1882. La scelta di redigere due distinti codici fu dettata dalla volontà di mantenere distinti gli interessi della borghesia fondiaria da quelli della borghesia commerciale e industriale⁵³.

Nonostante il Codice del 1865 sembrasse quasi favorevole all'introduzione di soluzioni concordate alternative alla mera liquidazione fallimentare, il Codice del 1882 e le successive leggi⁵⁴ non seguirono questa impostazione. La dottrina di inizio Novecento accentuava, infatti, la natura pubblicistica della procedura fallimentare sostenendo la necessità di realizzare un impianto normativo più severo volto alla soddisfazione della massa dei creditori, escludendo il debitore dal sistema produttivo ed eliminando qualsiasi ipotesi di salvataggio dell'impresa⁵⁵.

Il Codice di commercio del 1882 applica la normativa fallimentare ai soli commercianti, diversamente dal modello germanico⁵⁶. Il Codice era suddiviso in quattro libri: il primo *Del*

⁵⁰ DI SIMONE M.R., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino, 2007, p. 133.

⁵¹ SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol 1, Torino, 2004, 1.

⁵² ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 54.

⁵³ FABIANI M., *Diritto Fallimentare...*, *op. cit.*, p.23.

⁵⁴ Vi è compresa anche la Legge Fallimentare del 1942.

⁵⁵ A riguardo si vedano CANDIAN A., *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1934, p. 3; PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, III, Milano, 1955, p. 38.

⁵⁶ La legge fallimentare tedesca, a differenza di quella francese e spagnola, veniva applicata sia ai commercianti sia alle altre categorie di debitori senza distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche. Si sottolinea come

commercio in generale, il secondo *Del commercio marittimo e della navigazione*, il terzo *Del fallimento*, il quarto *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*⁵⁷.

Tra le principali innovazioni introdotte dal Codice troviamo la figura del curatore fallimentare singolo e non più creditore, ritenuta più imparziale nella gestione dell'attivo, che si sostituisce a quella del sindaco. Un'altra innovazione importante fu l'introduzione dell'indipendenza dell'azione penale per bancarotta dal procedimento fallimentare, vennero diminuiti gli spazi di manovra del fallito e aumentati quelli del giudice, mentre venne mantenuta la possibilità di continuazione temporanea dell'attività di impresa con procedura fallimentare aperta, con l'unico obiettivo di non recare danno ai creditori.⁵⁸

A regolamentare la materia degli accordi preventivi tra il debitore e i suoi creditori è la legge 21 maggio 1903, n. 197 sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti. Tale legge permetteva al debitore ritenuto *meritevole* di proporre una soluzione della crisi approvata dalla maggioranza dei creditori e vincolante per tutti; il tribunale, inoltre, aveva il compito di omologare il concordato e poteva rifiutarne l'omologazione anche dopo l'approvazione dei creditori⁵⁹.

Come per il Codice francese, si può affermare che l'obiettivo principale di queste disposizioni fosse la tutela degli interessi dei creditori e, quindi, quelli della classe borghese dei commercianti: centrali erano il loro ruolo e la loro influenza all'interno della procedura⁶⁰.

Sebbene nel panorama europeo gli altri ordinamenti si stessero dirigendo verso una natura sempre più privatistica della crisi di impresa, con la diminuzione delle sanzioni e il favoreggiamento delle soluzioni negoziate, l'Italia non sembrava fare altrettanto; il diritto concorsuale italiano volgeva verso il lato opposto adottando una legislazione di carattere pubblicistica che mirava a condannare l'insolvenza.

anche il Veneto, sotto il dominio austriaco fino al 1866, adottò il tipo di fallimento tedesco; si veda RIESENFELD S. A., *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993, pp. 10 ss.

⁵⁷ Agli artt. 3-4-5-6 venivano definiti gli atti di commercio e non; l'art. 8, invece, definiva i commercianti come «*coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali*».

⁵⁸ Si vedano PADOA SCHIOPPA A., *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di Storia del diritto commerciale*, Milano, 1992 e ROSSI A., *La conservazione dell'impresa in crisi nell'evoluzione delle procedure concorsuali*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età moderna*, a cura di LEGNANI ANNICHINI A., SARTI N., 2011.

⁵⁹ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 162-163.

⁶⁰ Come il potere di indicazione e sostituzione dei membri della procedura e la loro presenza all'interno dell'assemblea dei creditori.

1.2. La Legge Fallimentare del '42

All'inizio dell'era fascista la legislazione in vigore affondava le sue radici su un fallimento nelle mani dei creditori e su un concordato interpretato come vantaggio per il debitore.

Il ventennio fascista vide il superamento della centralità della proprietà a favore di un concetto di impresa come organizzazione produttiva il cui interesse va oltre quello del singolo proprietario. La *Carta del lavoro* approvata dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927 recita infatti, «*Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità*».

Il corporativismo ebbe un'attuazione incompleta ed imperfetta per tutto il ventennio e l'incontro tra corporativismo fascista e fallimento dell'imprenditore portò ad un aggiornamento in senso autoritario dell'individualismo borghese ottocentesco⁶¹ invece che ad un atteggiamento meno spietato verso l'impresa in crisi e alla tutela di essa come fonte di lavoro.

Il 10 luglio 1930 venne presentata alla Camera la legge n. 995 in materia di diritto fallimentare. La legge n. 995/1930 nacque dall'esigenza di sottoporre la procedura fallimentare al controllo pubblico e, quindi, di accentuarne il carattere officioso e pubblicistico; in ciò l'impronta fascista del disegno di legge⁶². La nuova legge attribuì al curatore la qualifica di *pubblico ufficiale* mentre l'interesse dei creditori veniva rappresentato dalla loro delegazione, alla quale non si dava, in realtà, alcun potere di scelta né di replica: l'amministrazione del fallimento viene affidata al giudice delegato e il curatore ne doveva seguire le istruzioni. Anche se la normativa non aveva come intento quello di recare danno a

⁶¹ Aveva prodotto legislazioni di carattere privatistico.

⁶² Come dichiarato dal Ministro Alfredo Rocco nella relazione di accompagnamento presentata alla Camera dei deputati.

creditori, finì comunque per limitarne la forza ed in particolare il loro potere di verifica del passivo e di quantificazione del loro credito e del rispettivo rango⁶³.

Anche il concordato preventivo venne modificato: i requisiti soggettivi di cui doveva essere in possesso il debitore per accedere al concordato vennero aumentati e inaspriti⁶⁴, mentre fu previsto un termine di sei mesi dall'omologazione per il pagamento ai creditori di quanto promesso, altrimenti il debitore avrebbe dovuto fornire garanzie per gli interessi maturati dopo tale data. Per la gestione della crisi delle grandi imprese, invece, venne previsto l'istituto della liquidazione coatta: al giudice venne affidato un ruolo marginale mentre la direzione fu assegnata alla pubblica amministrazione.

A partire dal 1939-40 iniziarono i lavori per una nuova codificazione che vide l'unificazione dei codici e l'inserimento delle parti principali del codice di commercio all'interno del codice civile. Il libro (libro V del codice civile) che venne inserito, intitolato dapprima "*Dell'impresa e del lavoro*" e successivamente "*Del lavoro*", era destinato all'impresa, alle società, alla concorrenza e al lavoro⁶⁵. Contemporaneamente alla stesura del Codice, varie sottocommissioni lavorarono per redigere le varie leggi speciali al fine di regolare materie come la *cambiale* e l'*assegno*, il *fallimento* e le altre *procedure concorsuali*.⁶⁶ Nacque così la Legge Fallimentare del '42, promulgata come r.d. 16 marzo 1942, n. 267, la quale continuò ad applicarsi ai soli imprenditori commerciali⁶⁷.

In linea con la legislazione precedente, questa nuova legge era caratterizzata da una forte natura sanzionatoria e repressiva, soluzione probabilmente avvertita a quei tempi come necessaria e in armonia con il contesto storico. Nonostante l'esito liquidatorio fu quello perseguito in via maggioritaria da questa legge, risulta comunque utile e doveroso ricordare che il r.d. del '42 prese in considerazione anche altri "*istituti satelliti*"⁶⁸ i quali rappresentavano un'alternativa a questo triste epilogo. L'assetto originario dell'impianto normativo prevedeva,

⁶³ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., pp. 169 e ss.

⁶⁴ Fu prevista la possibilità di accedere al concordato solo a coloro che nel quinquennio precedente non avessero ottenuto un altro concordato preventivo e non fossero stati dichiarati falliti (art. 23 legge n. 995/1930).

⁶⁵ ASQUINI A., *Dal Codice di commercio del 1865 al Libro del lavoro del Codice civile del 1942*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967.

⁶⁶ R.d. 14 dicembre 1933, n. 1669; r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736; r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

⁶⁷ Corrispondono ai vecchi "commercianti".

⁶⁸ JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, pp. 1 e ss.

infatti, i seguenti istituti: il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata, la liquidazione coatta amministrativa.

Il presupposto soggettivo del fallimento sottoponeva alla procedura solamente l'imprenditore commerciale non piccolo, escludendo, quindi, gli imprenditori agricoli, gli imprenditori piccoli e gli enti pubblici⁶⁹. Il presupposto oggettivo, invece, continuava ad essere una manifestazione di carattere esteriore: non più la fuga come nel medioevo ma l'impossibilità di far fronte alle proprie obbligazioni quale manifestazione dello stato d'insolvenza. Infine, venne inserito nell'art. 2741 il principio della *par condicio creditorum*⁷⁰ il quale garantiva la pari soddisfazione di tutti i creditori. Un'ulteriore caratteristica della legge fallimentare del 1942 è il perseguimento di un fine di interesse pubblico volto, da una parte a tutelare i creditori, e dall'altra ad espellere dal mercato l'impresa insolvente. Coerenti con questo assetto sono il sistema revocatorio⁷¹, l'assenza di garanzie procedurali per l'imprenditore in crisi e le sanzioni per bancarotta preferenziale. Inoltre, il ruolo dei creditori viene svilito, mentre viene esaltato il potere dell'autorità giudiziaria in generale⁷², rafforzando, quindi, la componente pubblicistica nella normativa. Il fallimento era, pertanto, una procedura che si trovava nelle mani degli organi dello Stato.

All'interno della nuova normativa venne inserito anche il concordato preventivo già presente nella legge n. 197/1903 e modificato dalla legge n. 995/1930, concepito come procedura minore e con la finalità di prevenire il fallimento e promuovere un accordo tra il debitore "onesto ma sfortunato"⁷³ e i suoi creditori. Il debitore aveva l'obbligo di garantire il

⁶⁹ Rispettivamente artt. 2082 (definizione di imprenditore), 2135 (imprenditore agricolo), 2195 (imprenditore commerciale) del c.c.

⁷⁰ In base al quale i creditori hanno uguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore salve le cause legittime di prelazione come i privilegi, il pegno e le ipoteche.

⁷¹ Secondo FABIANI M., *Diritto fallimentare*, op. cit., pp.25-26, attraverso il sistema revocatorio estremamente rigoroso, il quale lasciava poco spazio alla buona fede del terzo e quindi del fallito e istigava i creditori a non erogare i servizi e/o forniture per paura di subire una revoca, la procedura avrebbe dovuto essere più snella e veloce; prima della Riforma del 2005/2006 però i fallimenti avevano una durata media di 7 anni e le percentuali distribuite ai chirografari si assestavano attorno al 10/12% del credito originario.

⁷² A riguardo si veda PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 92 ss., «tutti i poteri sono riuniti nel Tribunale e nel giudice delegato; il curatore non è altro che un organo esecutivo, alle dipendenze di quest'ultimo; nessuna influenza possono esercitare i creditori; la riunione di costoro è dalla legge, almeno a quanto espressamente disciplina, ridotta a due soli casi, accertamento del passivo e concordato; lo stesso organo rappresentativo della categoria e di nomina officiosa, e i suoi pareri non sono mai vincolanti, salvo l'unico caso di continuazione dell'impresa».

⁷³ Poteva accedere al concordato colui che veniva ritenuto *meritevole* secondo i seguenti requisiti: iscrizione al registro delle imprese e regolare tenuta delle scritture contabili da almeno due anni, assenza di ammissione ad un concordato preventivo o di dichiarazione di fallimento nei 5 anni precedenti, assenza di condanne per reati quali bancarotta, delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia, l'industria e il commercio.

pagamento integrale dei crediti privilegiati⁷⁴ e almeno il 40% di quelli chirografari, inoltre, nei casi in cui la domanda di concordato veniva accettata, egli manteneva l'autorità di amministrare il proprio patrimonio sotto la vigilanza del curatore ed era protetto da azioni esecutive e cautelari per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura.

Un'ulteriore procedura di cui poteva beneficiare l'imprenditore era l'amministrazione controllata: prevista per colui che si trovava in «*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*»⁷⁵. L'amministrazione controllata veniva disposta per un massimo di due anni⁷⁶ al termine dei quali l'imprenditore doveva dimostrare di essere uscito dal temporaneo momento di difficoltà e poteva così continuare la sua attività. Si sottolinea, inoltre, come negli anni vi siano stati numerosi *usi alternativi* della procedura con il fine di ritardare il fallimento ed evitare, quindi, tutte le sue ricadute negative quali quelle in termini occupazionali e di tensione sociale⁷⁷. In tal senso, infatti, il Tribunale doveva ritenere sussistente anche un ulteriore presupposto al fine di consentire all'imprenditore di beneficiare dell'istituto: «*la comprovata possibilità di risanamento dell'impresa*»⁷⁸.

Alternativa al fallimento era anche la procedura di liquidazione coatta amministrativa. Questo istituto nasce dalla necessità di tutelare esigenze di carattere generale di rilevanza per l'economia nazionale, gli enti pubblici, o per enti con partecipazione pubblica i quali sono interessi considerati superiori a quelli dei singoli creditori dell'impresa⁷⁹. Ciò che distingue questo istituto dal fallimento sono i diversi presupposti soggettivi e oggettivi⁸⁰ e la presenza

⁷⁴ Il debitore doveva fornire una serie di garanzie o offrire la cessione dei propri beni pignorabili se ci fosse stata la stessa possibilità di soddisfazione dei crediti.

⁷⁵ Art. 187 ss. l.f. Inoltre, si veda COLUSSI V., voce «*Amministrazione controllata*», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss., secondo il quale la finalità dell'istituto era quella di evitare il fallimento, posto che l'inadempimento fosse cosa diversa dall'insolvenza poiché determinabile anche da una momentanea mancanza di liquidità.

⁷⁶ Era prevista una moratoria della durata massima di due anni per porre il debitore al riparo dalle azioni dei creditori.

⁷⁷ LANFRANCHI L., *Uso alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Rivista dir. civ.*, 1985.

⁷⁸ Introdotto dalla legge 24 luglio 1978, n. 391.

⁷⁹ BAVETTA G., voce «*Liquidazione coatta amministrativa*», in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, 753 ss.

⁸⁰ Le imprese che possono essere sottoposte alla procedura sono, tra le tante, i consorzi agrari (art. 35 d.lgs. n. 1235 del 1948), le imprese bancarie (art. 80 ss., d.lgs. n. 385 del 1993), le fondazioni bancarie (art. 11, d.lgs. n. 153 del 1999), le imprese di assicurazione (art. 245 ss., d.lgs. n. 209 del 2005), le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile (art. 57, d.lgs. n. 58 del 1998), i fondi pensione (d.lgs. n. 252/2005), l'impresa sociale (d.lgs. n. 155/2006). Il presupposto oggettivo principale è lo stato di insolvenza; le leggi speciali, inoltre, individuano altri presupposti che non corrispondono necessariamente alla situazione di insolvenza come altre ragioni patrimoniali quali per esempio, perdite di eccezionale gravità, oppure possono disporre la liquidazione anche la soppressione dell'ente, irregolarità, violazioni di norme legali o statutarie.

della pubblica amministrazione come organo di direzione e vigilanza la quale nomina un commissario liquidatore con il compito di gestire il patrimonio dell'impresa e un comitato di sorveglianza che vigila sull'operato del commissario stesso. Questa procedura crea lo spossessamento del debitore dai compiti di amministrazione e dalla disponibilità dei beni dell'impresa al fine di individuare il patrimonio soggetto a liquidazione.

Nonostante fosse noto come non sempre la situazione economica dell'impresa dovesse portare ad una dichiarazione di fallimento, sicuramente l'aspetto liquidatorio fu caratteristica dominante e preminente all'interno della normativa, rispetto alla secondaria soluzione di continuazione dell'attività aziendale.

1.3. Verso il cambiamento: l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese e il c.d. Decreto Marzano

A partire dagli anni '30 comincia a scorgersi un rinnovamento di pensiero in campo civilistico. In particolare, come visto in precedenza per l'era fascista, si inizia a pensare che l'impresa debba essere valutata nella sua oggettività, come complesso di beni e persone, strutturata e colma di valore e non più come mera proprietà privata individuale del singolo imprenditore⁸¹. Risulta, quindi, naturale chiedersi perché, nonostante ciò, il cammino intrapreso dalla Legge Fallimentare del '42 condusse a un risultato alquanto lontano da questa logica: una procedura di natura liquidatoria ed incentrata su un'insolvenza percepita come colpa della cattiva gestione del proprietario⁸², una procedura a favore dei creditori ma di natura strettamente pubblicistica. È solo in tempi recenti, infatti, che questo pensiero "innovativo" di conservazione del valore d'impresa anche in funzione di un maggior soddisfacimento dei creditori fa la sua comparsa all'interno del nostro ordinamento⁸³.

In un contesto ormai globale emerge chiaramente l'esigenza di compensare gli opposti interessi di imprenditori e finanziatori: «*regole troppo dure per l'imprenditore scoraggiano la produzione di ricchezza, mentre regole troppo morbide possono scoraggiare il credito*»⁸⁴. La

⁸¹ FIORAVANTI M., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942 - introduzione*, (a cura di) MORBIDELLI G., in *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014, pp. 139 e ss.

⁸² Secondo la logica "darwiniana" della eliminazione dal mercato degli "individui deboli"; si veda NAPOLEONI V., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 107.

⁸³ In particolare, ci si riferisce alle Riforme degli anni 2004, 2005, 2006.

⁸⁴ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, MORBIDELLI G. (a cura di), in *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014, p. 146.

difficoltà di questo compito viene accentuata dal continuo mutare del contesto economico-sociale che ci sta attorno. Le caratteristiche di finanziatori e imprenditori, infatti, si trasformano con il modificarsi di tempo, spazio e tessuto imprenditoriale⁸⁵.

Se è vero che il diritto e, qui nello specifico, la disciplina della crisi d'impresa sono strettamente legati all'ambiente circostante, come si può giustificare il perdurare immutato di questa legge per quasi 60 anni?

Con l'entrata in vigore della Costituzione, la quale sceglieva un sistema di economia di mercato e considerava inviolabile il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti soggettivi e degli interessi legittimi, ci si sarebbe attesi una riforma o almeno una profonda revisione della Legge Fallimentare del '42: quella legislazione basata sull'ideale di tutela dell'interesse pubblico al di sopra del debitore e dei creditori, invece, non venne scalfita⁸⁶. Le motivazioni sono fondamentalmente tre⁸⁷:

Innanzitutto, il soggetto che ha avuto un ruolo determinante per il perdurare di tale legge è stata la Corte costituzionale che ha rigettato censure alla Legge Fallimentare usando come giustificazione la nozione di *interesse pubblico*. Per esempio, nel 1970 venne dichiarato illegittimo dalla Corte l'art. 15 che consentiva, *ma non obbligava*, il tribunale a sentire il debitore prima del fallimento⁸⁸; continuò però a fare salvo il principio secondo il quale il termine per opporsi al fallimento dovesse decorrere dall'affissione della sentenza e non dalla sua notifica⁸⁹.

Una seconda spiegazione potrebbe essere la vicinanza, nel novecento, delle banche alle imprese. Le banche, infatti, erano presenti e pronte a soccorrerle in caso di crisi, nel momento in cui si riteneva che l'impresa fosse meritevole di essere salvata, in altre parole, che avesse ancora un valore. Veniva, quindi, giustificata la legge del 1942 poiché si riteneva che le imprese soggette a fallimento fossero gli scarti del sistema produttivo e non avessero più un valore da salvare⁹⁰.

⁸⁵ Per esempio, c'è differenza tra gli incentivi per la piccola impresa a conduzione familiare e la grande società a conduzione manageriale. Inoltre, in Europa e Stati Uniti le banche in passato avevano comportamenti diversi: erano vicine alle imprese in Europa e distanti in USA, mentre ora soffrono con esse. A tal fine si veda ROE M. J., *La public company e i suoi nemici. Determinanti politiche di governo di impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004.

⁸⁶ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 146.

⁸⁷ Secondo il Prof. Avv. Lorenzo Stanghellini.

⁸⁸ Corte cost. 16 luglio 1970, n. 141.

⁸⁹ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 180.

⁹⁰ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 182.

Infine, il terzo motivo risiede sicuramente nella procedura alternativa prevista per le grandi imprese insolventi e nell'intervento pubblico a loro favore. Durante gli anni '70, infatti, ritornano e si amplificano la consapevolezza e l'esigenza di considerare con maggiore attenzione le conseguenze negative causate dal fallimento delle imprese: in particolare la perdita dei posti di lavoro e i danni causati all'economia. Questo bisogno venne accentuato nel momento in cui imprese di grandi dimensioni e importanti a livello nazionale si trovarono in stato di insolvenza, mettendo in discussione i modelli di soluzione della crisi d'impresa utilizzati fino a quel momento⁹¹, i quali erano già stati protagonisti di usi alternativi e forzature che andavano ben oltre quanto fosse giuridicamente consentito⁹².

Nel momento in cui l'aiuto tramite partecipazioni statali⁹³ a queste grandi imprese divenne insostenibile venne introdotta la legge 3 aprile 1979, n. 95. Questa legge, conosciuta come "Legge Prodi", pur potendo essere considerata innovativa per quel tempo, prevedeva una procedura che sacrificava *dichiaratamente* gli interessi dei creditori a favore dell'interesse pubblico e della salvaguardia dei posti di lavoro⁹⁴. La procedura, di carattere fortemente amministrativo, tramite decreto del Ministero dell'industria affidava l'impresa a dei commissari straordinari i quali avevano il compito di creare un piano di risanamento rispettoso degli interessi dei creditori e della politica industriale, inoltre, tali commissari potevano continuare l'esercizio dell'impresa per un periodo massimo di due anni prorogabile per altri due. L'intenzione di salvaguardare l'impresa e giungere quindi ad un esito positivo della procedura emerge anche nell' art. 2-bis nel quale si stabilisce che parte dei debiti contratti dalle società in amministrazione straordinaria con gli istituti di credito, aventi il fine di finanziare la gestione corrente e riattivare e/o completare impianti, immobili e attrezzature industriali, venissero garantiti, in tutto o in parte, dal Ministero del tesoro.

⁹¹ NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014.

⁹² Alcuni esempi di forzature: all'interno del concordato diventa sempre più rilevante l'accordo tra le parti e cade in secondo piano lo studio sulla reale tenuta giuridico-satisfattiva della procedura; la già citata «*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*» dell'amministrazione controllata e la conseguente proroga di un possibile fallimento dell'azienda (in cui in realtà non c'era più nulla da salvare) attraverso un successivo concordato o accordo stragiudiziale.

⁹³ Si rimanda a JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 510 ss. che nel suo scritto ricorda alcuni degli interventi dello Stato tra cui il soccorso per il pagamento dei debiti di società e consorzi autostradali, la costituzione della GEPI con la finalità di mantenere i livelli occupazionali delle imprese industriali, i casi relativi all'EGAM e all'EFIM.

⁹⁴ Si basava sulla necessità di tutelare gli interessi diversi dal credito (tutela dei lavoratori, salvaguardia dei livelli occupazionali) pur preservando la tutela del credito stesso; DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, 2011, p.31.

Grande difetto di questa legge fu la sua disattenzione verso gli interessi dei creditori: pur affermando di volerli tutelare, li poneva in secondo piano e perseguiva come obiettivo quello di conservazione dell'impresa, anziché del suo risanamento. In tal senso, infatti, si ricorda che a questa procedura potevano essere ammessi anche i gruppi che si trovavano in grave dissesto con il solo fine, appunto, di conservarne l'attività a discapito dei creditori sui quali ricadevano le conseguenze della sua mala gestione: la conservazione dell'organizzazione aziendale, infatti, è funzionale alla tutela dei creditori solo se questa crea valore⁹⁵.

Solo nel '98 la Corte di giustizia europea qualificò l'amministrazione straordinaria come aiuto di stato illegittimo⁹⁶: l'istituto venne corretto e abrogato dalla legge "Prodi-bis"⁹⁷. La legge in questione introdusse la possibilità di accedere alla procedura per le sole imprese ritenute capaci di intraprendere un cammino di risanamento positivo, inoltre l'obiettivo di salvaguardia dei livelli occupazionali fu posto leggermente in secondo piano⁹⁸; questo requisito non scongiurava però la possibilità di un futuro pericolo di fallimento nel momento in cui a scadenza concordata il piano non fosse stato attuato. Un'altra caratteristica introdotta dalla legge fu il presupposto soggettivo del numero di dipendenti non inferiore a 200 da almeno un anno e l'ammontare dell'indebitamento complessivo non inferiore a 2/3 dell'attivo dello stato patrimoniale e dei ricavi derivanti da vendite e prestazioni di servizi dell'ultimo esercizio⁹⁹. Nonostante la procedura si distinguesse, in positivo, da quella precedente, rimase comunque complessa dal punto di vista dei criteri di applicabilità scelti e dei requisiti soggettivi richiesti¹⁰⁰; dagli artt. 55 e 63 della legge in questione, inoltre, si può dedurre che la procedura conservò come finalità la conservazione dei complessi aziendali in attività a discapito dell'obiettivo di massimo realizzo¹⁰¹.

⁹⁵ Si vedano, DISEGNI G., *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014, p. 10 ss. e DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, 2011, p. 34.

⁹⁶ Corte giust. CE, 17 giugno 1999, n. 295/97/1999, in *Foro.it.*, IV, 8, 2000, con nota di FABIANI M.; Corte giust. CE, 1° dicembre 1998, n. 200/97/1998, in *Giur.it.*, 1999, 545.

⁹⁷ D.lgs. 8 luglio, n. 270 del 1999.

⁹⁸ L'obiettivo di salvaguardia dei livelli occupazionali doveva essere perseguito solo "in quanto possibile". Si veda, NAPOLEONI V., *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, op. cit., p. 110.

⁹⁹ Art. 2 comma 1, legge Prodi-bis.

¹⁰⁰ DISEGNI G., *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, op. cit.

¹⁰¹ In caso di vendita dell'azienda, infatti, l'acquirente riceve uno "sconto" come premio per proseguire la gestione dell'azienda e mantenerne i livelli occupazionali anche nel caso in cui quest'ultima fosse in perdita. Si veda, STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 185.

All'inizio degli anni 2000 la regolamentazione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza vedeva già la necessità di una nuova riforma in seguito ai mutati assetti economici: le banche non erano più i maggiori finanziatori delle imprese e non potevano più essere loro amiche¹⁰². Con la crisi del gruppo Parmalat¹⁰³ fu emanata, infatti, un'urgente nuova legge ad hoc per consentire una rapida ed efficace ristrutturazione delle imprese di grandissime dimensioni¹⁰⁴, il c.d. "Decreto Marzano"¹⁰⁵. La novità introdotta dal Decreto consisteva nel «*fine di accelerare la definizione dei relativi procedimenti, assicurando la continuazione ordinata delle attività industriali senza dispersione dell'avviamento, tutelando i creditori e garantendo il regolare svolgimento del mercato*».¹⁰⁶

Il Decreto, di fatto, trovò una soluzione innovativa e rispettosa dei creditori, escludendo il ricorso a procedure liquidatorie. In questo modo le grandi imprese venivano salvate, mentre le piccole e le medie imprese erano sottoposte ad una procedura che fino al 2006 ha visto gli imprenditori considerati dei delinquenti¹⁰⁷ alla stregua di mafiosi e criminali condannati a pene per reati gravissimi¹⁰⁸.

1.4. Le Commissioni Trevisanato e la successiva stagione delle riforme

Con l'avvento degli anni 2000 ebbe finalmente inizio un processo di mutamento a livello normativo: risulta evidente la necessità di attuare una riforma della legge fallimentare e di dare finalmente a tale legge un indirizzo meno liquidatorio, volto a salvaguardare l'impresa in crisi e la sua redditività e non a condannarla, tutelando debitore e creditori e introducendo misure di allerta e prevenzione.

¹⁰² STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 186.

¹⁰³ Era indebitato principalmente con gli obbligazionisti. Il dissesto di Parmalat fu di dimensioni immense e coinvolse centinaia di imprese in tutto il mondo.

¹⁰⁴ In seguito, i requisiti dimensionali necessari per accedere alla procedura vennero modificati dal d.l. 29 novembre 2004, n. 281, al fine di consentire l'accesso ad imprese con livelli dimensionali inferiori a quelli di Parmalat.

¹⁰⁵ D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 2004, n. 39 e in seguito corretto ed integrato da altri D.L. La disciplina fu nuovamente ritoccata con il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 a causa della crisi della compagnia aerea Alitalia; il decreto creò un terzo ramo dell'amministrazione straordinaria destinato alle imprese operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali.

¹⁰⁶ La finalità del D.L. è scritta ed esplicitata all'interno della premessa dello stesso: è presente, per la prima volta, un inequivocabile intento di concreta conservazione del valore aziendale che rispetta i creditori e allo stesso tempo mira a mantenere i livelli occupazionali. Si veda anche FABIANI M., FERRO M., *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004, pp. 139 ss..

¹⁰⁷ Con conseguente perdita dell'elettorato attivo.

¹⁰⁸ STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, op. cit., p. 182 e ss.

Nonostante vi furono numerosi progetti di riforma già a partire dalla fine degli anni '60¹⁰⁹, è solo con la "Commissione Trevisanato"¹¹⁰ che, finalmente, si tentò di convertire queste iniziative in legge. La riforma si proponeva di diminuire le procedure a due: una caratterizzata dall'accordo tra creditori e imprenditore ad iniziativa di quest'ultimo; l'altra finalizzata a sostituire il fallimento e ad ottenere l'esdebitazione, attivabile dal debitore, dai creditori o dall'autorità giudiziale. Sebbene l'intento fosse quello di proporre un nuovo testo condiviso da tutti i presenti, all'interno della Commissione presieduta dall'Avv. Sandro Trevisanato si crearono dei fronti opposti. Il motivo del loro disaccordo risiedeva nella disciplina della nuova revocatoria, oltre che nel problema dell'elevato numero dei componenti della Commissione. Il testo finale venne, quindi, sottoposto al ministro suddiviso in due fronti nelle parti controverse: uno di maggioranza e uno di minoranza di impostazione più liberista e orientata al mercato.¹¹¹

In seguito, entrambe queste idee contrastanti trovarono spazio in un nuovo schema di disegno di legge¹¹² ad opera della c.d. "seconda Commissione Trevisanato"¹¹³ istituita dal d.m. 27 febbraio 2004. Nella relazione¹¹⁴ di tale schema vengono definiti come obiettivi della riforma la *«necessità del superamento della contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione degli organi produttivi... rifiutando sia le soluzioni che avviliscano le attese dei creditori sia quelle che trascurino interessi che gravitano a vario titolo attorno alla vita dell'impresa... Il giusto equilibrio deve peraltro essere ricercato attraverso il consenso dei creditori ogniquale volta sia possibile evitare una procedura liquidatoria, e non essere ad essi imposto»*. Vengono, poi, perseguite come finalità anche la previsione di regole premiali che inducano il debitore a denunciare il proprio stato di insolvenza e una procedura liquidatoria che *«introducendo sostanziali modifiche all'attuale disciplina del fallimento, risulti più snella e*

¹⁰⁹ Tali progetti di riforma non vennero mai convertiti in legge. Tra i tanti: il progetto di riforma dell'Ordine dei dottori commercialisti pubblicato come *Testo del progetto di nuova legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 148 ss.; il progetto ad opera di Chiaraviglio, Gerini e Severgnini; il c.d. "Progetto Pajardi". In tal senso si vedano PAJARDI P., *Riflessioni ed appunti sul progetto di legge fallimentare dell'Ordine dei Dottori Commercialisti*, in *Mon. Trib.*, 1973, 84 ss.; CHIARAVIGLIO L., GERINI L., SEVERGNINI O., *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1979, I ss..

¹¹⁰ La "Commissione Trevisanato" venne istituita con il d.m. 28 novembre 2001: si tratta di una *«Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi»*.

¹¹¹ JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Introduzione*, op. cit., p. 12.

¹¹² Per il testo dello schema di disegno di legge si veda JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, 35 ss.

¹¹³ Nota anche come "Commissione Trevisanato-bis"

¹¹⁴ *Relazione*, in JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 154-155.

*flessibile, consenta un più rapido soddisfacimento dei creditori e valorizzi le opportunità di collocazione degli organismi produttivi nell'interesse generale, sia del sistema sia dei creditori»*¹¹⁵. A tal proposito, il tradizionale fallimento viene sostituito dalla “procedura di liquidazione concorsuale” (Titolo IV): caratteristica di questa procedura è la possibilità di accedere solo in casi in cui l’esposizione debitoria sia di ammontare significativo, inoltre, vengono ampliati i poteri del curatore il quale, però, solo in determinati casi, risulta sottoposto all’autorità del giudice delegato e del consiglio dei creditori. Quest’ultimo, infatti, approva il programma di liquidazione dell’attivo predisposto dal curatore: questo programma pone l’attenzione sulla conservazione del valore produttivo attraverso il trasferimento a terzi del blocco aziendale.

Altre innovazioni presenti all’interno dello schema di disegno di legge sono: l’introduzione dell’esdebitazione¹¹⁶ e, quindi, la previsione del c.d. *fresh start* per coloro i quali siano in possesso di determinati requisiti¹¹⁷; la previsione in sede di liquidazione di un accordo, il c.d. “piano dell’insolvenza”, su proposta del creditore, del debitore, del curatore o di un terzo con il fine di «evitare la disgregazione atomistica dei valori dell’impresa»,¹¹⁸ l’individuazione di misure di allerta e prevenzione della crisi e l’esigenza di vigilare internamente sullo stato di salute dell’azienda da parte di organi di controllo e revisione (Titolo II schema di d.d.l.)¹¹⁹; la protezione giuridica in sede di accordi stragiudiziali; la previsione di una procedura di composizione concordata della crisi ad iniziativa esclusiva del debitore (Titolo III schema di d.d.l.)¹²⁰.

Le riforme proposte dalle Commissioni Trevisanato, pur non essendo mai state tramutate in legge, spiccano per la loro organicità in quanto toccano tutti gli ambiti della materia e propongono una revisione matura, completa e coerente con il panorama economico-giuridico moderno. La strada intrapresa dal legislatore in seguito non è stata, però, altrettanto compatta: a partire da questi schema di disegno di legge vennero elaborate una serie di “leggi

¹¹⁵ *Relazione*, in JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 154-155.

¹¹⁶ Consente al debitore di liberarsi degli ulteriori debiti insoddisfatti.

¹¹⁷ Tali requisiti sono: la soddisfazione di almeno il 25% dei crediti chirografari e l’estraneità del debitore da atti di natura fraudolenta.

¹¹⁸ Si veda: *Relazione*, in JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 189, in cui gli autori sottolineano come questa disciplina si ispiri a quella dell’*Insolvenzplan* tedesca.

¹¹⁹ JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*. op. cit., 305 ss.

¹²⁰ Questa procedura si caratterizza per la presenza di un piano di soluzione della crisi con contenuto vario e la possibilità di trattare e soddisfare i creditori in modo differenziato suddividendoli in classi in base ai criteri scelti, i quali seguono il principio della *par condicio creditorum*.

*tappabuchi*¹²¹ le quali hanno accolto come linee guida le precedenti innovazioni citate qui sopra, ma hanno reso la riforma frammentata e di difficile applicazione in termini di coordinamento e completezza generale: per esigenze di celerità, infatti, negli anni successivi vennero effettuati una serie di interventi che diedero il via alla riforma della legge fallimentare del 1942.

La riforma fu avviata dal Decreto-Legge (c.d. “Decreto competitività”) 14 marzo 2005 n. 35 “Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”, convertito dalla L. n. 80/2005, e modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 5/2006¹²² e dal D.Lgs. n. 169/2007 (c.d. “Decreto correttivo”). Obiettivo e scopo di questa riforma sono stati quello di continuità dell’attività d’impresa e della sua conservazione, abbattendo definitivamente i principi su cui si basava il diritto fallimentare tradizionale¹²³ e prendendo coscienza del fatto che si possa ricavare molta più ricchezza dal risanamento e riposizionamento nel mercato di un’azienda piuttosto che dalla sua liquidazione¹²⁴: spicca, in questo senso, l’intento di favorire il ricorso al concordato preventivo e al nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il decreto, infatti, introduce delle nuove soluzioni di composizione concordata della crisi e strumenti i quali mirano a valorizzare gli accordi tra debitori e creditori, concedendo loro una più ampia autonomia negoziale.¹²⁵

Le novità sostanziali introdotte dalla riforma tendono a collocare la liquidazione in una sorta di posizione residuale all’interno della procedura: queste, infatti, riguardano principalmente il concordato preventivo e l’introduzione degli accordi stragiudiziali¹²⁶ quali gli

¹²¹ JORIO A., FABIANI M. (a cura di), *Introduzione, op. cit.*, p. 32.

¹²² Le modifiche introdotte dal D.Lgs. in questione miravano a velocizzare, efficientare e completare l’intera procedura fallimentare.

¹²³ In tal senso, il fallito non viene più considerato soggetto moralmente deprecabile: vengono soppressi il registro pubblico dei falliti e il sequestro della corrispondenza e viene abolita la perdita dei diritti politici attivi e passivi.

¹²⁴ Si vedano PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 10 ss. e GUATRI L., *Turnaround, declino, crisi e ritorno al valore*, 1995. Il processo di risanamento e riposizionamento nel mercato di un’azienda in crisi viene definito dalla dottrina Turnaround. Inoltre, si fa largo la consapevolezza che del processo di turnaround tragga giovamento anche la stessa collettività: la Relazione illustrativa a questo decreto legge, infatti, riporta che le procedure concorsuali devono intendersi «non più in termini meramente liquidatori o sanzionatori, ma piuttosto come destinate a un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell’impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali».

¹²⁵ DISEGNI G., *L’impresa in crisi.*, op. cit. È, inoltre, doveroso citare il fatto che all’interno del c.d. Decreto competitività vi sia la scomparsa delle misure di allerta e prevenzione della crisi precedentemente pensate ed elaborate dalla c.d. Commissione Trevisano.

¹²⁶ Si veda CIARAMELLA G., *Crisi della società*, Roma, 2012.

accordi di ristrutturazione dei debiti¹²⁷ e dei c.d. piani attestati di risanamento¹²⁸. Per quanto riguarda il concordato preventivo viene prevista la diminuzione del controllo giurisdizionale a favore di un aumento dei poteri e ruolo dei creditori, inoltre, pur rimanendo soggetto alla procedura di ammissione da parte del Tribunale¹²⁹, i requisiti di meritevolezza per accedervi vengono eliminati, come anche le percentuali minime di soddisfazione dei creditori. Il nuovo concordato, poi, possiede due finalità, una liquidatoria la quale prevede la soddisfazione parziale dei crediti e una conservativa consistente in un piano di ristrutturazione dei debiti¹³⁰. Infine, l'istituto dell'amministrazione controllata viene abolito, mentre l'azione revocatoria ridimensionata, inoltre, anche il presupposto oggettivo di stato di crisi nella nuova formulazione viene modificato, comprendendo così anche lo stato di insolvenza¹³¹.

Questa riforma, nonostante le sue intenzioni, non è riuscita a sortire l'effetto desiderato, probabilmente anche a causa della sua frammentarietà: il numero dei fallimenti continuava ad essere elevato e a superare consistentemente quello degli accordi di ristrutturazione approvati e concordati proposti¹³², i quali, inoltre, avevano evidenziato difficoltà applicative e scarsa efficacia pratica.

Il cammino della riforma della legge fallimentare continua ad essere frammentato anche nel periodo successivo: si susseguirono una serie di interventi aventi lo scopo di integrare e correggere le disposizioni precedentemente emanate, tra i quali si ricordano il D.L. n. 131/2008 in tema di amministrazione straordinaria (c.d. "Decreto Alitalia") e la L. 78/2010 ("*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*"), convertita poi con modificazione dalla L. 122/2010 e contenente nuove disposizioni per la riconfigurazione delle procedure concordate.

Con la successiva stagione delle riforme 2012-2013 il legislatore propose disposizioni nuove ed innovatrici, figlie di un lunghissimo processo riformatore nato con la Commissione Trevisanato e che sembra essere giunto, finalmente, ad un punto di arrivo per quanto riguarda

¹²⁷ Art. 182-bis L. Fall.: l'accordo in questo caso dev'essere omologato dal tribunale.

¹²⁸ Art. 67, comma III, lett. d. L. Fall.: per i Piani attestati di risanamento, invece, non viene previsto alcun controllo ex ante da parte del Tribunale.

¹²⁹ Secondo l'art. 162, comma II, L. Fall. Il tribunale deve verificare l'esistenza dei presupposti relativi al piano e alla domanda di concordato.

¹³⁰ La finalità più perseguita nella pratica, nonostante i buoni propositi, fu quella liquidatoria.

¹³¹ In aggiunta, viene prevista, su decisione del debitore, la suddivisione dei creditori in classi con trattamento differenziato e il pagamento parziale dei creditori privilegiati. Si veda MANGANELLI P.,

¹³² DISEGNI G., *L'impresa in crisi*, op. cit.; PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 15.

la tutela e previsione della continuità aziendale all'interno delle procedure concorsuali. Si assistette, quindi, ad interventi con cadenza quasi annuale in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti: tra i tanti si citano il D.L. 27 giugno 2015 n. 83 (*"Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria"*)¹³³, il D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (*"Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"*), il D.L. 3 maggio 2016 n. 59 (*"Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione"*) e la L. 11 dicembre 2016 n. 232 (*"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019"*)¹³⁴. Numerosi furono anche gli interventi in tema di procedure di sovraindebitamento introdotte con il D.L. 22 dicembre 2011 n. 212 recante *"Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile"*, il quale non venne mai convertito in legge fino all'introduzione della L. n. 3 del 2012, la quale divenne l'unica disciplina di riferimento in materia. Questa legge venne poi integrata e corretta dal D.L. 14 ottobre 2012 (c.d. Decreto crescita *bis*) e completata dal D.M. 24 settembre 2014 n. 202, il quale individua i requisiti e i meccanismi di iscrizione presso il ministero della giustizia degli Organismi di composizione della crisi¹³⁵.

Durante questo periodo sorge nuovamente la chiara volontà di fornire degli strumenti normativi efficaci per favorire e salvaguardare la continuazione aziendale specie nel momento in cui l'azienda in crisi sia ancora capace di produrre ricchezza¹³⁶, in questo caso gli accordi, purché onerosi, offrono un'alternativa di gran lunga migliore a quella della liquidazione. Tra le norme che mirano ad evitare il default delle imprese e a favorire l'emersione anticipata e la composizione negoziale della crisi, nonché a facilitare gli accordi fra creditori e debitore e i finanziamenti alle imprese in crisi, si ricorda il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con L. 7 agosto 2012 n. 134 (c.d. "Decreto sviluppo") ed integrata dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito, poi, con L. 9 agosto 2013 n. 98 (c.d. "Decreto del Fare"). In tal senso questi interventi introdotti dalla legge 134/2012 incisero molto sulla disciplina del concordato

¹³³ Il quale introduce numerose novità e cambiamenti nella materia concordataria.

¹³⁴ Si veda, SOLDATI N., *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

¹³⁵ SOLDATI N., *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, ..., op.cit., p. 7.

¹³⁶ Si veda BOTTAI L. A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, p. 8.

preventivo, degli accordi di ristrutturazione, dei piani di risanamento e della disciplina sui finanziamenti alle imprese in crisi. A riguardo, si citano brevemente le novità introdotte in materia di concordato: venne introdotta la possibilità in capo al debitore di presentare una “domanda di concordato incompleta”¹³⁷ davanti al Tribunale, inoltre, venne previsto per la prima volta il concordato con continuità aziendale, strumento volto a favorire la continuità dell’attività del soggetto debitore.

Nonostante i numerosi cambiamenti portati in seguito alla riforma, i quali intendono agevolare il processo di risoluzione della crisi e di risanamento aziendale, permangono evidenti le difficoltà di una condivisa interpretazione e piena compatibilità tra norme vecchie e nuove e la necessità di una normativa più omogenea costruita ex novo.

1.5. La Commissione Rordorf e il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza

Il lungo processo di modifica e aggiornamento della Legge Fallimentare del ’42 si può dire finalmente terminato: con il Dm 28 gennaio 2015 e in seguito il Dm 5 ottobre 2017 viene costituita e riconfermata una Commissione presieduta dal Presidente della I Sezione Civile della Corte di Cassazione Renato Rordorf, con il compito di *«analizzare organicamente il complesso delle normative in tema di procedure concorsuali e di crisi di impresa per monitorarne gli effetti e valutare la necessità di ulteriori eventuali interventi di riordino tenuto conto di quanto previsto a livello europeo»*.¹³⁸

Il 10 febbraio 2016 viene approvato, da parte del Consiglio dei ministri, un disegno di legge delega al Governo recante la *«riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza»*, il quale in seguito ottiene anche l’approvazione della Camera e del Senato rispettivamente a febbraio ed ottobre 2017. Infine, la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 è stata approvata dal Governo ed è stato promulgato il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14¹³⁹ per la riforma organica delle procedure concorsuali¹⁴⁰: nel supplemento ordinario 6 alla

¹³⁷ Ci si riferisce ad una domanda di concordato con riserva di integrazione dell’ulteriore documentazione obbligatoria.

¹³⁸ In particolare, ci si riferisce al Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio in tema di procedure di insolvenza e la Raccomandazione della Commissione n. 2014/135/UE. SOLDATI N., *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali, ...*, op.cit., p. 8.

¹³⁹ Tale decreto è stato poi definitivamente emanato con pubblicazione nella GU 38 del 14 febbraio 2019, supplemento ordinario 6, recependo le indicazioni raccolte durante la consultazione.

¹⁴⁰ SOLDATI N., *La missione della legge delega è un’impresa che può affrontare tempestivamente la crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1/7, p. 9.

Gazzetta Ufficiale 38 del 14 febbraio 2019 è stato pubblicato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1.5.1. Le novità introdotte dal Codice

Il percorso di ristrutturazione e rinnovamento della Legge Fallimentare giunge, quindi, al termine e vede, finalmente, un nuovo Codice che ha funzione unificatrice dell'intera disciplina, rendendola solida e non più frammentaria e caotica. Tra le principali novità introdotte e consolidate dal Codice della crisi d'impresa e d'insolvenza si segnalano innanzitutto la disciplina di un accertamento giudiziale unico della crisi e dell'insolvenza e l'introduzione di nuove definizioni di "crisi"¹⁴¹ e "insolvenza"¹⁴², nonché la soppressione del termine "fallito" e dei suoi derivati, i quali vengono sostituiti dal termine "liquidazione giudiziale"¹⁴³. Questi nuovi termini possono dirsi conclusivi di "anni bui" per il debitore in stato di crisi, il quale vede per la prima volta nella storia italiana una via d'uscita da quella concezione medievale negativa che lo vede colpevole e meritevole di disprezzo. Questo rinnovamento lessicale, infatti, richiama e si ispira alla legislazione *common law* la quale risulta "debtor oriented" e si pone in continuità con la riforma del 2006/2007. Il nuovo approccio lessicale, inoltre, è utile dal punto di vista di prevenzione della crisi, altro obiettivo perseguito da questa riforma della normativa. La stigmatizzazione del fallimento, infatti, induce impresa e imprenditore a nascondere la crisi, causando il fallimento dell'impresa. Una maggiore propensione della Legge a salvaguardare la continuazione aziendale e ad aiutare l'imprenditore in crisi ne amplifica l'efficacia preventiva e di risoluzione, portando così alla ristrutturazione anziché alla liquidazione. La previsione di un accertamento giudiziale unico, invece, ha come scopo quello di riduzione ed eliminazione dei problemi legati a sovrapposizioni che si verificano nella fase iniziale delle varie procedure, cosicché l'iter possa diventare più veloce ed efficiente: per

¹⁴¹ «Stato di difficoltà economico-finanziaria che rende **probabile** l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettivi a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»; si veda art. 2 schema di decreto legislativo recante Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Lo schema di correttivo licenziato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020, intervenendo su alcune delle 19 definizioni di cui all'art. 2 Cci, modifica la definizione di "crisi" sostituendo il termine "difficoltà" con "**squilibrio**", ritenuta più coerente.

¹⁴² «Stato del debitore che si manifesta con **inadempimenti** od altri **fatti esteriori**, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»; si veda art. 2 schema di decreto legislativo recante Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

¹⁴³ Art. 349 schema di decreto legislativo recante Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

esempio, nel caso in cui la domanda di concordato preventivo riceva esito negativo, il procedimento intrapreso potrà convertirsi automaticamente in liquidazione giudiziale diminuendo di molto i tempi della procedura¹⁴⁴.

Altra importante novità introdotta è la creazione di una fase di allerta anticipatrice della crisi, la quale possa permettere una «*pronta emersione della crisi, nella prospettiva del risanamento dell'impresa e comunque del più elevato soddisfacimento dei creditori*» con lo scopo di evitare che la crisi degeneri in una situazione di insolvenza irreversibile: uno strumento stragiudiziale con l'obiettivo di definire un accordo tra il debitore e i suoi creditori¹⁴⁵. A fianco del debitore ad assisterlo nell'identificazione anticipata della crisi verrà istituito un organismo pubblico, l'«Organismo di composizione della crisi d'impresa» (OCRI), disciplinato dagli articoli 16-18 del Codice. Il compito dell'OCRI sarà quello di ricevere le segnalazioni, gestire il procedimento di allerta ed assistere l'imprenditore nel procedimento di allerta¹⁴⁶. Al fine di buon esito della procedura verrà richiesto al debitore di segnalare il proprio stato di crisi: sono previste per l'imprenditore in questione misure premiali che consistono nel garantirne la riservatezza e l'affidamento della procedura all'OCRI, al contrario, sono previste misure sanzionatorie per il debitore che non ricorre alla procedura di composizione della crisi peggiorando lo stato di crisi della società.

La liquidazione giudiziale occupa un posto residuale all'interno di una nuova impostazione normativa che ha come interesse primario quello di salvaguardia e soddisfazione dei creditori¹⁴⁷. Infatti, vengono rafforzati gli strumenti di soluzione negoziale della crisi quali i *piani attestati di risanamento, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, le convenzioni di moratoria* e il *concordato preventivo*¹⁴⁸. Sono state, inoltre, previste norme apposite per la crisi e l'insolvenza dei gruppi per i quali sono stati stabiliti specifici criteri e principi direttivi per la gestione unitaria della liquidazione giudiziale di gruppo e il concordato preventivo di

¹⁴⁴ AMBROSINI S., *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: I, 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, pp. 139 ss.

¹⁴⁵ La ratio della legge delega è quella di permettere all'azienda in stato di crisi e di insolvenza di affrontare tempestivamente i casi di crisi limitando le perdite sia sul lato finanziario che sul lato imprenditoriale e su quello occupazionale, prevedendo la liquidazione giudiziale solo come ultima soluzione in mancanza di soluzioni alternative.

¹⁴⁶ SOLDATI N., *Un intervento tempestivo per rendere residuale la liquidazione dell'impresa*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1/7, pp. 13 e ss.

¹⁴⁷ L'obiettivo di salvaguardia dei creditori non è esclusivo, infatti oltre a questo persistono gli obiettivi minori di salvaguardia dell'Imprenditore e dei Soci.

¹⁴⁸ Rispettivamente artt. 67 comma 3, lettera d); 182-bis e ss.; 182 septies; pp. 160 e ss.

gruppo¹⁴⁹. La liquidazione giudiziale vede, inoltre, un grande cambiamento, non solo nel nome, con l'introduzione di nuove regole e procedimenti. In particolare, vengono rafforzati i poteri del curatore, come la sua maggiore legittimazione nello svolgimento delle azioni di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli organi sociali che hanno provocato e autorizzato intenzionalmente il compimento di atti dannosi per l'impresa, e delle azioni di responsabilità contro la società ed enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società. È prevista, inoltre, una fase di accertamento del passivo più snella ed una liquidazione dell'attivo più trasparente con l'introduzione di un mercato nazionale telematico.

Il concordato preventivo, assieme alla prevenzione ed emersione anticipata della crisi, risulta un caposaldo del nuovo Codice ed istituto principale volto a favorire la continuità aziendale: il concordato viene profondamente riformato sia per quanto riguarda quello liquidatorio, sia per quanto riguarda quello in continuità, in particolare quella indiretta. Viene prevista come condizione alla quale è ammissibile la domanda di concordato esclusivamente liquidatorio quella di presenza di ulteriori risorse oltre a quelle rappresentate dal solo patrimonio del debitore: queste risorse aggiuntive sono volte ad aumentare il soddisfacimento dei creditori di almeno il 10% rispetto a quello che potrebbero conseguire dalla sola liquidazione del patrimonio, inoltre, è previsto un soddisfacimento superiore al 20% all'ammontare complessivo del debito chirografario¹⁵⁰. Il concordato con continuità ha come obiettivo principale quello di tutelare i creditori, in particolare, viene garantita per almeno un anno dall'omologazione il mantenimento in forza di almeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore¹⁵¹ nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso nell'azienda o nel ramo d'azienda di cui è prevista la continuazione. Infine, viene previsto e valorizzato l'affitto d'azienda tra le opzioni di continuità indiretta e come strumento "ponte"¹⁵².

In linea con i principali obiettivi della riforma e con la nuova concezione di "imprenditore onesto ma sfortunato", vengono introdotte novità anche per quanto riguarda l'istituto dell'esdebitazione.

¹⁴⁹ SOLDATI N., *Un intervento tempestivo per rendere residuale la liquidazione dell'impresa*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1/7, p. 15.

¹⁵⁰ GALLINA R., *I principi generali del concordato liquidatorio*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, Marzo 2019, 3/7, p. 91.

¹⁵¹ In particolare, la tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori trovano fondamento nella Carta sociale europea del 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30, e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008 e nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio.

¹⁵² PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, Marzo 2019, 3/7, pp. 109 e ss.

Si conclude così il lungo cammino che ha portato all'assetto normativo odierno, il quale si propone di dare luogo ad un Codice univoco volto a ottenere una migliore e tempestiva risoluzione della crisi aziendale, evenienza fisiologica del ciclo vitale di un'impresa, la quale va prevenuta e regolata nel migliore dei modi, tutelando i creditori ma anche l'imprenditore e i soci.

2. LA CONTINUITÀ AZIENDALE E LE PROCEDURE DI ALLERTA E COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI

2.1. Il Principio di continuità aziendale

Prima di passare ad analizzare gli strumenti introdotti dalla nuova disciplina concorsuale per anticipare e prevenire la crisi d'impresa, risulta necessario esporre il Principio di continuità aziendale e il suo ruolo centrale all'interno della sfera giuridica e, quindi, all'interno del processo di salvaguardia e tutela dei creditori.

2.1.1. La continuità aziendale nella disciplina del bilancio

La nozione di continuità aziendale, una volta cara solamente agli aziendalisti, negli ultimi 50 anni è entrata a far parte anche dello scenario del mondo giuridico all'interno della disciplina del bilancio ed in ambito concorsuale.

Non esiste una vera e propria definizione univoca di continuità aziendale, ma essa può riferirsi al presupposto secondo il quale, nella redazione del bilancio, *«l'impresa debba essere considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro»*¹⁵³: la redazione del bilancio d'esercizio, quindi, deve basarsi sui valori di funzionamento. Più nel dettaglio, questo principio presuppone che i valori iscritti in bilancio si basino sul fatto che l'azienda prosegua la sua attività in condizioni normali e che non esista, *«in un arco di tempo ragionevolmente prossimo»*¹⁵⁴, la necessità o l'obbligo di assoggettarla a procedure concorsuali di varia natura. L'art. 2423-bis¹⁵⁵ comma I, n. 1) del codice civile "Principi di redazione del bilancio" recita che *«la redazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione*

¹⁵³ ASSONE B., *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, 2011.

¹⁵⁴ Lo IAS 1 al n. 24) definisce questo arco temporale minimo di dodici mesi successivi alla data di riferimento del bilancio.

¹⁵⁵ *«Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi:*

- 1) la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato;*
- 1-bis) la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto;*
- 2) si possono indicare esclusivamente gli utili realizzati alla data di chiusura dell'esercizio;*
- 3) si deve tener conto dei proventi e degli oneri di competenza dell'esercizio, indipendentemente dalla data dell'incasso o del pagamento;*
- 4) si deve tener conto dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio, anche se conosciuti dopo la chiusura di questo;*
- 5) gli elementi eterogenei ricompresi nelle singole voci devono essere valutati separatamente;*
- 6) i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro».*

economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato». Inoltre, a riguardo, anche lo IAS 1 n. 23) dispone che «nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare ad operare come un'entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interrompere l'attività»: da ciò si può, quindi, evincere che un'azienda si trovi in condizioni di continuità aziendale quando è in grado di far fronte ai propri impegni e alle proprie obbligazioni, attraverso il conseguimento di ricavi superiori ai costi, mantenendo l'equilibrio monetario della gestione, consentendo una congrua remunerazione del capitale di rischio e soddisfacendo le aspettative degli stakeholders¹⁵⁶.

Infine, anche il Principio contabile OIC 11¹⁵⁷ cita che il principio di continuità aziendale rappresenta la *«capacità dell'impresa di costruire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro relativo ad un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio¹⁵⁸»*; la crisi d'impresa non viene percepita come sufficiente per abbandonare tali criteri, ma questi vengono qui applicati con maggiore ed estrema cautela. Per questa ragione il principio dispone che gli amministratori riportino in Nota Integrativa tutte le informazioni relative ai «fattori di rischio», alle «assunzioni effettuate», alle «incertezze identificate» e soprattutto ai «piani aziendali futuri», necessari per fronteggiare tali incertezze. La valutazione di bilancio deve seguire criteri di funzionamento ed ispirarsi alla continuità aziendale anche nel momento in cui non sussistano più le condizioni per poter operare in continuità aziendale, ma non si sia verificata una causa di scioglimento ex art. 2484¹⁵⁹ del c.c.: tutto ciò considerando la diminuzione dell'orizzonte temporale residuo. L'OIC 11 precisa che anche nel momento in cui si verifichi una causa di scioglimento ex art. 2484 c.c. la predisposizione del bilancio dovrebbe seguire criteri di funzionamento, anche se senza prospettiva di continuità.

¹⁵⁶ CINCOTTI C., DESSALVI B., *La continuità aziendale e il suo venir meno*, in *IPSOA Quotidiano*, 08/06/2018.

¹⁵⁷ È entrato in vigore a partire dai bilanci degli esercizi aventi inizio il 1^a gennaio 2018, fatta salva la facoltà l'applicazione anticipata. Per la parte che tratta del postulato della continuità aziendale l'entrata in vigore è prevista per i bilanci degli esercizi dell'anno precedente, sospendendo anche il capitolo 7 dell'OIC 5 riguardante le valutazioni di bilancio nell'ipotesi in cui venga meno il principio del going concern.

¹⁵⁸ OIC 11.

¹⁵⁹ «Le spa, sapa e srl di sciogliono per il decorso del termine; per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie; per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea; per la riduzione del capitale al minimo legale, salvo quanto disposto dagli art. 2447 e 2482 ter».

Secondo l'art. 2423-*bis*¹⁶⁰ comma I del codice civile è necessario, quindi, verificare la sussistenza della continuità in capo all'impresa ed in seguito alla sua comprovata idoneità di continuare a svolgere la propria attività, contabilizzare le attività e passività considerando tale capacità¹⁶¹. Nel caso in cui, invece, le ragioni che portano l'azienda ad essere in continuità vengano meno, le valutazioni compiute dovranno essere modificate utilizzando anche il criterio della liquidazione¹⁶².

La continuità aziendale, quindi, rappresenta, sotto il profilo sostanziale, un presupposto indispensabile per l'utilizzo di criteri di valutazione di bilancio che seguino la logica del funzionamento, mentre sotto il profilo formale essa rappresenta la base da cui nascono i meccanismi di valutazione e classificazione di tutte le poste di bilancio e, quindi, i criteri utilizzati all'interno della sua struttura rigida e obbligatoria, i quali devono essere mantenuti d'esercizio in esercizio. Il principio del going concern è anche noto come "*consistency principle*"¹⁶³, infatti, esso consente di fare delle comparazioni tra bilanci di esercizi diversi e di "*contenere le politiche di bilancio e la mano libera degli amministratori*"¹⁶⁴. I casi in cui esistono particolari condizioni tali per cui è possibile abbandonare il criterio di continuità sono assai pochi: questi casi consentono il mutamento dei criteri di valutazione e sono consentiti per garantire la rappresentazione veritiera e corretta della situazione aziendale; questi sono per esempio il caso di "sopravvenuto mutamento del tipo di produzione" il quale porta necessariamente ad una diversa valorizzazione del magazzino, oppure l'entrata in un nuovo gruppo che utilizza un diverso criterio di valutazione. La possibilità di derogare dal principio di continuità nella redazione del bilancio d'esercizio ne comporta l'obbligo di riportare in nota integrativa le motivazioni e «l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico». In ogni caso il principio di continuità non giustifica l'adozione nel tempo di metodi di valutazione imprecisi e non chiari. La continuità nella redazione del bilancio d'esercizio traspare, quindi, all'interno del c.d. Principio di

¹⁶⁰ Solo con il D.Lgs. n. 127 del 1991 fu riconosciuto per la prima volta nella disciplina giuridica del bilancio d'esercizio, il principio secondo il quale la valutazione delle poste dev'essere fatta "nella prospettiva della continuazione dell'attività".

¹⁶¹ FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, Documento del 15 ottobre 2015.

¹⁶² Durante la fase di liquidazione, nel caso in cui si dovesse temporaneamente proseguire l'attività, sarà necessario utilizzare un approccio di valutazione conservativo, posto che il capitale investito continuerà a produrre reddito, così CREACO F., *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015.

¹⁶³ Ossia, Principio di costanza dei criteri di valutazione.

¹⁶⁴ BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. 2. Bilancio d'esercizio*, Torino, 2016, IV ed., p. 110.

comparabilità per il quale «le voci dell'esercizio antecedente devono essere rielaborate, raggruppate, o suddivise in modo che si abbia una piena corrispondenza tra la voce iscritta nel bilancio dell'esercizio e quella a cui si riferisce la "cifra di comparazione" dell'esercizio precedente». ¹⁶⁵

Congiuntamente al principio di continuità aziendale, l'art. 2423-bis, allo stesso comma, espone il Principio della prudenza, secondo il quale le valutazioni delle singole voci di bilancio devono essere effettuate con la diligenza del buon padre di famiglia, prestando maggiore attenzione all'esposizione di quei debiti che potenzialmente possono influenzare il futuro aziendale, valutando attentamente l'importo dei crediti e controllando periodicamente il risultato della gestione caratteristica e finanziaria, intervenendo tempestivamente nel caso in cui si verificano rischi che possano minarne il capitale sociale¹⁶⁶. Entrambi i principi devono essere utilizzati, quindi, in maniera tra di loro equilibrata così da poter rappresentare la realtà aziendale in maniera corretta e non viceversa.

2.1.2. La continuità aziendale nelle procedure concorsuali e il concetto di "stato di crisi"

Negli ultimi anni la tematica della continuità aziendale all'interno delle procedure concorsuali si è fatta sempre più viva. Se dal punto di vista del bilancio d'esercizio essa costituisce un presupposto indispensabile per l'applicazione di regole volte alla sua redazione, nell'ottica delle procedure concorsuali essa rappresenta un'opzione perseguibile dall'imprenditore per intraprendere un percorso di superamento della crisi d'impresa, giustificata dalla salvaguardia dell'interesse dei creditori; non si tratta quindi di un presupposto logico-giuridico da seguire, ma di uno scopo da perseguire.

Il primo interesse per questa tematica è sorto con la pratica del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali e con le leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi le quali avevano come scopo principale quello di salvaguardare i livelli occupazionali, ed in seguito si è consolidata con la riforma del 2005, diventando così il fine da perseguire nelle nuove riforme, al passo con gli standard dei Paesi più avanzati. In Italia, si può affermare, però, che il vero "boom" di questo Principio si sia verificatosi con i c.d. *Decreto Sviluppo* e

¹⁶⁵ COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7*, Torino, 1994, p. 189.

¹⁶⁶ CREACO F., *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015.

Decreto Crescita del 2012/2013: nelle procedure concorsuali la continuità cambia faccia, non è più un presupposto logico come nella disciplina del bilancio, ma, come appena menzionato, uno scopo da perseguire¹⁶⁷. Le ultime riforme, quindi, hanno travolto e modificato l'impronta prettamente liquidatoria della disciplina concorsuale italiana al fine di prefiggersi obiettivi di continuità, nella speranza che lo stato di crisi venga intercettato più rapidamente attraverso appositi meccanismi di allerta e prevenzione e risolto, per esempio, nel concordato con continuità.

Il nuovo concordato preventivo (affiancato dall'istituto degli accordi di ristrutturazione), infatti, ricopre un ruolo chiave all'interno del percorso di risanamento dell'impresa: attività d'impresa e azienda si scindono dalla figura dell'imprenditore. Il risanamento dell'azienda attraverso concordato con continuità indiretta diventa possibile. L'azienda non potrà più esistere solo in mano all'imprenditore che è entrato in crisi, ma potrà essere risanata anche da un soggetto terzo. Nonostante l'assetto dell'imprenditoria italiana segua il modello dell'impresa familiare, il legislatore si impegna a garantire la possibilità di continuare l'attività aziendale anche in capo ad un terzo imprenditore: la continuità, quindi, riguarderà il cessionario del compendio aziendale o il suo affittuario. Negli anni, l'evoluzione della normativa sposta l'attenzione dalla figura soggettiva dell'imprenditore a quella oggettiva dell'attività d'impresa, la quale si spersonalizza assumendo un valore che prescinde dalle vicende del soggetto titolare¹⁶⁸.

La prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano concordato deve essere attestata da un professionista indipendente, come imposto dall'art 186-*bis*, comma 2, lett. b) della L. Fall.. La continuità, infatti, è sì di centrale importanza all'interno della disciplina, ma ha come unico scopo principale quello di salvaguardare l'interesse dei creditori¹⁶⁹, pena la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria (art. 173 L. Fall.). Il perseguimento della continuità, quindi, viene giustificato dal fine più grande di tutela dei creditori, essendo esso stesso la ragion d'essere dell'operare dell'azienda in continuità.

Il compito del legislatore non è mai stato così difficile: mentre gli interessi dei soci sono omogenei e convergenti, quelli dei creditori sono assai eterogenei. Se gli interessi dei creditori corrispondessero ad uno stato di continuità dell'impresa in stato di crisi, questi sceglierebbero

¹⁶⁷ RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *La Società*, 8-9/2014.

¹⁶⁸ RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, op. cit.

la discontinuità manageriale per poter migliorare la loro posizione e sperare che una nuova guida porti l'impresa al risanamento. In un Paese colmo di imprese a gestione familiare, questa logica non sarà, però, di facile assimilazione; il ruolo del legislatore diventa quindi vitale per l'affermazione e l'attuazione della nuova normativa e l'individuazione del modo più concreto ed efficace per tutelare il creditore¹⁷⁰: il rischio che l'imprenditore non voglia lasciare la propria azienda e che i creditori non approvino il piano è ad oggi elevato. La nuova legge rende, quindi, problematico per il legislatore mantenere il bilanciamento tra forme di autotutela che vengono rimesse all'apprezzamento dei creditori, e strumenti di autotutela affidati al giudice e, inoltre, rende difficile garantire contemporaneamente i diritti di debitore e creditori senza che il primo ne abusi e adotti comportamenti opportunistici a danno dei secondi.

2.2. L'importanza di anticipare l'emersione della crisi

Come già affermato in precedenza, gli amministratori hanno il dovere di favorire la prospettiva di continuità aziendale attraverso l'indicazione, nella *Relazione sulla Gestione*, dei "principali rischi ed incertezze" cui è sottoposta la società. Tale obbligo viene disposto nell'art. 2428, commi I e II del c.c., infatti, l'esistenza di idonei meccanismi di controllo e allerta circa il venire meno della continuità risultano imprescindibili se ci si vuole porre come obiettivo il rispetto del principio di adeguatezza contabile e quindi di continuità aziendale¹⁷¹.

Durante il corso della vita di un'impresa si verificano, quindi, vari eventi e circostanze che possono minare il fragile equilibrio della società, portandola ad avere difficoltà a mantenere la condizione di continuità in seno alla propria attività. L'impatto di questi eventi e circostanze è valutato utilizzando degli indicatori¹⁷² finanziari¹⁷³, gestionali¹⁷⁴ o altri indicatori come per esempio la riduzione di capitale sotto il minimo di legge o l'esito sfavorevole di contenziosi i quali costi non possono essere sostenuti dalla società e sempre considerando le condizioni strategiche e la situazione complessiva dell'impresa¹⁷⁵. Tuttavia, il principio di continuità

¹⁷⁰ RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *La Società*, 8-9/2014.

¹⁷¹ DESSALVI B., CINCOTTI C., *La continuità aziendale e il suo venir meno*, in *IPSOA Quotidiano*, 06/06/2018.

¹⁷² Tali indicatori si trovano all'interno del documento n. 570 ISA Italia.

¹⁷³ Ci si riferisce ad esempio a incapacità di saldare i debiti alla scadenza oppure modifiche che peggiorano le condizioni di pagamento ai fornitori o, ancora, la mancanza di distribuzione di dividendi.

¹⁷⁴ Come per esempio la Perdita di mercati o la perdita di fornitori strategici.

¹⁷⁵ DESSALVI B., CINCOTTI C., *La continuità aziendale e il suo venir meno*, op. cit.

aziendale trova spesso criticità con il presentarsi della crisi d'impresa: è evidente il conflitto tra l'interesse dell'imprenditore a proseguire l'attività e i suoi doveri di tutela dell'integrità del patrimonio sociale.

Il concetto di stato di crisi d'impresa viene individuato in dottrina come diverso dall'insolvenza classica, molto più flessibile e versatile¹⁷⁶. Il legislatore non ne fornisce però una definizione come per l'insolvenza¹⁷⁷, ma viene richiamata unicamente all'interno dell'art. 160 della L. Fall. sui presupposti del nuovo concordato preventivo. Lo stato di crisi, infatti è il presupposto oggettivo per accedere alle procedure concorsuali c.d. minori. Questa scelta di non darne una vera e propria definizione si basa anche sulla necessità di adeguare la nozione alle specifiche esigenze del caso, in quanto le attività economiche e i possibili dissesti sono vari e mutano con l'evoluzione del contesto economico e sociale. Si noti, ancora, come sia rilevante e cruciale il ruolo del giudice, il quale deve trovare, per l'appunto, una soluzione coerente per soddisfare le esigenze di tutela dei creditori imposte dal legislatore. La dottrina fornisce varie illustrazioni di quanto si intende per "stato di crisi": per esempio una definizione comune a molti è quella che vede la crisi come *«l'instabilità della redditività che porta a rovinose perdite economiche e di valore del capitale, con conseguenti dissesti nei flussi finanziari, perdita della capacità di ottenere finanziamenti creditizi per un crollo di fiducia da parte della comunità finanziaria, ma anche da parte dei clienti e fornitori, innescando così, un pericoloso circolo vizioso»*.¹⁷⁸ Nella prassi comune, tuttavia, già da tempo, la crisi non è più vista solamente come evento negativo, ma essa può anche essere una fase necessaria nella vita di una impresa, da cui essa può addirittura trarne giovamento, un fattore decisivo per l'implementazione di processi di ristrutturazione aziendale tipici nell'economia di mercato¹⁷⁹. A questa nuova visione non più negativa si ispira la ratio del nuovo codice: oltre all'introduzione della figura dell'imprenditore "onesto ma sfortunato", la nuova normativa fornisce la possibilità di accedere alla procedura concorsuale anche alle aziende che ancora non si trovano in stato di insolvenza, con l'obiettivo di evitare quest'ultima e tutelare la continuità della stessa.

¹⁷⁶ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 162-170.

¹⁷⁷ Ricordiamo che la definizione di insolvenza viene descritta nell'art. 5, comma II della L. Fall: l'insolvenza «si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» Cass. SS.UU., 11.02.2003, n. 1997, in *Pluris*.

¹⁷⁸ L. GUATRI, *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, 1995.

¹⁷⁹ B. LIBONATI, *La crisi d'impresa*, in Aa. Vv., *L'impresa*, Milano, 1964.

La nozione di “crisi d’impresa” è stata rielaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e al suo interno è stata ricompresa l’insolvenza, in quanto essa ne costituisce lo stadio di dissesto più avanzato. Lo stato di crisi, quindi, rappresenta quella condizione che permette all’imprenditore accorto di comprendere il momento in cui può sorgere un possibile “rischio di insolvenza”: diventa cruciale individuarne anticipatamente i sintomi per prevenire l’emergere dello stato di dissesto. In questo senso, le nuove procedure concordate si basano su una segnalazione in tempi opportuni dello stato di crisi in modo da permettere all’imprenditore la salvaguardia della continuità aziendale del complesso produttivo.

La nuova definizione che ne dà il Codice della crisi d’impresa all’art. 2 è quella di «*stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*»¹⁸⁰. L’esigenza di darne una nuova definizione scaturisce dal probabile pericolo di inefficienza dei nuovi strumenti o di falsi positivi, dovuti ad una descrizione troppo allargata; ecco, quindi, che viene introdotto un nuovo concetto di monitoraggio preventivo¹⁸¹.

La prevenzione dell’insolvenza, dagli anni ’30 è stato uno dei principali temi oggetto di ricerca da parte degli studiosi: si pensi per esempio ai sistemi basati su singoli o più indicatori i cui adattamenti negli anni hanno portato agli odierni metodi di valutazione del credito e dell’affidabilità delle imprese (rating finanziario). Inoltre, la crescente necessità di anticipare l’emersione della crisi è dovuta dal costante aumento dei livelli di leverage, i quali mettono a dura prova anche aziende con una lunga e solida storia alle spalle¹⁸².

Il legislatore, condividendo il pensiero degli ultimi anni si è proposto di porre come uno degli obiettivi principali della nuova normativa, quello di far emergere anticipatamente la crisi, con la convinzione, inoltre, che se le condizioni di partenza per l’azienda sono migliori, anche le trattative con i creditori saranno più agevolate: l’introduzione degli istituti di allerta

¹⁸⁰ La nuova definizione di “crisi” crea una spaccatura tra crisi e insolvenza, percepite ora come conseguenti ma distinte.

¹⁸¹ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 18 e ss.

¹⁸² DANOVÌ A., *Procedure di allerta e anticipata emersione della crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

rappresenteranno, quindi, un sistema di incentivi per coloro che ne faranno uso e disincentivi per chi lo farà in ritardo¹⁸³.

Da non sottovalutare, infine, l'enorme difficoltà di combattere il problema della scarsa managerialità delle imprese italiane e sviluppare una maggiore cultura della crisi. In Italia, infatti, l'accesso a procedure concorsuali è sempre stato visto come punto di non ritorno da parte dell'imprenditore: in presenza di segnali di crisi fornitori e banche sono spesso diffidenti a sostenere l'imprenditore, il quale possiede molto timore di perdere competitività e cerca di tardare costantemente e per il maggior tempo possibile l'emersione esterna della crisi, creando così un circolo vizioso. Inoltre, punto comune all'interno delle piccole e medie imprese italiane è la bassa managerializzazione e l'elevato numero di consulenti selezionati per fedeltà nel tempo, piuttosto che in base alle loro competenze. I limiti di management e di disponibilità di investire in adeguati sistemi informativi ha determinato la scarsa presenza di strumenti di controllo di gestione e il ritardo, nonché l'inadeguatezza, nell'affrontare la crisi¹⁸⁴.

2.2.1. Gli Early Warnings

Il legislatore, spinto dalla mancanza di legislazione in materia all'interno del nostro ordinamento e dalle istanze di matrice europea e di diritto internazionale, ha deciso di introdurre una procedura d'allerta e di composizione assistita della crisi, con l'obiettivo di monitorare la continuità dell'impresa¹⁸⁵. Il nuovo Codice ha modificato l'art. 2086 del c.c. e gli articoli del libro V (art. 2257, 2380-bis, 2409 *novies* e 2475), introducendo l'obbligo per l'imprenditore non individuale di implementare *«un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*¹⁸⁶: gli obblighi organizzativi e di segnalazione rappresentano uno dei due pilastri che compongono

¹⁸³ DANОВИ А., *Procedure di allerta e anticipata emersione della crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

¹⁸⁴ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 17 e ss.

¹⁸⁵ Tali procedure trovano la loro disciplina nel Titolo II del codice, *“Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi”*, artt. 12-25.

¹⁸⁶ Questo disposto legislativo non gode della *vacatio legis* di 18 mesi, ma è entrato in vigore dopo solo 30 giorni dalla pubblicazione del D.lgs. in *Gazzetta Ufficiale*.

gli strumenti d'allerta. Gli organi di controllo societario e il revisore legale dei conti, nonché la società di revisione (segnalatori interni tra cui viene ricompreso anche lo stesso debitore), nell'ambito delle proprie funzioni, avranno il dovere di segnalare e rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed eventuali indizi di squilibri di natura patrimoniale, reddituale o finanziaria¹⁸⁷ (ci si riferisce ad un inadempimento prospettivo di incapienza di flussi di cassa per almeno sei mesi futuri), mentre i creditori pubblici qualificati (agenzia delle Entrate, agente della riscossione, Inps) dovranno segnalare gli inadempimenti rilevanti circa i propri crediti (in questo caso i crediti rappresentano inadempimenti già attuali e di rilevante consistenza)¹⁸⁸. L'obbligo di segnalazione è, in primis, verso l'organo amministrativo¹⁸⁹, il quale avrà novanta giorni (30+60) per regolarizzare la sua esposizione o presentare istanza per accedere alle procedure di regolarizzazione della crisi ovvero alla composizione assistita, in mancanza di ciò si procederà ad effettuare una segnalazione agli Ocri¹⁹⁰. Vengono altresì previsti degli obblighi in capo a banche ed intermediari finanziari secondo i quali nel momento in cui si verificano variazioni, revisioni o revoche di affidamenti, questi debbano essere immediatamente comunicati agli organi di controllo. L'introduzione di questo secondo pilastro corrispondente ad un obbligo di segnalazione diligente e tempestiva ha lo scopo di creare interessi contrapposti per stimolare maggiormente l'emersione della crisi: per gli organi di controllo, la segnalazione corrisponde ad una causa di esonero dalla responsabilità solidale con gli amministratori per i danni che si verificheranno successivamente, mentre per i creditori pubblici qualificati, la mancanza di segnalazione corrisponde all'inefficacia dei propri titoli di prelazione e, per l'agente della riscossione, all'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione¹⁹¹.

Infine, il legislatore ha introdotto delle novità nel processo di nomina dell'organo di controllo nelle s.r.l. Tali novità consistono nell'abbassamento delle relative soglie obbligatorie

¹⁸⁷ Art. 13 e 14 Cci (codice della crisi d'impresa). Con il Decreto Legge del 2 marzo 2020 n. 9 (DL 9/2020) è stata prorogata dal 14 agosto 2020 al 15 febbraio 2021 l'entrata in vigore degli obblighi di segnalazione previsti dagli artt. 14, comma 2 e 15 del Codice della Crisi.

¹⁸⁸ Per creditore pubblico qualificato si intende l'Agenzia delle Entrate, l'agente della riscossione e l'Inps, ovvero i c.d. segnalatori esterni.

¹⁸⁹ Art. 15 Cci. La segnalazione all'organo amministrativo corrisponde ad una segnalazione di tipo interno.

¹⁹⁰ Ocri significa "Organismo di composizione della crisi di impresa". Esso è composto da tre esperti in materia di risanamento; agli OCRI devono convergere tutte le istanze di segnalazione che l'organo amministrativo non ha risolto. Il creditore pubblico qualificato è obbligato a segnalare in ogni caso il perdurare di inadempimenti di importi rilevante.

¹⁹¹ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 21 e ss.

per nominare l'organo di controllo di revisore: l'organo risulta obbligatorio se «*il totale dell'attivo dello stato patrimoniale o i ricavi delle vendite o delle prestazioni siano superiori a 4 milioni di euro e il numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio sia di 20 unità*»¹⁹², il superamento di solo una di queste soglie per due esercizi consecutivi renderà obbligatoria l'adozione dell'organo¹⁹³.

L'Ocri non rappresenta una minaccia per le imprese, anzi, le imprese che si attrezzeranno tempestivamente troveranno in esso un aiuto alla ristrutturazione del debito, viceversa, quelle che tarderanno, arriveranno di fronte a questo organo senza le giuste informazioni. Una volta attivato l'Ocri, il debitore avrà un periodo di tempo limitato per informarlo dell'entità e struttura del debito, per fornire un piano d'impresa e determinare i flussi prospettici al servizio del debito¹⁹⁴. L'obbligo delle segnalazioni scatterà a partire da 18 mesi successivi dalla pubblicazione, il tempo di *vacatio legis* sarà utile per gestire le potenziali crisi e/o dotarsi degli strumenti necessari per pianificare e monitorare l'andamento aziendale¹⁹⁵.

Il nuovo Codice (Cci) favorisce l'emersione anticipata della crisi anche attraverso la promozione di nuovi doveri ed obblighi tra il debitore ed i terzi creditori. La negoziazione tra questi in tema di crisi d'impresa, infatti, ha presentato negli anni numerose criticità: si pensi, per esempio, alla scarsa fiducia dei creditori verso figure professionali non competenti e di esclusivo gradimento del solo imprenditore, oppure della sua scarsa preparazione a gestire la crisi, in particolar modo accresciuta dalla tarda manifestazione all'esterno di questa, infine è importante considerare anche la qualità delle informazioni che vengono fornite ai creditori e l'inadeguatezza dei piani proposti rispetto alle reali possibilità dell'azienda nel riuscire a superare la crisi. Il legislatore ha introdotto, quindi, all'art. 4 del Cci, i doveri comuni di buona

¹⁹² Con la Legge n. 8 del 28 febbraio 2020 è stato prorogato il termine per la nomina dell'organo di controllo o del revisore (e per l'adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto, ove necessario) da parte delle S.r.l. che abbiano superato i nuovi limiti previsti dall'art. 2477, comma 2, lettera c) del Cci. La nuova disposizione ha rinviato tale termine, scaduto in data 16 dicembre 2019, alla data di approvazione del bilancio 2019. L'art. 2477, comma 2, oltre alle sopra citate soglie, prevede la nomina dell'organo di controllo o del revisore anche se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti.

¹⁹³ DANOVÌ A., ACCIARO G., *Un Codice per restituire sistematicità alle norme sulla crisi d'impresa*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 6 e ss.

¹⁹⁴ FOSCHI A., RANALLI R., *Un vero e proprio indifferibile cambiamento culturale*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 10.

¹⁹⁵ FOSCHI A., RANALLI R., *Un vero e proprio indifferibile cambiamento culturale*, op. cit. p. 11. Si ricorda la posticipazione dell'entrata in vigore a causa dell'emergenza sanitaria Covid-19.

fede e correttezza tra debitore e creditori. In particolare, viene disposto che il debitore e i suoi advisor hanno l'obbligo di esporre ai creditori le informazioni nel modo più trasparente, vero e completo possibile, consentendo loro di poter agire in maniera consapevole e tempestiva; inoltre, vengono disposti anche l'obbligo di evitare inutili procrastinazioni e intraprendere rapidamente le necessarie iniziative nei tempi corretti. Risulta, poi, indispensabile che il patrimonio aziendale venga gestito prudenzialmente per tutelare i creditori da possibili perdite. I creditori, d'altro canto, sono chiamati a collaborare lealmente con l'imprenditore e i suoi advisor, con l'Ocri e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e di farlo, altresì, con estrema riservatezza rispetto alle informazioni acquisite ed alle iniziative prese, al fine di promuovere uno scambio di informazioni che sia tempestivo e privo di atteggiamenti utilitaristici o di ostacolo¹⁹⁶.

2.2.2. L'ambito di estensione degli strumenti di allerta e il ruolo degli Ocri

Gli strumenti di allerta, secondo il disposto del quarto comma dell'art. 12 Cci, sono soggetti ad una applicazione molto vasta, in quanto la loro fruizione viene estesa a tutti i debitori che svolgono attività imprenditoriale: il fine è, infatti, quello di mantenere l'attività imprenditoriale e i livelli di occupazione. Il nuovo articolo 2086 del Codice civile, al contrario, prevede tali strumenti solamente per le imprese costituite in forma collettiva o societaria. Si evince da ciò che anche in assenza dell'organizzazione interna necessaria alla prevenzione della crisi d'impresa, gli strumenti di allerta possano venire applicati in ogni caso, attraverso il solo ruolo dei soggetti pubblici qualificati (art.14)¹⁹⁷.

Tuttavia, l'applicazione di tali strumenti prevede delle eccezioni: tali eccezioni dipendono, in primo luogo dalle dimensioni, dalla regolamentazione e dalla strutturazione e organizzazione interna dell'azienda¹⁹⁸, ed in secondo luogo escludono le società per le quali

¹⁹⁶ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 18 e ss.

¹⁹⁷ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 23 e ss.

¹⁹⁸ Sono, infatti, esclusi:

- a) «Grandi imprese, ovvero quelle che superano almeno due dei tre criteri seguenti alla data di chiusura del bilancio: 1. Totale dello stato patrimoniale: 20.000.000 euro; 2. Ricavi netti delle vendite e prestazioni: 40.000.000 euro; 3. Numero medio dei dipendenti: 250;
- b) Gruppi di imprese di grandi dimensioni: composti da un'impresa madre e imprese figlie che sono incluse nel bilancio consolidato e che su base consolidata, a chiusura del bilancio dell'impresa madre superano almeno due dei tre criteri precedenti;
- c) Società con azioni quotate in mercati regolamentati;

viene prevista, in via esclusiva, la liquidazione coatta amministrativa.¹⁹⁹ Inoltre, le imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa, diverse da quelle escluse, restano assoggettate al procedimento di allerta e composizione assistita della crisi.

Ai soggetti esclusi rimane, nonostante ciò, la possibilità di adottare internamente sistemi idonei ad anticipare la crisi, potendo, in caso di adeguata tempestività (art. 24 Cci), usufruire delle misure premiali previste dall'art. 25 del Cci²⁰⁰.

Un ulteriore caso di eccezione è dato da quello che concerne imprese agricole ed imprese minori²⁰¹, per le quali vengono previste alcune modalità e conseguenze differenti: vengono assoggettate agli strumenti di allerta compatibilmente con la loro struttura organizzativa ed in luogo dell'Ocri, per l'istanza di composizione assistita della crisi, è presente l'organismo di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Per prevenire la dispersione di valore aziendale e sostenerne il recupero, il nuovo Cci ha introdotto nuovi organi di ausilio alle negoziazioni con gli stakeholders e alla gestione, quindi, della crisi di impresa. Tali organi sono detti Ocri (la relativa disciplina è contenuta negli artt. 16 ss. Cci), *Organismi di composizione della crisi*, i quali differiscono dagli Occ²⁰², *Organismi di*

d) *Società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante (secondo i criteri stabiliti dall'art.2 bis del regolamento della Consob concernente la disciplina degli emittenti)».*

¹⁹⁹ In particolare:

- a) *«Le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario;*
- b) *Gli intermediari finanziari vigilati iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del Dlgs 385/1993;*
- c) *Gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;*
- d) *Le Sim, le Sgr, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di Sim e le società componenti il gruppo;*
- e) *I fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi, i depositari centrali;*
- f) *Le fondazioni bancarie di cui al Dlgs 153/1999;*
- g) *La Cassa Depositi e Prestiti di cui al DI 269/2003 convertito dalla legge 326/2003;*
- h) *I fondi pensione;*
- i) *Le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al Dlgs 209/2005;*
- j) *Le società fiduciarie di cui all'art. 199 del Dlgs 58/1998; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla legge 1966/1939; le società di cui all'art.2 del DI 233/1986 convertito dalla legge 430/1986; le società fiduciarie di cui all'art. 60 comma 4 del Dlgs 415/1996.»*

²⁰⁰ Le disposizioni del codice civile sugli adeguati assetti organizzativi si applicano, infatti, anche alle imprese escluse dagli strumenti di allerta.

²⁰¹ Identificate dal Cci come quelle aziende che presentano congiuntamente:

«1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a 300.000 euro nei tre esercizi antecedenti la data di riferimento; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a 200.000 euro nei tre esercizi antecedenti la data di riferimento; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiori a 500.000 euro».

²⁰² Disciplinati dal decreto del Ministero della Giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e dalla legge 27 gennaio 2012 n. 3.

composizione della crisi da sovraindebitamento, per le diverse mansioni assegnatigli²⁰³. Infatti, i nuovi Ocri non hanno solo il compito di mediazione tra il debitore e i suoi creditori, ma anche quello di vero e proprio consulente professionale per la ricerca di risoluzioni alla crisi d'impresa. Quindi, il ruolo di quest'organo è duplice: in primis deve accertare se sono o no presenti gli indicatori della crisi, in secondo luogo esso, essendo soggetto terzo rispetto all'impresa, deve vagliare le iniziative proposte dall'imprenditore e definire insieme a costui le giuste manovre e i giusti processi per avviare un percorso di risanamento (art. 12 Cci): con il nuovo Cci viene offerta al debitore maggiore tutela tramite, appunto, la consulenza di soggetti professionisti.

L'accesso agli Ocri, come già detto in precedenza, può avvenire sia tramite iniziativa autonoma dell'imprenditore diligente, sia tramite la segnalazione degli organi di controllo o dei creditori pubblici qualificati e costituisce l'inizio di una fase in cui viene accertata l'esistenza di indicatori della crisi o della bontà del percorso di risanamento, oppure viene attivata una procedura di regolazione della crisi; l'alternativa a ciò equivale alla liquidazione giudiziale²⁰⁴. Per evitare la segnalazione degli organi di controllo interno ed esterno all'Ocri ed incentivare il debitore ad una compliance spontanea, il legislatore ha introdotto misure premiali.

L'Ocri si compone di tre soggetti, due strutturalmente permanenti (il referente e l'ufficio del referente) e uno creato ad hoc per ciascuna occasione (il collegio degli esperti), infatti, l'obiettivo del legislatore è proprio quello di fornire all'imprenditore uno strumento in grado di rispondere alle sue specifiche necessità. Inoltre, l'Ocri viene istituito presso ogni Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura; le varie segnalazioni ed istanze del debitore dovranno quindi essere presentate all'Ocri costituito presso la Camera di Commercio nel cui ambito territoriale di trova la sede legale dell'impresa²⁰⁵.

Vediamoli in dettaglio:

- Il referente: viene individuato nel segretario generale della camera di commercio, ma vi è la possibilità di delegare l'incarico ad un terzo soggetto. I compiti del referente

²⁰³ Inizialmente l'idea del legislatore era quella di rafforzare quest'ultimi, in seguito, a causa della complessità delle iniziative da adottarsi, ha deciso di istituire un organo apposito.

²⁰⁴ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 25 e ss.

²⁰⁵ GOZZI M., MICALE M. V., BARACCHI A., *Allerta e composizione, uno sguardo processuale d'insieme*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 46.

sono quelli di verificare l'applicabilità soggettiva del procedimento, la sua tempestività (vigilanza sul rispetto dei termini da parte dei vari soggetti) e l'adeguatezza qualitativa della composizione collegiale. Inoltre, comunica, ai soggetti qualificati, la presenza di una procedura di composizione assistita della crisi e la mancanza di iniziative del debitore presso gli Ocri, nonché l'insuccesso della procedura.

- L'ufficio del referente: ha il compito di gestire le segnalazioni e le comunicazioni tra l'imprenditore, i soggetti qualificati e l'Ocri stesso durante il procedimento, nonché quello di gestirne le informazioni (garantendo la riservatezza), amministrare le riunioni e la parte organizzativa dell'Ocri. L'ufficio del referente può venire costituito anche in forma associata tra le Cciao.
- Il collegio degli esperti: viene nominato caso per caso secondo criteri di trasparenza e rotazione, canoni d'imparzialità e di qualità, infatti, rappresenta il centro professionale e consulenziale dell'Ocri²⁰⁶. I suoi compiti sono, quindi, quelli di individuazione della crisi, individuazione delle misure di ristrutturazione aziendale (assieme al debitore), informazione al referente dell'inattività del debitore, gestione della composizione assistita della crisi di impresa, attestazione della veridicità dei dati aziendali nel caso in cui si ricorra ad altre procedure, assistenza al debitore nell'accedere alle procedure in caso di insuccesso²⁰⁷. Il legislatore, nell'intento di sostenere il debitore, ha deciso di affiancargli tre esperti tra quelli iscritti all'albo di cui all'art. 356 Cci, così da agevolarlo nell'individuazione delle migliori misure da adottare per intraprendere il processo di risanamento.

Il ruolo dell'Ocri è quindi centrale all'interno del nuovo Cci e il suo operare sarà oggetto di vari e continui collaudi, poiché le competenze che dovranno essere da esso sviluppate saranno

²⁰⁶ La sua nomina e composizione sono disciplinate dall'art. 17 Cci. Un primo membro è eterodesignato (direttamente nominato dal Presidente della Sezione specializzata in materia di impresa del tribunale nel cui distretto si trova la sede dell'impresa. Il secondo viene designato dal Presidente della Camera di Commercio o da un suo delegato, diverso dal referente. Il terzo membro è un'appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria; la ratio di tale decisione risiede nella finalità di far in modo che l'Ocri venga percepito come alleato del debitore, anche se tale membro viene designato dal referente. Così GOZZI M., MICALE M. V., BARACCHI A., *Allerta e composizione, uno sguardo processuale d'insieme*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 48. In aggiunta, la legge individua i casi di incompatibilità con la carica, tra queste, l'esistenza (entro 5 anni) di pregressi rapporti di lavoro e collaborazione, o l'esistenza di interessi economici nell'impresa.

²⁰⁷ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 26 e ss.

vaste e di difficile attuazione in un tempo così breve (diciotto mesi di *vacatio legis*), anche alla luce di specifiche necessità normative e di regolamentazione delle procedure, nonché dei costi del procedimento²⁰⁸.

Al debitore è consentito rivolgersi al tribunale per richiedere misure protettive e per accedere a procedure di regolazione della crisi maggiormente tutelate. Il procedimento davanti all'Ocri risulta riservato, ricordiamo infatti che l'art. 5 Cci prevede obblighi di riservatezza per tutti gli organismi e i collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita. Viene, inoltre, prevista l'impossibilità di utilizzare durante le deposizioni le informazioni acquisite e le dichiarazioni rese, né davanti all'autorità giudiziaria, né ad altra autorità, pena l'applicazione dell'art. 200 del Codice di Procedura penale.²⁰⁹ Inoltre, all'art 12, comma III del Cci viene previsto che *«né l'attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti qualificati, né l'accesso alla procedura di composizione assistita della crisi da parte del debitore costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni»*, da ciò si evince che sono compresi tra i contratti pendenti anche quelli che consentono l'accesso al credito, inoltre, si specifica che non è consentita la revoca di affidamenti bancari concessi all'impresa. Viene prevista la nullità di qualsiasi patto contrario.²¹⁰

2.2.3. Il procedimento d'innanzi all'Ocri

In seguito alla ricezione della segnalazione o dell'istanza del debitore, l'Ocri ne dà comunicazione al debitore e agli organi di controllo societario (se presenti) e procede alla raccolta delle designazioni dei componenti del Collegio degli esperti, la cui composizione deve rappresentare tutte le categorie professionali necessarie per la gestione della crisi sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale. Il Collegio viene così designato: un esperto viene designato tramite nomina diretta da parte del presidente della sezione del tribunale delle

²⁰⁸ L'art. 351 Cci, se non diversamente concordato con l'imprenditore, prevede che il compenso dell'Ocri venga liquidato dal Presidente della Sezione specializzata in materia di impresa del tribunale o da un suo delegato, tenuto conto dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento.

²⁰⁹ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 27 e ss.

²¹⁰ RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, op. cit., p. 28 e ss. afferma che non si esclude la possibilità che l'entrata in vigore di questa norma provochi alterazioni alle durate dei finanziamenti: forme tecniche come "a revoca" o "a scadenza" potrebbero venire sostituite con altre di durata più breve.

imprese competente²¹¹, un secondo esperto tramite designazione diretta del presidente della Camera di commercio presso cui opera l'Ocri e diverso dal referente, e il terzo esperto, designato dal referente e sentito il debitore, viene scelto tra i soggetti appartenenti all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'Ocri dalle associazioni imprenditoriali di categoria²¹². Per garantire la riservatezza e confidenzialità dell'intera procedura, il nome dell'impresa è conosciuto solo al referente, mentre gli esperti designati vengono a conoscenza solamente del settore in cui opera l'impresa, delle sue dimensioni in termini di addetti e ammontare dei ricavi annui. Nel caso di non complementarietà del Collegio, sarà compito del referente sostituire il soggetto designato dal presidente della camera di commercio e nominare gli altri soggetti nel caso in cui le nomine non pervengano entro i termini prefissati. Infine, entro il giorno successivo alla nomina, l'esperto deve fornire la dichiarazione della sua indipendenza ed accettare l'incarico²¹³. Cruciali e di grande problematica risultano i temi della celerità richiesta dalla procedura per consentire la formazione di un Collegio composto da tutte le diverse figure professionali previste dal nuovo Cci: fin dal primo momento è richiesta un'elevata specializzazione ed esperienza per valutare la fattibilità di un percorso di risanamento con misure realizzabili sotto i profili aziendalistici, contabili e giuridici e rilevare l'eventuale improvvisa impraticabilità del piano in corso d'opera²¹⁴.

Il primo compito del collegio, dopo aver nominato il suo presidente e il relatore, è l'audizione del debitore. L'Ocri ha 15 giorni lavorativi di tempo dalla segnalazione per convocare il debitore e, se presenti, i componenti degli organi di controllo interno davanti al collegio nominato per l'audizione (art. 18 Cci): al termine dell'audizione, se l'esito confermasse l'insussistenza della crisi o il caso di imprenditore a cui non si applicano gli strumenti di allerta, dovrebbe venire disposta l'archiviazione delle segnalazioni ricevute.

²¹¹ La scelta del presidente della sezione del tribunale delle imprese e non del presidente della sezione fallimentare vuole evidenziare che non si tratta di apertura anticipata di una procedura concorsuale.

²¹² Il termine per tali organi è quello di 3 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta da parte dell'Ocri.

²¹³ RANALLI R., *"Fasi, organi, ruoli ed esiti della procedura d'allerta"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 55 e ss.

²¹⁴ In riferimento di veda RANALLI R., *"Fasi, organi, ruoli ed esiti della procedura d'allerta"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 57.

Durante l'audizione il Collegio dovrà raccogliere dati e informazioni necessarie a rilevare l'insussistenza o meno della crisi e le misure necessarie per porvi rimedio²¹⁵.

Qualora il debitore non si presenti all'audizione e si ravvisi l'esistenza di uno stato di insolvenza, secondo l'art. 22 del Cci, il Collegio dovrà darne segnalazione con relazione motivata al referente e al pubblico ministero del tribunale competente.

Nel caso in cui l'organo di controllo societario o un professionista indipendente attestino l'esistenza di crediti d'imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali siano decorsi 90 giorni dalla messa in mora e il cui importo portato in compensazione permetta di evitare il superamento delle soglie all'art. 15 comma II, l'archiviazione dovrà essere necessariamente disposta. Il referente ha il compito di comunicare l'esito al debitore e ai soggetti che hanno attuato la segnalazione, mentre nel caso di rilevazione di sussistenza della crisi il debitore sarà chiamato a discutere con il collegio le eventuali possibili misure per porvi rimedio²¹⁶ e a riferirne l'attuazione entro il termine fissato: qualora le misure non vengano attuate entro il limite indicato, il collegio informerà il referente che a sua volta ne darà notizia immediata agli autori delle segnalazioni²¹⁷.

Il procedimento di composizione assistita della crisi si differenzia dagli strumenti di allerta per la sua ratio. Infatti, se la ratio degli strumenti di allerta è quella di far emergere tempestivamente la crisi e adottare misure riorganizzative dell'attività d'impresa per risolverla, quella della composizione assistita si basa sul ruolo di "mediatore attivo" dell'Ocri: in questo secondo caso, la soluzione viene ricercata tramite trattativa con i creditori. Il procedimento di composizione assistita viene avviato tramite apposita istanza del debitore, alternativamente, prima che venga avviata la procedura di allerta, a seguito del decorso del termine per attuare le misure individuate per porre rimedio alla crisi o al termine dell'audizione della procedura di allerta (art. 19). In seguito, viene fissato dal collegio un termine di tre mesi, prorogabile di altri tre in caso di riscontri positivi nelle trattative, per la

²¹⁵ In particolare, oltre all'indebitamento e allo scaduto esistente, è necessario che il Collegio adoperi una visione dinamica, per poter verificare la capacità dell'impresa, almeno nei sei mesi successivi, di produrre flussi di cassa volti al risarcimento del debito.

²¹⁶ Le misure a cui si fa riferimento non si limitano semplicemente ad un mero avvio del processo ma è auspicabile che consistano in un monitoraggio in continuo.

²¹⁷ GOZZI M., MICALE M. V., BARACCHI A., *Allerta e composizione, uno sguardo processuale d'insieme*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 49-50. Inoltre, risulta poco chiaro come debba comportarsi il Collegio nel caso in cui le informazioni e i dati acquisiti non risultino sufficienti per confermare o smentire la sussistenza della crisi o dello stato di insolvenza. Infine, è consentito l'aggiornamento a nuova data per consentire il recupero della documentazione necessaria, a riguardo si veda RANALLI R., *"Fasi, organi, ruoli ed esiti della procedura d'allerta"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 58.

ricerca di una soluzione concordata. Compito del collegio è quello di acquisire dal debitore o su sua richiesta predisporre, nel più breve tempo possibile, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa e un elenco dei creditori, nonché dei titolari di diritti reali o personali, indicandone i crediti e le eventuali cause di prelazione. Per affrontare la composizione della crisi sarà necessaria la creazione di un piano economico-finanziario, un continuo monitoraggio della sua esecuzione e la valutazione degli scostamenti e individuazione di misure correttive.

Il procedimento può chiudersi positivamente con il raggiungimento di un accordo non ampliabile a soggetti estranei ad esso, che viene stipulato in forma scritta e depositato presso l'organismo, rimanendo totalmente riservato e visionabile ai soli sottoscrittori. Infine, su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, esso può essere iscritto nel Registro delle Imprese. L'accordo assume la stessa efficacia degli accordi attuativi del piano attestato di risanamento. Al contrario, il procedimento può concludersi negativamente se l'accordo non viene raggiunto: il debitore dovrà, quindi, procedere a fare domanda di accesso ad una procedura concorsuale entro 30 giorni.²¹⁸ In quest'ultimo caso, secondo l'art. 19 comma III, il Collegio dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali per la presentazione della domanda di omologazione. Nel caso in cui non venga presentata alcuna domanda, il Collegio dovrà riferirlo con relazione motivata al referente, il quale informerà il ministero che entro 60 giorni, se sussiste lo stato di insolvenza, potrà esercitare l'iniziativa di cui all'art. 38, comma I²¹⁹. Durante l'intera procedura il Tribunale può intervenire solamente su istanza del debitore nel caso in cui egli richieda misure protettive a tutela del proprio patrimonio²²⁰ (possono essere richieste una volta terminata l'audizione).

²¹⁸ GOZZI M., MICALE M. V., BARACCHI A., *Allerta e composizione, uno sguardo processuale d'insieme*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 51.

²¹⁹ Art 38, comma I Cci: «Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza».

²²⁰ Il tribunale con decreto motivato può concedere al debitore la fruizione delle misure protettive: vengono concesse per un massimo di tre mesi prorogabili per altri tre solamente nell'eventualità in cui siano stati raggiunti progressi nelle trattative. «I creditori per titolo o causa anteriore al procedimento non potranno, quindi, proseguire o iniziare azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, inoltre, il differimento degli obblighi previsti dagli artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter del c.c. in materia di riduzione di capitale sociale per perdite e alle cause di scioglimento per riduzione o perdita del capitale». Infine, «Le misure concesse possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei creditori o se il collegio di cui all'articolo 17 segnala al giudice competente che non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi»; si veda BASSI M. C., «Natura e procedimento della composizione assistita», in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 68.

I due procedimenti citati, quello di allerta e quello di composizione assistita, potranno manifestarsi secondo diverse modalità:

- Può verificarsi uno solo dei due procedimenti: la procedura di allerta, infatti, può concludersi sia con l'archiviazione sia con l'adozione di misure risolutive della crisi; d'altro canto il debitore potrebbe accedere alla composizione assistita senza che avvenga l'attivazione di una procedura di allerta.
- Possono trovare applicazione entrambi i procedimenti in quanto uno degli sbocchi possibili alle procedure di allerta è proprio quello della composizione assistita.

Si vuole menzionare inoltre, da un punto di vista procedurale, che all'art. 21 comma IV del Cci si dispone la facoltà di disporre degli atti e dei documenti prodotti o acquisiti all'interno del procedimento solo nel contesto di una procedura di liquidazione giudiziale o di un procedimento penale: questa disposizione risulta coerente con l'obiettivo di non vanificare l'attività istruttoria realizzata dal collegio, ma non soddisfa il principio di confidenzialità.

2.2.4. Gli obblighi di segnalazione interna ed esterna

L'intero processo di allerta e composizione assistita, come già anticipato qui sopra, è scandito da diversi stadi di evoluzione della crisi e dell'insolvenza.

Il primo stadio consiste nell'allerta interna all'azienda e fa riferimento a quel momento di incubazione della crisi che si manifesta con inefficienze gestionali e produttive e che può essere definito come una tappa fisiologica in quanto un'impresa può incorrervi anche più volte durante la propria vita. In questa fase l'organo di controllo societario ha il compito di valutare ed osservare l'operato dell'organo amministrativo in materia di assunzione di iniziative preposte al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario e al superamento delle inefficienze, nonché alla valutazione della gravità e possibile evoluzione di una crisi eventuale. Gli strumenti a disposizione dell'organo amministrativo sono di tipo previsionale come per esempio la redazione di uno o più business plan, budget e forecast degli esercizi a venire. L'organo di controllo dovrà rilevare l'effettiva implementazione di un sistema di controllo interno con il compito di monitorare la solidità dei dati contabili e di un sistema di gestione adeguato alla creazione di tali dati e degli indicatori di crisi. Qualora vengano rilevati effettivi indizi di possibile crisi, l'organo di controllo dovrà farne prontamente notizia per permettere all'amministrazione di prendere i dovuti provvedimenti. In questa fase risulta fondamentale la presenza di un elevato grado di professionalità di tutti gli attori coinvolti: gli amministratori

saranno chiamati ad apprendere e comprendere, nonché ad ascoltare maggiormente, le indicazioni dei nuovi organi di controllo societario e migliorare le abilità aziendali di rendicontazione²²¹.

Posto che l'azienda non riesca ad uscire da questa prima fase, inizia quindi la maturazione della crisi. In questo stadio, in cui le risorse aziendali iniziano ad essere intaccate, può verificarsi la segnalazione da parte degli istituti di credito all'organo di controllo di variazioni o revisioni negli affidamenti. Secondo l'art. 14 comma II Cci, gli organi di controllo possono provvedere a porre in essere un sistema di allerta formale interna, segnalando formalmente all'organo amministrativo la presenza di condizioni critiche di squilibrio economico-finanziario: ciò avviene comunque dopo aver segnalato all'organo amministrativo la presenza di una situazione più grave di quella precedente e dopo che questi non hanno posto in essere adeguati provvedimenti. La segnalazione avviene tramite mail pec o raccomandata AR e deve essere motivata. Nella lettera deve essere riportato il termine di non oltre i 30 giorni entro il quale l'organo amministrativo dovrà individuare e intraprendere nuove misure, nonché comunicarle all'organo di controllo. Si sottolinea che già in questa fase potrebbe verificarsi il superamento delle soglie per le quali viene avviata la segnalazione automatica da parte dei creditori pubblici qualificati²²².

Anche in questo caso, se le azioni intraprese non sono repentine o non producono effetti migliorativi, la situazione di crisi si tramuta in crisi conclamata: essa consiste nella crisi vera e propria, definita dalla giurisprudenza come «*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*». Arrivati a questo punto, l'organo di controllo dovrà verificare se sussiste ancora la facoltà di uscire dalla crisi autonomamente, oppure se è necessario procedere ad un'allerta di tipo "interno verso l'esterno": l'organo, secondo l'art. 14 comma II Cci, se entro 60 giorni non riceve un riscontro positivo alle proprie segnalazioni, dovrà informare senza indugio l'Ocri²²³.

Infine, un ulteriore tipo di allerta ("esterna verso l'esterno") può verificarsi con la segnalazione all'Ocri dei creditori pubblici qualificati: segnalazione che come detto in precedenza può verificarsi anche in altri stadi della crisi, in quanto risulta necessario solo il

²²¹ RIVA P., "Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi", in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 38-39.

²²² RIVA P., "Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi", op. cit., 39.

²²³ RIVA P., "Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi", op. cit., 40.

superamento di determinate soglie di incaglio dei debiti. Le soglie sono differenti per ciascuno dei diversi soggetti individuati dalla norma: questi sono Agenzia delle Entrate, Agente della Riscossione e Inps. Per l'AdE le soglie vengono calcolate considerando la sola Iva e le dimensioni dell'impresa in base al suo volume d'affari. Secondo l'art. 15, comma 2, lettera a), *«l'esposizione debitoria è di importo rilevante quando l'ammontare totale del debito iva scaduto e non versato... risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica...sia pari ad almeno il 30% dei volumi d'affari del periodo di riferimento e non inferiori a:*

- 110.000 euro per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello Iva relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro;
- 500.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello Iva relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro;
- 1.000.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello Iva relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro²²⁴».

«Per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000»²²⁵. Alla lettera c) l'articolo cita come soglia per l'agente della riscossione quella di superamento di un ammontare dei «crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del Cci, limitatamente ai crediti autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni, di 50.000 per le aziende individuali e 1.000.000 per le aziende collettive». Si ricorda che la presenza di crediti d'imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni, i quali soddisfano determinati requisiti, costituiscono motivo per i creditori pubblici qualificati di non segnalazione all'Ocri. L'allerta si sviluppa in due fasi. Inizialmente viene informato il debitore del superamento delle soglie; se dopo 90 giorni il debitore non estingue il proprio debito, non arriva ad un accordo con l'ente segnalatore, non presenta istanza per la composizione assistita o domanda per l'accesso ad una procedura concorsuale, i creditori pubblici qualificati provvederanno senza indugio a segnalarlo all'Ocri²²⁶.

²²⁴ Le soglie sono state modificate in seguito allo Schema di decreto legislativo correttivo del 13 febbraio 2020. In precedenza, le soglie erano rispettivamente: 25.000, 50.000, 100.000.

²²⁵ Art. 15, comma 2, lettera b) Cci.

²²⁶ RIVA P., *«Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi»*, op. cit., 41.

Come già visto in precedenza, in caso di insuccesso delle trattative stragiudiziali, verrà intimato alla società di fare domanda per accedere ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, in quanto ci si trova ancora in una fase di crisi reversibile ed è possibile implementare un processo di turnaround in continuità diretta, indiretta o liquidatorio. Al contrario, se non vi è la possibilità di ricorrere ad una delle procedure concorsuali o se queste non hanno portato ad un esito positivo e l'insolvenza è ormai conclamata ed irreversibile l'azienda dovrà procedere ad avviare il processo di liquidazione giudiziale.

Si vuole inoltre citare il crescente allargamento della platea degli enti societari che sono obbligati a forme legali di controllo. Con il nuovo codice diventa obbligatoria la presenza dell'organo (collegio sindacale o sindaco unico) oppure del revisore legale, per quelle società che superano per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti tre limiti: *un totale dell'attivo dello stato patrimoniale di 4 milioni di euro, ricavi delle vendite e delle prestazioni superiori a 4 milioni di euro e un numero di dipendenti medi occupati di 20 unità*. Sono obbligate alla nomina del collegio sindacale anche le imprese tenute alla redazione del bilancio consolidato e che controllano una società obbligata alla revisione legale dei conti. L'obbligo cessa quando per tre esercizi consecutivi non viene superato alcuno dei tre limiti²²⁷. Risulta ad oggi poco chiaro quale sia l'interpretazione che il legislatore ha voluto dare all'articolo 2477 del c.c.: ci si riverisce al dettato per il quale le società potranno decidere se dotarsi di un organo di controllo societario o se fare uso del solo revisore contabile. È indispensabile, seguendo il pensiero comune di tutta la nuova normativa, non basarsi solo sull'esame di dati passati (come fa il revisore), in quanto essi porterebbero ad una allerta tardiva ed incompatibile con il fine della nuova disciplina. Le mansioni del revisore si limitano a fornire un giudizio professionale e sono ben distanti dai compiti di vigilanza attribuiti all'organo di governance dal Cci. Per rafforzare il meccanismo di prevenzione la best practice sarebbe quella di prevedere entrambi gli organi. A riguardo, infatti, nella relazione Illustrativa al nuovo Codice in riferimento all'art. 379, la presenza dell'organo di controllo societario è prevista unitamente a quella del revisore contabile. Oltre a questo diverso dettato bisogna, infine, considerare che l'art. 2409 del c.c. prevede la possibilità, in un'ottica di contenimento dei costi per le Pmi, che il sindaco svolga le funzioni del revisore, mentre il contrario non è consentito²²⁸.

²²⁷ RIVA P., "Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi", op. cit., 43.

²²⁸ RIVA P., "Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi", op. cit., pp. 43-44-45.

2.2.5. Gli indicatori della crisi

Nel processo di accertamento della crisi è possibile individuare due specifiche tipologie di caratteristiche tipiche di un'azienda in stato di crisi: questi sono squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario individuabili tramite appositi indici e i ripetuti e consistenti ritardi nei pagamenti delle obbligazioni aziendali. Infatti, il nuovo Cci favorisce una sorta di nuova responsabilizzazione dell'organo amministrativo e di quello di controllo i quali, il primo in particolare, devono implementare un assetto organizzativo in grado di rilevare gli indicatori di una probabile crisi e valutarne in continuo l'adeguatezza. I due indicatori sopra citati vengono individuati all'interno dell'art. 13 per evitare interpretazioni soggettive dovute anche alla particolare componente di aleatorietà caratterizzante lo stato di crisi, e, quindi, alla necessità di considerare dati previsionali nella sua valutazione.

Al comma I dell'articolo 13 viene espressamente previsto che gli indicatori devono essere in grado di dare «*evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza della prospettiva di continuità aziendale per l'esercizio in corso o per i successivi sei mesi*»²²⁹. Viene, inoltre, precisato che tali indicatori devono essere rappresentativi della specifica attività dell'impresa, in quanto da essa possono scaturire caratteristiche aziendali totalmente differenti da un'azienda all'altra. A riguardo, infatti, il legislatore stabilisce che nella determinazione degli squilibri di carattere reddituale, finanziario e patrimoniale diviene necessario considerare il grado di maturità dell'impresa e quindi la sua permanenza sul mercato e nel relativo settore; ne deriva che una start-up verrà valutata diversamente da un'azienda consolidata²³⁰.

L'individuazione degli indici sarà demandata al Cndcec con cadenza almeno triennale. Gli indici dovranno essere elaborati per ciascuna tipologia di attività economica secondo le classificazioni Istat ed essere sottoposti all'approvazione del ministero dello Sviluppo economico che provvederà con apposito decreto. Verranno elaborati indici specifici per «*start-up innovative, Pmi innovative, società in liquidazione e imprese costituite da meno di due anni*»²³¹.

²²⁹ La disciplina delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi si rivolge ad imprese sane in difficoltà finanziaria che devono ristrutturarsi anticipatamente per evitare di incorrere in uno stato di insolvenza. Definizione modificata dal Consiglio dei Ministri del 13 febbraio 2020.

²³⁰ GUIOTTO A., *Indicatori della crisi, gli elementi caratterizzanti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, p. 34.

²³¹ Art. 13, comma II Cci.

Gli indicatori a cui fa riferimento l'articolo, non devono limitarsi ad una mera valutazione presente basandosi sui dati relativi ai bilanci societari depositati nei Registri delle Imprese, ma devono avere capacità prospettica. Di qui le nuove responsabilità dell'organo di governance nell'individuazione di nuovi assetti organizzativi atti a consentire agli organi di controllo e all'imprenditore di prevedere l'andamento futuro, almeno nei successivi sei mesi. Gli indici di allerta vengono, quindi, individuati come significativi se in grado di misurare:

- *la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare;*
- *l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.*

Il Codice non definisce puntualmente ogni singolo indice, ma ne dà una definizione più ampia. Lo stato di crisi, infatti, sarà maggiormente e più facilmente indentificato avvalendosi di un insieme di indicatori diversi i quali devono trovare un compromesso tra dati di tipo consuntivo e indicatori di tipo previsionale, evitando così falsi positivi²³²; questo, in particolare, sarà un compito ancora più arduo per il Cndcec che, in tempi ristretti, dovrà produrre questi indici quantificando i flussi di cassa futuri che non potranno essere individuati solo attraverso l'analisi di bilanci d'esercizio pregressi. La scelta di utilizzare vari indici unitariamente, scaturisce dai diversi approcci utilizzabili nell'accertamento della crisi. Per accertare la crisi gli indicatori possono fare riferimento, secondo l'approccio consuntivo, alla situazione finanziaria dell'azienda risultante dai saldi contabili. Questo approccio, tuttavia, non mostra le possibili prospettive gestionali, l'esito futuro degli investimenti in corso e le riserve di indebitamento, poiché si basa su operazioni già concluse. Un approccio basato sull'evidenza di specifici inadempimenti quali il mancato pagamento di fornitori meno strategici, di ritenute erariali e previdenziali e il mancato pagamento, infine, di fornitori strategici, mostra sì l'evidenza oggettiva di uno stato di crisi, ma l'emersione della crisi è oramai forse troppo tardiva. Infine, l'approccio più previsionale è certamente quello riconosciuto come migliore, ma esso si basa su piani previsionali predisposti dall'imprenditore i quali possono essere non presenti o presenti solo in parte in quanto la prassi manageriale non è ancora diffusa capillarmente e spesso i budget sviluppati sono solo economici e con orizzonte temporale non superiore all'esercizio successivo; inoltre, tematica rilevante è

²³² GIOTTO A., *Indicatori della crisi, gli elementi caratterizzanti*, op. cit., p. 35.

l'attendibilità di tali piani, che anche se costruiti in buona fede, possono non rispecchiare la reale situazione aziendale²³³.

All'art. 3 il Codice introduce la possibilità di avvalersi di indici personalizzati. È prevista la possibilità di disapplicare gli indici "standard" per quelle società che, a causa della loro specifica struttura e delle modalità operative, necessitano di indici differenti, per evitare il rischio di incorrere in falsi positivi. La disapplicazione degli indici standard dovrà essere motivata e argomentata in nota integrativa, nonché, in nota integrativa dovranno essere inseriti anche quegli indici di cui l'azienda vuole avvalersi. L'adeguatezza di questi indici, definiti "tailor-made", infine, dovrà essere attestata da un professionista indipendente e tale attestazione dovrà essere anch'essa allegata in nota integrativa. L'analisi degli indicatori tailor-made verrà effettuata basandosi sui piani prospettici che l'azienda sarà tenuta a predisporre: l'attestatore nella sua attività di valutazione dovrà, inoltre, verificare l'attendibilità dei piani ma non la veridicità dei dati aziendali, né l'esistenza di migliori indici della crisi rispetto a quelli scelti. Infine, l'articolo stabilisce che gli indici personalizzati saranno efficaci a decorrere dall'esercizio successivo a quello in cui la nota integrativa e la dichiarazione si riferiscono²³⁴.

Sempre all'art. 13, comma I, ultimo periodo, il legislatore individua come indicatore significativo della crisi, la presenza di «*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24*²³⁵». Il testo normativo in questione lascia un'ampia discrezionalità di valutazione su quali indicatori possano essere qui considerati: la congiunzione "anche" lascia in dubbio se possano essere considerati indicatori della crisi anche «*reiterati e rilevanti ritardi nel pagamento di debiti*» diversi da quelli indicati all'art. 24. Inoltre, un'altra incertezza che scaturisce dalla lettura dell'articolo è quella legata alla giusta

²³³ QUAGLI A., *Il percorso dell'allerta: l'approccio esterno e interno*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 29 e ss.

²³⁴ GUIOTTO A., *Indicatori della crisi, gli elementi caratterizzanti*, op. cit., p. 37.

²³⁵ Art. 24 Cci: «1. Ai fini dell'applicazione delle misure premiali di cui all'articolo 25, l'iniziativa del debitore volta a prevenire l'aggravarsi della crisi non è tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di sei mesi, ovvero l'istanza di cui all'articolo 19 oltre il termine di tre mesi, a decorrere da quando si verifica, alternativamente:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi II e III.

2. Su richiesta del debitore, il presidente del collegio di cui all'articolo 17 attesta l'esistenza dei requisiti di tempestività previsti dal presente articolo».

identificazione del periodo temporale per determinare la natura del ritardo nei pagamenti: risulta poco chiaro se per stimare tale ritardo si debbano considerare solo le fattispecie *a)* e *b)* di suddetto articolo o se ad esse vada sommato anche il periodo entro il quale l'imprenditore virtuoso deve agire per usufruire delle misure premiali (sei mesi per le procedure di allerta e tre per la composizione della crisi)²³⁶.

2.3. Le misure premiali

Come già menzionato più volte, la nuova disciplina al Capo IV del Titolo II sulle procedure di allerta e composizione assistita della crisi introduce una serie di misure premiali di natura concorsuale, fiscale e penale per il debitore che agirà tempestivamente nell'accesso a tali procedure. Il sistema delle procedure premiali viene delineato principalmente agli artt. 24 e 25 del Cci²³⁷. Il presupposto oggettivo è, per l'appunto, la tempestività, la cui attestazione, su richiesta del debitore, viene assegnata al presidente del Collegio (art. 24, comma II). Tale scelta è dovuta sia per una necessità di supporto alla verifica delle condizioni e al calcolo dei termini atti al riconoscimento dello stesso presupposto, sia per disporre di una certificazione ufficiale anche nell'ottica di un procedimento penale²³⁸.

All'art. 24, comma I, vengono inoltre elencati i termini previsti per poter considerare tempestiva l'azione del debitore definendo come "non tempestiva" il deposito delle istanze per accedere al procedimento di composizione assistita o alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza oltre il termine di tre e sei mesi da quando si verifica una di queste tre condizioni:

- *«l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 60 giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni»;*
- *«l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti»;*

²³⁶ A riguardo si veda GUIOTTO A., *Indicatori della crisi, gli elementi caratterizzanti*, op. cit., pp. 33-34.

²³⁷ Si vuole evidenziare il fatto che vengono previste misure premiali anche a beneficio di soggetti diversi dall'imprenditore quali, all'art. 14 comma 3 Cci, l'esclusione della responsabilità solidale per l'organo di controllo che informa tempestivamente l'imprenditore.

²³⁸ AMADARDO M., *Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2, pp. 69 e ss.

- «il superamento nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi II e III²³⁹».

All'art. 25 del Codice sono descritte le tipologie di misure premiali. Ai punti *d)* ed *e)* dell'articolo viene delineata la tipologia delle misure prettamente concorsuali in quanto agevolano il debitore nell'iter per raggiungere soluzioni concordate. Le misure in questione consistono nel raddoppio del termine²⁴⁰ per depositare la proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti²⁴¹ e nella diminuzione della soglia di soddisfacimento dei creditori chirografari (dal 30 al 20 per cento) per garantire l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente²⁴². La prima delle due misure premiali ha come condizione la mancata segnalazione di avvenuta insolvenza da parte dell'Ocri al pubblico ministero.

Alle lettere *a)*, *b)* e *c)* di suddetto articolo si trovano le misure premiali di carattere fiscale. Viene, infatti, riconosciuta dalla disciplina, la possibilità di godere di una riduzione di interessi e sanzioni²⁴³. In particolare, l'art. 25 prevede che durante la procedura di composizione assistita della crisi e fino al suo termine gli interessi maturati durante la procedura stessa sui debiti tributari vengano ridotti alla misura legale. Inoltre, viene previsto che nel caso in cui il termine del pagamento delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le infligge scada dopo la presentazione dell'istanza di composizione assistita o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperte, esse siano ridotte alla misura minima. Infine, per le sanzioni e gli interessi su debiti tributari oggetto di composizione assistita della crisi viene stabilita una riduzione del 50% nell'eventuale successiva procedura di regolazione della crisi o

²³⁹ Con l'introduzione di questa norma, il legislatore, implicitamente, obbliga l'imprenditore a soddisfare gli obblighi di adeguamento dell'assetto organizzativo aziendale al monitoraggio degli indici enunciati all'art. 13 Cci e all'art. 3.

²⁴⁰ Dal termine di 30-60 giorni previsto dall'art. 44, comma I, lettera a) Cci, a quello, quindi, di 120.

²⁴¹ A riguardo, la disposizione non si tratta di una vera e propria misura premiale ma più che altro di un parziale ripristino del regime previgente di 180 giorni previsti dalla Legge Fallimentare (termine tra i 60 e i 120 giorni, estendibile di altri 60 giorni).

²⁴² Risulta, però, poco chiaro, se la norma di riferisca al solo concordato preventivo in continuità o se a qualsiasi tipo.

²⁴³ Si vuole enfatizzare che gli interessi e le sanzioni di cui sopra sono assistite dal medesimo privilegio (per esempio crediti di rango superiore che vengono soddisfatti in via prioritaria rispetto ad altri) che assiste il relativo tributo/imposta e la misura premiale consiste in una riduzione del debito e non in una esclusione del privilegio.

dell'insolvenza. Si considerano esclusi da questo dettato le sanzioni e gli interessi che sorgono tra il procedimento di composizione assistita e quello di regolazione²⁴⁴.

Al comma II, la normativa delinea le misure premiali di tipo penale: una causa di non punibilità per la quale l'imputato viene considerato astrattamente colpevole ma non punibile (e quindi assolto) e una circostanza attenuante a effetto speciale (in questo caso l'imputato è sanzionabile). Le misure premiali in oggetto si applicano a coloro che hanno tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione se, successivamente ad esse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale, di concordato preventivo o viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti, oltre che alle sole imputazioni per condotte anteriori alla data di apertura delle procedure di cui sopra²⁴⁵. La fattispecie di non punibilità richiama quella delineata nell'art. 131-*bis* del codice penale con, però, alcune differenze. In particolare, l'art. 25 al comma II richiede la sola tenuità del danno e non anche la non abitudine del comportamento, come invece è previsto dall'art. 131-*bis*. Questa scelta è stata dettata dall'obiettivo del legislatore di dare alla norma una portata innovativa e più allettante per il debitore, infatti, altra differenza dalla predetta norma è l'estensione della fattispecie di non punibilità anche ai reati con pena detentiva superiore ai 5 anni, quali la bancarotta fraudolenta. I reati a cui si applicano le disposizioni dell'art. 25, oltre la bancarotta fraudolenta (artt. 322 e 329), sono i reati di bancarotta semplice (artt. 323 e 330), ricorso abusivo al credito (artt. 325 e 331), estensione dei suddetti reati ai fatti commessi da soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo e accomandita semplice soggette a liquidazione giudiziale (art. 328) e all'istitutore (art. 333), fatti di bancarotta nel concordato preventivo (articolo 341, comma II)²⁴⁶.

Infine, sempre secondo l'art. 25 Cci, *«fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, ..., la pena viene ridotta fino al 50 per cento quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori (valutazione ex ante) assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari (20%) e, comunque, il danno complessivo cagionato non*

²⁴⁴ AMADARDO M., *Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso"*, op cit., p. 74.

²⁴⁵ La causa di non punibilità non si estende agli organi di controllo societario. Essi sono, tuttavia, tutelati dall'art. 14 il quale ne esclude la responsabilità in caso di segnalazione all'imprenditore e, successivamente, all'Ocri in caso di inerzia.

²⁴⁶ AMADARDO M., *Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso"*, op cit., p. 75.

supera l'importo di 2.000.000 euro». Al comma I viene, altresì, espressamente esposta la possibilità di cumulare tra di loro le varie misure premiali²⁴⁷, sia quantitativamente, sia quantitativamente²⁴⁸.

²⁴⁷ In particolare, ci si riferisce a quelle di natura concorsuale e tributaria.

²⁴⁸ AMADARDO M., *Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso"*, op cit., pp. 72-73.

3. L'ISTITUTO DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Come già esposto in precedenza, in seguito all'insuccesso delle trattative stragiudiziali, la società, per poter uscire dalla crisi in cui si trova, dovrà fare domanda per accedere ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza: il percorso di salvataggio intrapreso dall'impresa ed il suo conseguente rilancio sul mercato viene definito in dottrina "turnaround". Tra gli strumenti principali e più utilizzati per implementare un processo di turnaround rientra quello del concordato preventivo.

3.1. Il concordato preventivo prima del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: procedimento e finalità

Il concordato così come previsto dalla Legge Fallimentare del 1942 consisteva in un'alternativa al fallimento, concessa all'imprenditore "onesto ma sfortunato". I requisiti per accedervi erano la meritevolezza dell'imprenditore e l'integrale pagamento del credito privilegiato e del 40% di quello chirografario. Le varie alternative di concordato erano tre²⁴⁹:

- Il concordato garantito: consisteva nella garanzia a pagare almeno il 40% del credito chirografario entro sei mesi dall'omologa, oltre agli interessi se previsti;
- Il concordato con cessione dei beni: con il quale, in seguito alla valutazione dell'effettiva capacità di soddisfazione di almeno il 40% del credito chirografo, veniva offerta la cessione ai creditori di tutti i beni dell'impresa;
- Il concordato c.d. misto: era caratterizzato da una contemporanea cessione dei beni dell'impresa e forme tipiche o atipiche di garanzie prestate anche da un terzo, con la quale doveva essere raggiunta la percentuale di soddisfazione del 40% dei crediti chirografari.

Con la riforma del 2005 l'istituto del concordato preventivo ha subito la sua prima e più profonda modifica. Tale riforma, infatti, apportando cambiamenti quali l'eliminazione della soglia di soddisfazione dei creditori e del principio di meritevolezza, aveva dato inizio ad un fenomeno di utilizzo abusivo dell'istituto: crebbero esponenzialmente le domande di concordato preventivo in tutte le sedi giurisdizionali italiane. Di lì iniziarono ad aumentare le problematiche riguardo a materie di applicazione e interpretazione dell'istituto, dovute in

²⁴⁹ DANOVI A., *Il concordato preventivo prima del Codice, dati empirici*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo, 2019, 3, p. 133.

particolare al continuo rimodellamento della normativa tramite modifiche con cadenza quasi annuale²⁵⁰.

Prima del 2005 il concordato era percepito come strumento di natura liquidatoria volto alla sola soddisfazione degli interessi dei creditori e non di risoluzione e conservativo del valore aziendale. Dal 2005 questa concezione va scemando e il concordato diventa un istituto che vuole evitare la liquidazione aziendale e promuoverne la ristrutturazione conservando i complessi produttivi. Anche se dalla Relazione Illustrativa del D.LGS n. 5/2006 si legge che *«muovendo dall'attuale sistema normativo concorsuale, qualsiasi tentativo di riforma della materia deve anche ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale»*, la conservazione dei complessi produttivi e il risanamento dell'impresa non furono l'obiettivo principale del nuovo concordato: esso, infatti, continuava ad essere la soddisfazione dei crediti e la ristrutturazione dei debiti in quanto l'assenza di prospettive risanatorie non ne precludeva l'accesso. Il concordato rappresentava una nuova possibilità per i creditori di vedere ripagati i loro crediti e una opportunità per il debitore di continuare e risanare la propria attività²⁵¹: al concordato vengono quindi attribuite due finalità. L'esperienza pratica di quegli anni mostra però il prevalere della funzione liquidatoria su quella conservativa²⁵². Inoltre, osservando la formulazione dell'art. 160 L. Fall. si nota come alle lettere *a)* e *b)* del comma I, viene previsto il risanamento dell'impresa mediante la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma e alle lettere *c)* e *d)* la suddivisione in classi dei creditori introduce una distinzione tra coloro che vogliono essere soddisfatti mediante liquidazione e coloro che vogliono esserlo mediante la prosecuzione dell'attività d'impresa²⁵³.

²⁵⁰ DANOVI A, ACCIARO G., *Una nuova disciplina per un uso importante del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 7.

²⁵¹ RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 474 – 475.

²⁵² Si veda AZZARO A. M., *La funzione del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 7, 2007, p. 743, il quale, evidenzia la netta predominanza del concordato con funzione liquidatoria, che costituisce una via comoda per gestire la crisi poiché evita la dichiarazione di insolvenza.

²⁵³ Così SEVERINI F., *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in *AA.VV., Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di DI MARZIO F., Torino, 2006, pp. 309 ss.

Con la riforma del 2005 il concordato perde la sua natura pubblicistica, in particolare viene attribuita un'ampia autonomia al debitore nella definizione della proposta concordataria e viene affidato al Tribunale non più un ruolo di indagine sulla fattibilità giuridico-economica della proposta, ma di gestore dell'intera procedura, dovendo vigilare sulla corretta informazione dei creditori e sulla trasparenza dell'operazione.

In seguito a questa riforma il concordato venne considerato alla stregua di un contratto; la Cassazione Civile, con sentenza del 15 settembre 2011, n. 18864, stabilì che tra il concordato preventivo ed il contratto esiste una «*differenza ontologica*» in quanto esso ha effetto su tutti i creditori e non solo tra le parti che lo hanno stipulato. Inoltre, il debitore non può rivolgersi direttamente ai creditori, l'ammissione al procedimento, infatti, viene richiesta tramite istanza al tribunale a cui segue l'assenso dei creditori e infine interviene nuovamente il tribunale con il decreto di omologa e con il suo ruolo di gestore²⁵⁴.

Si evidenzia nelle recenti riforme, quindi, la presenza di un'esigenza di bilanciamento dell'autonomia privata con il controllo del tribunale.

La struttura della procedura di concordato preventivo è costituita dalle seguenti fasi: ammissione, adunanza ed omologazione. La proposta di concordato viene effettuata dall'imprenditore fallibile, il quale si trova in stato di crisi e di riflesso, di insolvenza, e sulla stessa si pronuncia il Tribunale che, verificati i presupposti, la completezza e la regolarità della documentazione dichiara aperta la procedura. Con l'apertura della procedura, il Tribunale convoca i creditori e nomina il commissario e il giudice delegato²⁵⁵. Ai sensi dell'art. 166 L. Fall., il decreto di apertura è pubblicato a cura del cancelliere e viene notificato al debitore e al commissario giudiziale, può inoltre essere pubblicato in uno o più giornali. Nel caso in cui la documentazione per avviare la procedura non sia completa, al debitore vengono concessi dal Tribunale quindici giorni per integrare il piano; la proposta di concordato viene dichiarata inammissibile nel caso in cui il debitore non provveda alla produzione dei nuovi documenti (art. 162, comma II, L. Fall.), inoltre, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico

²⁵⁴ GIANI S., *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it

²⁵⁵ Anche nel nuovo Cci, con il decreto di apertura vengono nominati il giudice delegato e il commissario giudiziale e fissate le date iniziali e finali del voto e il termine per le comunicazioni ai creditori. Inoltre, il decreto di apertura fissa il termine, non superiore a 15 gg, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria il 50% delle spese che si presumono necessarie per la procedura, ovvero, se disposto dal tribunale, il 20% di tali spese; art. 47 Cci.

ministero, se ne ricorrono i presupposti²⁵⁶, il tribunale dichiara il fallimento del debitore, reclamabile ai sensi dell'art. 18 L. Fall.

Dal 2015 è prevista la possibilità di proporre una proposta concorrente di concordato: la proposta deve venire da un numero di creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti, come risulta dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore²⁵⁷ e deve, inoltre, avvenire entro i 30 giorni antecedenti alla prima adunanza dei creditori (art. 163, comma IV, L. Fall.). Nel caso in cui il piano concorrente prevede la proposta di trasferimento dell'azienda o di uno o più rami a favore di un determinato soggetto, il tribunale deve adoperarsi per attivare un procedimento competitivo per ricercare nuovi interessati all'acquisto²⁵⁸.

L'adunanza dei creditori viene presieduta dal giudice delegato: il concordato viene approvato se viene raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto, i quali possono appartenere a diverse classi in base alla loro graduazione. Infatti, se previste diverse classi, il voto deve raggiungere la maggioranza nel maggior numero di classi.

Nel caso in cui venga approvata una proposta di concordato, ad essa segue l'omologazione che avviene con decreto motivato, previo giudizio di fattibilità²⁵⁹ da parte del tribunale. Inoltre, il provvedimento di omologazione e l'eventuale provvedimento contrario possono essere appellabili.

All'art. 186 della L. Fall. vengono, infine, previsti i casi in cui il concordato possa essere risolto o annullato: la risoluzione può essere richiesta da ciascuno dei creditori se il debitore non adempie alle obbligazioni assunte nel concordato o se le garanzie promesse con vengono costituite; il concordato non può essere risolto se si tratta di inadempimenti di scarsa importanza. *«Il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato. Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore»*. La sentenza che risolve il concordato, inoltre, riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutiva.

²⁵⁶ Artt. 1 – 5 L. Fall.;

²⁵⁷ Art. 161, comma II, let. a) L. Fall.;

²⁵⁸ Art. 163-bis, commi II-V.

²⁵⁹ Sul giudizio di fattibilità, negli anni, si sono succeduti diversi pareri: attualmente, fino all'entrata in vigore del Cci, prevale in dottrina la regola secondo la quale il giudizio di fattibilità economica del piano spetta ai creditori in quanto diretti interessati mentre, il giudizio sulla fattibilità giuridica e la sorveglianza sul fatto che le valutazioni dei creditori siano state espresse correttamente e che gli stessi siano stati adeguatamente informati su ogni aspetto attinente alla procedura spetta al tribunale.

«Il concordato omologato può essere annullato dal tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Non è ammessa alcuna altra azione di nullità». Anche in questo caso, «la sentenza che annulla il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutiva. Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato²⁶⁰».

Per quanto riguarda il concordato con continuità, il decreto di ammissione alla procedura può essere revocato nelle ipotesi presenti all'art. 173 L. Fall. e nei casi in cui venga a cessare l'esercizio dell'attività di impresa o il proseguimento dell'esercizio risulti dannoso per i creditori.

La normativa prevede anche la possibilità di un concordato in bianco o con riserva: in linea con l'obiettivo di prevenzione ed emersione anticipata della crisi, il legislatore, con la L. 07/08/2012, n. 134, ha introdotto gli attuali commi VI e VII dell'art. 161, L. Fall. Questa tipologia di concordato prevede la possibilità per il debitore di beneficiare immediatamente degli effetti derivanti dall'apertura della procedura concordataria²⁶¹, presentando solamente il ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori e dei relativi crediti; la proposta, il piano e la documentazione necessaria all'apertura della procedura potranno essere presentati solo successivamente entro un termine fissato dal tribunale, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile di non oltre 60 giorni. Oltre, a sottoporsi a questa rigorosa tempistica, il debitore è tenuto a sottoporsi anche alla vigilanza del tribunale, il quale può persino nominare degli ausiliari incaricati di sorvegliare la gestione dell'impresa²⁶². Se al termine dei giorni a disposizione per proporre il piano questo non viene accettato, il tribunale può dichiarare il fallimento su istanza di un creditore o del pubblico ministero.

²⁶⁰ Art. 138 L. Fall.

²⁶¹ Si intendono gli effetti preclusivi alle azioni dei singoli creditori di cui agli artt. 167, 168 e 169 L. Fall.

²⁶² Inoltre, il legislatore con il c.d. Decreto del Fare ha previsto la possibilità di nomina da parte del tribunale, mediante il decreto con cui assegna al debitore il termine per presentare la documentazione prescritta, del commissario giudiziale anche per questa fase che precede il concordato; il fine è quello di, appunto, effettuare un controllo sulla gestione economico – finanziaria dell'impresa per verificarne la sostenibilità necessaria per la fase successiva.

Risulta evidente come il concordato in bianco proceda sulla stessa via della nuova riforma, dimostrando come negli ultimi anni il tema della “continuità aziendale” sia stata al centro del pensiero giuridico: l’istituto, infatti, vuole incentivare l’imprenditore a denunciare tempestivamente lo stato di crisi e insolvenza, agevolando la continuità dell’attività imprenditoriale²⁶³. Di qui, si può intuire il perché del *boom* dei concordati con riserva negli anni immediatamente successivi alla loro introduzione: l’istituto veniva utilizzato solamente per tardare il fallimento, in quanto veniva proposto da aziende in stadi di insolvenza molto avanzati. Con l’introduzione del nuovo Cci, questo istituto ha ormai perso gran parte, se non tutta, della sua rilevanza, in quanto strumento anticipativo degli effetti del concordato preventivo, ruolo che ora ricoprono i nuovi strumenti di allerta e prevenzione della crisi.

3.2. Il concordato con continuità: l’art. 186-bis

Come appena accennato, il concordato con finalità conservative non veniva distinto da quello con finalità liquidatorie: la disciplina non teneva conto delle diversità esistenti tra le due tipologie e le trattava allo stesso modo. Infatti, per il concordato con finalità conservative non veniva prevista alcuna forma di agevolazione o incentivazione, a differenza di quanto previsto nel fallimento, avente lo scopo di massimizzare il profitto derivante dalla liquidazione dell’impresa²⁶⁴. Negli anni successivi alla riforma del 2005, l’istituto fu oggetto di numerose sconfitte sul livello pratico; le imprese che accedevano al concordato di ristrutturazione si trovavano pressoché tutte in uno stadio di crisi molto avanzato, dovuto anche all’inesistenza di strumenti atti ad individuare anticipatamente la crisi imminente²⁶⁵. Da questa situazione il legislatore del 2012 decise di introdurre l’art. 186-bis L. Fall., il quale per la prima volta disciplina specificamente il concordato con continuità aziendale.

Con l’introduzione dell’art. 186-bis sorge il dubbio dell’autonomia o meno del concordato con continuità, ovvero se lo stesso costituisca una procedura a sé, diversa dal concordato liquidatorio, o se esso ne rappresenti solo una nuova fattispecie. L’articolo è stato posto dal legislatore a chiusura delle disposizioni inerenti al concordato preventivo, come quasi a volergli attribuire una certa “autonomia sistematica”²⁶⁶. Oggi, il dubbio sorto è ormai

²⁶³ CECHELLA C., *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015, p. 398.

²⁶⁴ ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 4.

²⁶⁵ FABIANI M., *Concordato preventivo*, in SCIALOJA – BRANCA – GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014, p. 189.

²⁶⁶ PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, p. 206.

inesistente in quanto l'art. 186-*bis* manca, per esempio, di aspetti procedurali propri; infatti, per poter operare, il concordato con continuità necessita dell'applicazione di gran parte delle norme dettate per il concordato preventivo in generale: l'art. 186-*bis*, prevede adattamenti, cautele e agevolazioni specifiche per la continuazione dell'esercizio²⁶⁷. Un'altra volta, quindi, risulta essenziale il ruolo dell'interprete, il cui compito risiede nell'identificare la corretta disposizione caso per caso.

L'introduzione di questo articolo si pone come obiettivo quello di eliminare le difficoltà e problematiche riscontrate nel mantenimento in vita dell'impresa in concordato preventivo: vengono previsti maggiori controlli e verifiche preventive e successive, incentivando il debitore a denunciare per tempo il suo stato di crisi e permettendo ai creditori e agli organi della procedura un monitoraggio più agevole.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il concordato con continuità aziendale ha due specifiche finalità:

- i. Il superamento della crisi in cui versa l'impresa;
- ii. Il miglior soddisfacimento dei creditori.

Seppur alla base dell'art. 186-*bis* vi sia l'obiettivo di risanamento dell'impresa in stato di crisi e il mantenimento dei livelli occupazionali, al contrario di quanto accade per l'istituto dell'amministrazione straordinaria, al quale il concordato con continuità viene spesso paragonato²⁶⁸, l'obiettivo principale non risiede nella continuazione dell'attività d'impresa, bensì nel miglior soddisfacimento dei creditori²⁶⁹: la continuità aziendale, infatti, corrisponde a un valore da tutelare, solamente quando questa è necessaria per la salvaguardia del patrimonio aziendale, ovvero se dalla interruzione dell'attività non scaturisce una situazione dannosa per i creditori. Tale obiettivo di tutela degli interessi dei creditori è riscontrabile anche al comma II, lett. *b*), dove viene previsto che la relazione del professionista debba attestare che la prosecuzione dell'esercizio sia funzionale, appunto, al miglior soddisfacimento

²⁶⁷ A riguardo si veda ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 15, e STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p.1224.

²⁶⁸ FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, 2014, II, pp. 10216 ss., afferma che nel concordato con continuità, la prosecuzione dell'attività «*va perseguita – in funzione del preminente interesse dei creditori – solo per evitare che il complessivo valore del patrimonio del debitore possa ridursi per effetto della interruzione dell'attività d'impresa, a differenza che nell'amministrazione straordinaria ove la continuità aziendale è un valore in sé, anche contro l'interesse dei creditori*».

²⁶⁹ Di qui si ricava che tutte le situazioni che comportano un vantaggio economico all'azienda, come la conservazione dei livelli occupazionali o la prosecuzione di attività strategiche, sono esse stesse finalizzate all'unico traguardo di soddisfazione del ceto creditorio.

dei creditori; inoltre, se il tribunale, tramite la continuità aziendale, riscontra effetti manifestamente dannosi per i creditori, l'ammissione alla procedura di concordato viene revocata e viene dichiarato il fallimento nel corso della stessa (art. 186-*bis*, comma VII).

3.2.1. La continuità diretta, indiretta e mista

L'art 186-*bis* L. Fall., al primo comma dispone che il debitore debba manifestare la propria volontà individualmente e unilateralmente, scegliendo tra concordato con continuità e concordato senza continuità: se il debitore opta per la continuità aziendale viene automaticamente assoggettato alla disciplina del 186-*bis*. La scelta di voler proseguire in continuità deve essere espressamente dichiarata dal debitore, pena l'inammissibilità della proposta concordataria²⁷⁰. Oltretutto, come già accennato, la continuazione dell'attività d'impresa diventa condizione necessaria e vincolante a tal punto che, se dovesse venir meno, la procedura si arresterebbe. Affinché si applichi la disciplina in oggetto, infine, è necessario che, oltre al piano, anche l'attestazione che lo accompagna preveda esplicitamente come obiettivo, quello del miglior soddisfacimento degli interessi dei creditori²⁷¹.

La continuità aziendale nel concordato può realizzarsi mediante tre forme: tramite la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, mediante la cessione dell'azienda in esercizio, oppure, con il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione²⁷². Nell'ipotesi di continuità diretta o soggettiva dell'impresa l'attività d'impresa continua in capo al debitore. La continuità diretta è configurabile sia nell'ipotesi di continuità parziale di solo uno o più rami d'azienda, sia in quella in cui la continuità avviene a livello ridotto: per esempio, vengono liquidati i beni non strategici per la prosecuzione dell'attività o la società viene sottoposta a scissione²⁷³. La prosecuzione dell'attività in capo al debitore può sussistere, inoltre, anche in caso di liquidazione, in quanto la società può formulare la proposta previa revoca dello stato di liquidazione e ricapitalizzazione ex art. 2487-ter c.c.

La continuità indiretta configura un'ipotesi di concordato alquanto criticata e discussa in dottrina: la cessione d'azienda, infatti, non viene percepita ipotesi configurabile come in

²⁷⁰ ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 13.

²⁷¹ In dottrina, alcuni autori indicano come presupposto del concordato con continuità anche la sua sostenibilità economica intesa come rapporto costi/ricavi.

²⁷² Art. 186-*bis*, comma I.

²⁷³ STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, op. cit., p.1229.

continuità, ma un concordato per “*cessio bonorum*”; il concordato di ristrutturazione con continuazione dell’attività in modo indiretto veniva ritenuto inammissibile²⁷⁴. Affinché questa ipotesi di concordato possa rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 186-*bis*, quindi, è necessario che il presupposto di continuità aziendale prevalga sulla cessione; in altri termini, «*il debitore che presenta la domanda di concordato non deve esercitare l’attività in un’ottica meramente liquidatoria, ma orientata al mantenimento della professionalità, organizzazione ed economicità, anche se in vista di una sua futura cessione*²⁷⁵».

La fattispecie della cessione dell’azienda in esercizio presuppone che i creditori vengano soddisfatti con il ricavato derivante dalla cessione della stessa. Il problema che sorge spontaneo in questa fattispecie è quello di identificazione del momento in cui deve essere effettuata la cessione: deve avvenire prima o dopo l’omologazione? A riguardo, infatti, in dottrina sono presenti due disposizioni contrastanti; se da un lato l’art. 186-*bis* prevede la cessione e il conferimento dell’azienda in esercizio, al suo ultimo comma, la cessazione dell’attività viene considerata come motivo per revocare l’ammissione del concordato. Il conflitto viene in dottrina risolto considerando la cessione o il conferimento dell’azienda pre-omologazione come atto svolto nell’interesse dei creditori e quindi rientrante nei presupposti previsti dall’art. 186-*bis*²⁷⁶. Inoltre, la cessione in corso di procedura, oltre a non essere vietata da alcuna norma, è coerente con quanto disposto all’ultimo comma: la cessione dell’azienda rappresenta l’attuazione di quanto previsto dal piano concordatario²⁷⁷ ed è finalizzata al perseguimento dell’interesse dei creditori.

Infine, con il conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, il soddisfacimento dei creditori avviene dal debitore mediante il corrispettivo derivante dalla cessione della partecipazione, oppure, dalla società conferita, la quale diviene assuntore del concordato.

²⁷⁴ A riguardo si veda, ARATO M., *Il concordato preventivo con continuazione dell’attività d’impresa*, in F. BONELLI, *Crisi d’imprese: casi e materiali*, Milano, 2011 e AMBROSINI S., *Il piano di concordato e l’eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009.

²⁷⁵ Si veda, PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, p. 211.

²⁷⁶ A riguardo si pensi, infatti, alla grandissima difficoltà di mantenere in continuità un’impresa in concordato senza danneggiarne il valore; la cessione potrebbe essere, e in molti casi lo è, l’unica soluzione per evitare questo danneggiamento, STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, op. cit., p.1230.

²⁷⁷ Nulla vieta al giudice delegato di autorizzare la cessione dell’azienda in corso della procedura se questo avviene in attuazione del piano di concordato; per maggiori informazioni si veda LO CASCIO G., *La vendita dell’azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, pp. 337 e ss.

Alla continuità diretta ed indiretta può accompagnarsi l'ipotesi di continuità c.d. "mista": questa tipologia di concordato prevede la possibilità di affiancare alla continuità dell'impresa, la liquidazione di cespiti mobiliari e immobiliari non funzionali alla prosecuzione della stessa.

In giurisprudenza esiste un dibattito sulla tassatività o meno delle soluzioni operative individuate dall'art. 186-*bis*; infatti, l'articolo non menziona tra le ipotesi, quelle relative alle operazioni straordinarie ed in particolare all'affitto d'azienda²⁷⁸.

3.3. Il concordato preventivo dopo il Codice: la valorizzazione della continuità

La regolazione in modo episodico dell'istituto del concordato preventivo, negli anni, ha portato ad un «*incremento delle controversie pendenti e al rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali*»²⁷⁹. Infatti, analisi empiriche svolte sul tema mostrano principalmente due scenari²⁸⁰:

- Prima della riforma del 2005 il concordato preventivo era scarsamente utilizzato e nel caso lo fosse, il concordato con cessione di beni era richiesto maggiormente anche se aveva minor probabilità di successo. Nella maggior parte dei casi la procedura sfociava comunque nel fallimento. Nel caso in cui fosse correttamente utilizzato l'istituto mostrava, però, risultati favorevoli per i creditori ed in tempi relativamente brevi e comunque inferiori a quelli della procedura fallimentare;
- Con la riforma del 2005 il concordato divenne una procedura di più largo utilizzo, in particolare dopo l'introduzione nel 2012 del concordato c.d. in bianco. L'utilizzo principale del concordato, nonostante l'intenzione di valorizzarne l'aspetto risanatorio, era quello liquidatorio, ancorché negli ultimi anni si sia assistito ad un incremento della continuità. Ad ogni modo i dati mostrano come la soluzione in continuità fosse scelta maggiormente dalle imprese di grandi dimensioni, con minore

²⁷⁸ Secondo PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, op. cit., pp. 220-221, «l'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 186-*bis* non ha valore cogente, ma è da ricomprendersi nella fattispecie di concordato con continuità aziendale ogni forma di esercizio diretto o indiretto dell'impresa, anche diverso dalla cessione e dal conferimento, purché finalizzata al perseguimento della causa concreta della procedura».

²⁷⁹ Relazione illustrativa al D.Lgs. di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 55.

²⁸⁰ DANOVI A., *Il concordato preventivo prima del Codice, dati empirici*, op. cit., pp. 133 e ss. Ci si riferisce alle analisi svolte nel contributo DANOVI A., BRETTONI G., *Il concordato preventivo ante riforma: un'analisi empirica sull'efficienza della procedura*, "Il concordato preventivo: riflessioni teoriche", in *I Quaderni della Scuola di Alta Formazione* 57/2015, e un dataset costituito dall'Ocri con il supporto del Cespec nell'ambito del progetto Co.Dire. finanziato dall'Unione Europea.

livello di crisi e dati di partenza migliori. La durata media della fase giudiziale era di circa 10 mesi, di poco sopra le previsioni di legge ma molto variabile di tribunale in tribunale, mentre la durata prevista per i piani di concordato era circa di 3 anni, ma il termine non era quasi mai rispettato. I casi in cui il concordato veniva omologato erano maggiori rispetto al periodo pre-riforma, anche se pochi venivano poi eseguiti, in particolare entro il termine fissato. In generale le percentuali di soddisfacimento dei creditori risultanti da piano non erano sempre rispettate, soprattutto ci si riferisce al recupero del credito per il chirografo, il quale era inferiore al minimo di legge del 20%. In generale, queste analisi hanno dimostrato come vi sia una correlazione tra le maggiori probabilità di omologa o soddisfacimento dei creditori e il grado del livello di crisi riscontrabile: minore è il livello di crisi in cui versa l'impresa e maggiore sono le probabilità di risanamento della stessa.

All'interno del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, quindi, troviamo modificata anche, e soprattutto, la disciplina del concordato, le cui finalità rimangono «*il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio*» (art. 84 Cci).

La Relazione Illustrativa al Codice, ne specifica un fine più ampio rispetto alla semplice tutela dell'interesse creditorio: «*il concordato in continuità è l'opzione che la nuova disciplina valorizza maggiormente in quanto finalizzata al recupero della capacità dell'impresa di rientrare, ristrutturata e risanata, nel mercato*». Gli interessi macroeconomici qui considerati, si rifanno alle esigenze indicate dal legislatore europeo di «*evitare, con ogni mezzo a disposizione, di disperdere il valore aziendale delle imprese ed i posti di lavoro e, quindi, di penalizzare l'economica e l'indotto*»²⁸¹.

L'interesse dei creditori continua, nonostante le finalità più ampie che pone il legislatore all'istituto, a rappresentare il centro della disciplina, ponendo l'effettivo risanamento aziendale in secondo livello²⁸²; questo interesse viene seguito in *via prioritaria* ma non esclusiva. Infatti, al comma II dell'art. 84 si evince che oltre all'interesse prioritario dei

²⁸¹ PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 110-111.

²⁸² Il legislatore, valorizza il concordato in continuità, comprimendo quello liquidatorio, al fine di garantire un "prioritario" soddisfacimento dei creditori.

creditori, vengono considerati anche gli interessi dell'imprenditore e dei soci, se compatibili²⁸³.

L'art. 84, inoltre, descrive le modalità attraverso le quali devono venire soddisfatti tali interessi e le diverse tipologie e sottotipi di concordato, tra le quali rientra anche l'affitto d'azienda. La continuità aziendale indiretta, infatti, viene prevista nel caso di «*gestione dell'azienda in esercizio o di ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo...*». Un altro presupposto a cui viene subordinata la continuità indiretta, al fine di evitare indebite strumentalizzazioni dell'istituto, è quello che della previsione «*dal contratto o dal titolo del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori²⁸⁴ pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione*»²⁸⁵.

Il comma III dell'art. 84 introduce il criterio della prevalenza: «*nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino*²⁸⁶. La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti

²⁸³ Il piano, infatti, deve essere funzionale «*ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci*». Al comma III, viene specificato, inoltre, che la proposta deve indicare «*l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*». Tale utilità può derivare non solo dall'estinzione del credito concorsuale ma anche, e soprattutto, dalla continuazione e coltivazione del rapporto con l'imprenditore; PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., p. 108.

²⁸⁴ Si veda AMBROSINI S., *Le finalità del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 16, il quale sostiene che in coerenza con la rilevanza attribuita dal Cci alla tutela dei posti di lavoro, tali interessi potrebbero essere annoverati tra gli interessi protetti in via non prioritaria. In mancanza di questo requisito occupazionale e continuità soggettiva, il concordato sarà inquadrato come liquidatorio, e si applicheranno le relative norme, sempre che ne vengano rispettati i requisiti.

²⁸⁵ Secondo NARDECCHIA G. B., *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in Ambriani, Ambrosini e altri, *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, supplemento a ItaliaOggi, gennaio 2019, Milano, 2019, p. 187, nonostante serva per limitare l'accesso alla procedura ai soli casi di continuità reale, tale previsione contamina la disciplina concorsuale, essendo riconducibile più al contesto proprio dell'amministrazione straordinaria; inoltre, ritiene che il precetto sia inefficace in quanto il suo mancato rispetto non potrebbe determinare da solo la risoluzione del concordato. A parere di PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., pp. 109 e ss., l'effettivo adempimento in una fase successiva all'omologazione dipende dalla concreta sostenibilità dell'impegno di chi "riceve" l'azienda: nel caso in cui si verifichi l'inadempimento degli obblighi assunti nell'ambito della proposta di concordato, anche se in capo a un terzo, verrebbe meno un presupposto di ammissibilità e i creditori sarebbero legittimati a chiederne la risoluzione.

²⁸⁶ Il nuovo Codice, quindi, risolve i dubbi interpretativi sorti in ordine ai concordati c.d. misti.

almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso»²⁸⁷. A tal riguardo, si suole pensare fosse più opportuno precisare che, per supportare la continuità aziendale, andrebbero scomutate dal calcolo della prevalenza, le risorse, tra quelle in questione, che vengono reimmesse nel ciclo produttivo²⁸⁸.

Al comma IV viene, infine, descritto il concordato liquidatorio. Esso, per essere ammissibile, viene assoggettato a due vincoli: il primo corrisponde all'apporto di risorse esterne²⁸⁹ incrementative di almeno il 10% in più²⁹⁰, rispetto alla liquidazione giudiziale, del soddisfacimento dei creditori chirografari; il secondo all'impossibilità di un soddisfacimento dei creditori chirografari inferiore al 20%²⁹¹.

3.3.1. I requisiti soggettivi e oggettivi, le classi creditorie e l'istituto della moratoria

L'unico soggetto legittimato a richiedere l'accesso alla procedura di concordato preventivo rimane l'imprenditore, mentre ai terzi viene data la possibilità di presentare le

²⁸⁷ La salvaguardia del lavoro, in questo caso, pone in secondo piano l'eventuale insufficienza dei flussi della continuità aziendale. Nel c.d. *Concordato misto*, il quale persegue un intento in parte liquidatorio ed in parte di prosecuzione dell'attività aziendale, se questi risulta *prevalentemente* liquidatorio, deve sottostare al requisito di soddisfacimento minimo del 20%. Secondo PAIS A., *Le finalità del concordato con continuità aziendale*, op. cit., p. 125, tutte queste norme sarebbero improntate al perseguimento di un tipo di continuità "ideale", spesso non percorribile nella realtà: il limite di lavoratori imposto potrebbe non essere coerente con le condizioni di equilibrio dell'impresa, la quale riuscirebbe comunque a tutelare l'interesse dei creditori anche con dei livelli occupazionali inferiori ai minimi di legge ma più compatibili con essa; chi scrive spiega come norme finalizzate al riassorbimento graduale della forza lavoro sarebbero state più opportune ed efficaci a riformare un mercato con realtà aziendali pronte per ritornare a produrre valore.

²⁸⁸ NARDECCHIA G. B., *Concordato preventivo...*, op. cit., ritiene, infatti, che questa assunzione venga lasciata all'interpretazione, mentre dovrebbe essere chiaro che i proventi in questione, non sono sempre destinati a beneficio dei creditori. Inoltre, tale presunzione rischia di limitare, ingiustamente, la possibilità di accedere all'istituto in continuità quando gli introiti derivanti dagli immobili non funzionali sia maggiore rispetto a quelli derivanti dalla continuazione dell'esercizio d'impresa: una prevalente attività liquidatoria, se finalizzata ad autofinanziare la continuazione delle residue attività dell'impresa, produce l'effetto della continuità aziendale, PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., p. 112-113. Il rischio, quindi, è quello che imprese capaci di produrre continuità, vengano sottoposte ad una alternativa liquidatoria.

²⁸⁹ Condizione necessaria per la procedura di concordato liquidatorio è l'apporto di nuova finanza: si intendono quelle risorse ulteriori a quelle proprie del debitore, le quali non trovano contropartita nel patrimonio dello stesso. Nel concordato in continuità, invece, l'apporto di finanza esterna è facoltativo.

²⁹⁰ Non è chiaro se il 10% debba essere calcolato sulla scorta del valore nominale dell'ammontare totale dei crediti chirografari oppure sulla scorta dell'utilità ricavabile dalla liquidazione giudiziale; in altre parole, se il 10% sia inteso come valore aggiuntivo che incrementa il 20% o se sia inteso come calcolo sulla misura del soddisfacimento che deriverebbe per i creditori dalla liquidazione giudiziale (più probabile). Si veda RINALDI F. P., SCUTIERO F., *I presupposti per l'accesso alla procedura*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 24.

²⁹¹ Non è stata fissata alcuna soglia di soddisfacimento, invece, per il concordato in continuità oltre a quella in base al quale a ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile.

proposte concorrenti²⁹². All'art. 85 Cci i presupposti soggettivi dell'imprenditore che intende accedere all'istituto vengono individuati rispetto alla definizione dell'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale. L'art 121 Cci, in riferimento alla liquidazione giudiziale, specifica che le sue disposizioni si applicano agli imprenditori commerciali, escludendo le c.d. imprese minori²⁹³. All'art. 39 Cci, vengono delineati gli adempimenti che deve compiere il debitore che chiede l'accesso, con ricorso, a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza. Il procedimento per l'accesso alla procedura si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale. Il debitore può fare richiesta di concessione del termine per la proposta di concordato preventivo secondo l'art. 44 Cci²⁹⁴. Con il deposito della domanda di

²⁹² Il nuovo Codice dedica agli aspetti processuali un apposito Titolo del Codice (Titolo III) e vi fa confluire una disciplina che è trasversale ai diversi strumenti regolativi, non escludendo però momenti di regolamentazione diversificata per ognuno di essi. I momenti di sostanziale uniformità della disciplina si riscontrano in merito ai criteri determinativi di giurisdizione e competenza, alla struttura di base del procedimento giudiziale per l'accesso agli strumenti regolativi, ai mezzi di impugnazione avverso alla sentenza di accoglimento della istanza e alle misure cautelari e protettive. I profili diversi, invece, riguardano la platea dei soggetti legittimati ad agire, alcune regole procedurali, nonché adempimenti procedurali. CAPPALÀ F., *Razionalizzato il procedimento giudiziale di accesso ai diversi strumenti regolativi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1, p. 20.

²⁹³ Il legislatore, limitando l'accesso alla procedura al solo imprenditore commerciale, esclude l'imprenditore agricolo, il quale, però, viene assoggettato agli strumenti previsti per il sovraindebitamento, alla liquidazione giudiziale, alla liquidazione coatta amministrativa e ad altre procedure liquidatorie contenute nel c.c. o in leggi speciali per la crisi o l'insolvenza.

²⁹⁴ Art. 44 Cci: «1. Il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale:

a) se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti;

b) nel caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Si applica l'articolo 49, comma 3, lettera f);

c) dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, sino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a). Con la medesima periodicità, il debitore deposita una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere;

d) in caso di nomina del commissario giudiziale, ordina al debitore il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a);

e) ordina l'iscrizione immediata del provvedimento, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese.

2. Il tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta una delle situazioni di cui al comma 1, lettera b) o quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi di cui al comma 1, lettera c). Nello stesso modo il tribunale provvede in caso di violazione dell'obbligo di cui al comma 1, lettera d)».

concordato e fino al decreto di apertura della procedura, il debitore può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale ex art. 46 Cci; in mancanza dell'autorizzazione, gli atti compiuti sono inefficaci e viene revocato il decreto di cui all'art. 44, comma I, Cci.

Il presupposto oggettivo, indispensabile per accedere alla procedura, che viene individuato dal legislatore è quello alternativo tra stato di crisi o di insolvenza. La nuova disciplina, con lo scopo di evitare i dubbi presenti in passato sul rapporto tra crisi ed insolvenza descritto all'art. 160 della L. Fall.²⁹⁵, ha fornito all'art. 2 del Cci le definizioni di entrambe le situazioni, modificando quella di stato di crisi: le due fattispecie ora rilevano come distinte l'una dall'altra; viene, quindi, nel nuovo Codice, ricompresa la fattispecie di insolvenza prospettica²⁹⁶, nell'ottica, appunto, di favorire la ristrutturazione dell'impresa e l'emersione anticipata della crisi.

Sempre all'art. 85 Cci, il nuovo Codice disciplina il contenuto del piano concordatario, il quale deve possedere i requisiti individuati all'art. 87 Cci. Il piano concordatario può prevedere: *«a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore²⁹⁷; c) l'eventuale suddivisione dei creditori in classi; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse»²⁹⁸*. Il piano deve essere depositato dal debitore proponente, assieme alla proposta rivolta ai creditori e alla documentazione richiesta²⁹⁹. Inoltre, la proposta sarà assoggettata ad attestazione di un professionista, il quale dovrà esprimersi, oltre che sulla veridicità dei dati aziendali, anche sulla fattibilità giuridica ed

²⁹⁵ Lo stato di crisi era omnicomprensivo dello stato di insolvenza e di situazione ad esse prossime.

²⁹⁶ Viene Intesa come situazione in cui il debitore non risulta ancora assoggettabile a fallimento.

²⁹⁷ Al comma IV, art. 85, viene espresso che *«possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate»*.

²⁹⁸ Art. 85 Cci, comma III.

²⁹⁹ La documentazione (art. 39 Cci) deve essere depositata contestualmente alla domanda, salvo il caso in cui il debitore faccia richiesta di concessione del termine per la proposta di concordato preventivo ex art. 44 comma I Cci: in questo caso la documentazione diversa dai bilanci o dalle dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni e l'elenco nominativo dei creditori, può essere depositata nel termine assegnato in accoglimento della suddetta richiesta; CAPPAL F., *Razionalizzato il procedimento giudiziale di accesso ai diversi strumenti regolativi*, op. cit., p. 26.

economica del piano³⁰⁰. Il nuovo Codice, infine, prevede che il tribunale, al fine della decisione in ordine all'apertura della procedura, debba verificare la fattibilità economica secondo criteri aziendalistici vagliandosi dell'ausilio della relazione³⁰¹.

La nuova normativa introduce delle innovazioni anche in relazione alle classi creditorie. Oltre alla possibilità già vigente di suddividere i creditori in classi in base alla omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici³⁰², il comma V, art. 85, introduce l'obbligo di formulazione delle classi per «*i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate*». Coerentemente con la vecchia disciplina, quindi, al di fuori di questi casi la formulazione in classi rimane facoltativa e resta assodato che a ciascuna classe deve essere previsto un trattamento differente senza che venga alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione³⁰³. All'ultimo comma dell'art. 85, oltre, ad essere ribadito che «*i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato*», viene, inoltre, aggiunto che tutto ciò deve avvenire «*al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente*». Infine, viene disposto che «*la quota residua del credito è trattata come credito chirografario*».

³⁰⁰ In passato, il tema della valutazione sulla fattibilità economica del piano ha determinato il formarsi di numerose soluzioni interpretative contrastanti. Il nuovo Cci presuppone quindi che l'attestazione del professionista indipendente sia motivata e tenga conto di possibili difficoltà future in modo che i creditori e il tribunale, quali soggetti autorizzati ad esprimersi sulla fattibilità economica, possano svolgere il loro compito al meglio; RINALDI F. P., SCUTIERO F., *I presupposti per l'accesso alla procedura*, op. cit., pp. 19 e ss.

³⁰¹ Questa decisione risulta coerente con le finalità del concordato, in quanto per rendere possibile una maggiore soddisfazione del ceto creditorio risulta necessario un vaglio più rigoroso della semplice dichiarazione di "manifesta inattitudine".

³⁰² All'art. 160 L. Fall., comma I, lett. c), il legislatore stabilisce che il debitore che intende procedere alla suddivisione in classi deve considerare sia, le posizioni giuridiche, sia gli interessi economici. In riferimento alle prime, quindi, è necessario tenere conto della natura del credito, delle sue qualità intrinseche, del carattere chirografario o privilegiato, dell'eventuale esistenza di contestazioni e della presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo; i secondi, invece sono da ricostruirsi tenendo conto dell'entità del credito o del vantaggio che viene riconosciuto al titolare. RINALDI F. P., SCUTIERO F., *I presupposti per l'accesso alla procedura*, op. cit., p. 21. Inoltre, la definizione di "classe di creditori" viene riportata dal legislatore alla lettera r) dell'art. 2 Cci.

³⁰³ Comma VI, art. 85 Cci.

Nell'ottica di perseguire come obiettivo principale quello di soddisfazione dell'interesse creditorio, il legislatore, all'art.4 Cci, ha inserito il principio secondo il quale il debitore e i creditori debbano agire secondo buona fede e correttezza. L'articolo in questione si basa sull'assunto che nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nonché nelle trattative che li precedono, l'interesse prevalente che deve essere tutelato è quello dei creditori³⁰⁴.

Di qui, la decisione del legislatore di apportare delle modifiche all'istituto della moratoria³⁰⁵ che era stato introdotto con l'art. 186-*bis*, comma II, lett. c), il quale presentava numerosi dubbi interpretativi, in particolare per quanto riguardava la natura del termine annuale previsto dalla legge fallimentare³⁰⁶ e la misura del diritto di voto nelle dilazioni ultrannuali³⁰⁷. L'art. 86 Cci, tenta di risolvere le controversie preesistenti tramite:

- l'ampliamento del termine di moratoria fino a 2 anni dall'omologazione;
- l'ammissione al voto dei creditori interessati dalla moratoria;
- la previsione di un meccanismo per determinare l'importo oggetto del diritto di voto.

Le prime due disposizioni lasciano pensare che il legislatore non abbia previsto la possibilità di avere moratorie con durata superiore ai termini di legge. L'importo oggetto del diritto di voto individuato nell'art. 86 corrisponde all'effettiva perdita subita a causa del mancato pagamento e non all'importo dell'intero credito oggetto di moratoria. Il danno, quindi, viene calcolato secondo un metodo forfettario che prevede l'ammissione al voto *«per la differenza fra (i) il loro credito maggiorato degli interessi di legge e (ii) il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del*

³⁰⁴ Il Codice non lascia libertà interpretativa a riguardo: nel caso sorga il dubbio che vi sia un conflitto di interessi (come al comma II, art. 84 Cci - Interesse dei lavoratori), l'interesse creditorio ha sempre rilievo prioritario. Il concetto viene ribadito nuovamente all'ultimo comma di suddetto art., dove la soddisfazione di almeno il 20% dell'ammontare complessivo del credito chirografario rimane uno dei presupposti per accedere alla procedura di concordato.

³⁰⁵ L'istituto della moratoria consente di dilazionare il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca ed è funzionale alla salvaguardia della continuità aziendale in quanto permette al debitore l'impiego dei flussi originati dalla continuità aziendale. I crediti in questione non devono afferire a beni per i quali è prevista la liquidazione.

³⁰⁶ La presenza di un termine annuale equipara la deroga ad una soddisfazione integrale del creditore garantito.

³⁰⁷ A riguardo ci sono due differenti proposte: il voto dovrebbe essere commisurato all'intero credito garantito maggiorato degli interessi, oppure, dovrebbe corrispondere al danno effettivamente subito dal creditore a causa della dilazione; per maggiori informazioni sul tema si veda MARTINO A. F., *La moratoria nel concordato in continuità*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 26 e ss.

D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo³⁰⁸».

3.3.2. Il piano concordatario

L'art. 87 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza riporta le disposizioni riguardanti i requisiti del piano concordatario³⁰⁹. Se all'art. 85, comma II, viene esplicitato che la proposta deve basarsi su un piano fattibile, all'art. 87 si prevede che: *«1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.*

Il piano deve indicare:

- a) le cause della crisi³¹⁰;*
- b) la definizione delle strategie d'intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria³¹¹;*

³⁰⁸ Tramite il sub (ii) viene, quindi, stabilita la presumibile remunerazione degli investimenti per il creditore che avesse avuto la disponibilità delle somme liquide. Il tasso di interesse applicato corrisponde al 50% di quello applicato al ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali e viene calcolato applicando 8 punti percentuali al tasso della BCE sulle sue più recenti operazioni di rifinanziamento; si veda MARTINO A. F., *La moratoria nel concordato in continuità*, op. cit., p. 29.

³⁰⁹ Il concordato si apre in seguito al deposito del piano e della proposta come riportato all'art. 47 Cci: *«1. A seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), con decreto:*

- a) nomina il giudice delegato;*
- b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale;*
- c) stabilisce, ..., la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori...*
- d) fissa, ..., il termine perentorio per il deposito di una somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie...*

3. Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità e fattibilità di cui al comma 1, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale».

³¹⁰ La logica che sta alla base di questa previsione è quella di riuscire a colmare l'asimmetria informativa esistente tra l'imprenditore e i creditori: da un lato, l'imprenditore potrà informare i creditori sui motivi e sulle mancanze/errori che hanno imposto il ricorso alla procedura concordataria, dall'altro lato i creditori, il commissario giudiziale, l'attestatore e il tribunale (coloro che valutano il piano) potranno comprendere i motivi della crisi e valutare al meglio la strategia di turnaround da egli proposte.

³¹¹ È comunque necessario che il deposito della domanda di concordato avvenga con tempestività, in quanto la formulazione di un piano contenente, anche, la descrizione patrimoniale della società permette di dare adeguata pubblicità ai terzi in relazione all'esistenza di eventuali cause di scioglimento ex art. 2484 n. 4 c.c. In merito, il Codice, all'art 89, consolida la sospensione degli adempimenti finalizzati alla copertura delle perdite, dal deposito della domanda sino all'omologazione, per il solo concordato preventivo, neutralizzando temporaneamente l'obbligo di scioglimento. Anche questa previsione ha lo scopo di essere da stimolo per un'emersione anticipata della crisi e l'inizio di un percorso di ristrutturazione. Sul tema si veda BARTOLI B., *La riduzione o la perdita del capitale della società in crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, pp. 41 e ss.

- c) *gli apporti di finanza nuova, se previsti;*
- d) *le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero;*
- e) *i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti;*
- f) *in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori³¹²;*
- g) *ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta³¹³, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.*

2. Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano³¹⁴. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano. 3. In caso di concordato in continuità la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori».

Il legislatore, quindi, prevede al comma I che nel piano debba essere riportata non solo la forma con la quale si intende realizzare la ristrutturazione dei debiti, ma anche ogni altra informazione necessaria al fine di stabilire come debbano essere rappresentati i creditori, in che misura, secondo quali modalità e tempistiche potranno vedere soddisfatte le loro pretese: a titolo esemplificativo, alcune informazioni potrebbero essere quelle riguardanti la previsione o meno di una suddivisione in classi, l'eventuale soddisfazione in denaro o con altri mezzi, oppure, l'esistenza del deposito di un'eventuale proposta per il trattamento dei

³¹² Su queste informazioni potrà basarsi anche il professionista indipendente nel redigere la propria attestazione.

³¹³ Il legislatore ha voluto limitare tale obbligo solo ai casi di continuità aziendale diretta: nella relazione illustrativa al D.Lgs. egli precisa che l'analisi è necessaria nei casi in cui i creditori partecipino al rischio d'impresa tramite la sua prosecuzione; nel caso di continuità indiretta (es: affitto) ciò che rileva è la capacità di onorare le obbligazioni assunte dal soggetto che gestisce l'azienda. Si veda, SALA M., *Nel piano di concordato modalità e tempi della proposta*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 35.

³¹⁴ A seguito del deposito del piano e degli altri documenti, il tribunale, oltre a procedere ad una verifica sulla ammissibilità giuridica della proposta, provvede anche ad eseguire una valutazione della fattibilità economica del piano, con la possibilità di acquisire il parere del commissario giudiziale, anche se non obbligato. Questo compito di controllo del tribunale lo si ritrova non solo in sede di ammissione della proposta ma anche successivamente, prima e dopo il voto e in sede di omologa. (doppio controllo giudice/attestatore)

crediti tributari e previdenziali³¹⁵. In seguito, vengono indicate una serie di elementi obbligatori che devono rientrare nella proposta. In riferimento al punto *b*, il piano deve consistere in un vero e proprio business plan: non può limitarsi ad essere una mera dichiarazione di intenti, ma deve contenere anche la descrizione in dettaglio delle azioni che si intendono perseguire, le tempistiche e i risultati attesi, nonché essere coerente con la storia, la struttura organizzativa e la capacità produttiva dell'impresa. A riguardo, il Cci, alla lettera *e*) di suddetto articolo, impone al debitore di indicare nel piano anche le iniziative che intenderà intraprendere nell'eventualità, molto probabile, che si registri uno scostamento tra i risultati in concreto raggiunti e quelli indicati nel piano. Al comma II, compare la figura dell'attestatore. L'attestatore è il *“professionista indipendente”*, descritto all'art. 2, lett. *o*) del Codice come il *«professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del c.c.; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa»*. Il ruolo dell'attestatore, secondo il comma II, art. 87, è quello di valutare se il piano risulta idoneo a consentire in concreto il riequilibrio dell'azienda e accertare la realizzabilità dei flussi di cassa previsti dal piano, nonché, attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. In caso di continuità indiretta, invece, il ruolo dell'attestatore, è quello di attestare che l'operatività dell'impresa sia garantita in ragione della successiva cessione o conferimento, da cui verrà ricavata la liquidità necessaria per soddisfare i creditori; mentre l'attestazione riguardante la prospettiva di ripristino dell'equilibrio economico rimane necessaria solo in presenza di affitto d'azienda, di costituzione di nuova società controllata dal debitore e in caso di cessione dell'azienda con pagamento rateale del prezzo. In merito a

³¹⁵ Artt. 63 e 88 Cci. La transazione fiscale rimane l'unico modo nel concordato e negli accordi di ristrutturazione per proporre il pagamento parziale o dilazionato dei tributi, dei contributi e dei relativi accessori. Per un approfondimento sul tema dei crediti tributari e contributivi si veda SOLIDORO A., *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, pp. 37 e ss.

questo ultimo punto, il piano non deve darne esplicitazione nei casi di cessione in cui il pagamento del corrispettivo avviene contestualmente alla stipulazione, poiché l'interesse dei creditori viene salvaguardato nel momento dell'incasso. Da ciò il professionista dovrà attestare solamente la solvibilità del "pretendente" cessionario³¹⁶. Resta comunque l'onere di attestazione del vincolo quantitativo in riferimento all'obbligo di mantenimento o riassunzione dei lavoratori³¹⁷.

3.3.2.1. Le proposte e le offerte concorrenti

Se l'unico soggetto legittimato a richiedere l'accesso alla procedura di concordato rimane il debitore, i terzi possono presentare una loro proposta tramite l'istituto delle proposte concorrenti. Tale istituto viene disciplinato all'art. 90 del Cci e modifica le regole già esistenti nel precedente art. 163, commi IV, V, VI, VII della L. Fall., pur non stravolgendole: le finalità dell'istituto rimangono quelle di massimizzare, da una parte, la concorrenza in favore del ceto creditorio, e dall'altra, un mercato dei crediti concorsuali tra i soggetti interessati a liquidare immediatamente la loro posizione creditoria e coloro che, invece, intendono valutare le opportunità offerte da una possibile acquisizione dell'impresa³¹⁸. Il legislatore, nel riproporre questo istituto, cerca di trovare un equilibrio tra le esigenze opposte di rispetto dei diritti della proprietà³¹⁹ e l'obiettivo, appunto, di maggiore rimborso dei crediti vantati. Rimane legittimato a presentare proposte concorrenti, a seguito della presentazione del concordato e della relativa ammissione ad esso³²⁰ e «*non oltre 30 giorni prima della data iniziale stabilita per la votazione dei creditori, ..., colui o coloro che, anche per effetto di acquisti successivi alla domanda di concordato, rappresentano almeno il 10% dei creditori risultanti dalla situazione*

³¹⁶ Nel caso in cui l'offerta del "pretendente" cessionario non sia irrevocabile e il trasferimento dell'azienda dipenda, quindi, dall'esito delle procedure competitive, il professionista dovrà attestare anche il valore di trasferimento dell'azienda in quanto parametro per ogni eventuale successiva valutazione di fattibilità del piano; PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., pp. 116-117.

³¹⁷ PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., pp. 115 e ss.

³¹⁸ BARTOLI B., *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 53.

³¹⁹ La prospettiva di una o più proposte concorrenti, presentate da una percentuale qualificata di almeno il 10% della massa creditrice, impatta sulle scelte strategiche del debitore nella formulazione della propria proposta e compromette la possibilità per la compagine societaria, di mantenere il proprio ruolo all'interno dell'impresa.

³²⁰ Si ritiene non plausibile la possibilità di una presentazione di proposte concorrenti precedente, in quanto andrebbe contro la finalità dell'eventuale concordato con riserva. L'accesso alla data room di uno o più creditori, magari anche concorrenti, svilupperebbe una contraddizione con la ratio dell'istituto; BARTOLI B., *Le proposte e le offerte concorrenti*, op. cit., pp. 54-55.

*patrimoniale depositata del debitore»*³²¹. Dai soggetti legittimati³²², ai commi II e III, vengono esclusi il debitore, il quale non può presentare una proposta concorrente nemmeno per interposta persona, il suo coniuge, i conviventi, i parenti e gli affini fino al quarto grado e le parti correlate, nonché vengono esclusi, nel computo del 10%, «*i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo*».

Inoltre, anche a sostegno della proposta concorrente viene prevista l'attestazione di un professionista, il quale può limitarsi ad esprimersi solamente sulla fattibilità del piano³²³, in quanto non è previsto per i soggetti terzi di adoperarsi per pronunciarsi in merito alle cause della crisi. Congiuntamente, viene disposto che le proposte concorrenti sono inammissibili nel caso in cui tale attestazione dimostri che il piano del debitore soddisfa il ceto chirografo per almeno il 30% del credito³²⁴. La proposta concorrente deve essere sottoposta a giudizio del tribunale per verificare la correttezza dei criteri di formulazione delle classi³²⁵ e può essere modificata fino a 20 giorni prima della votazione dei creditori³²⁶. La proposta concorrente richiede caratteristiche uguali a quella del debitore, come da art. 85, comma II Cci, ove compatibili, evitando, quindi, duplicazioni. Inoltre, essa «*può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione*»³²⁷.

Il commissario giudiziale predisponde una relazione integrativa in cui sviluppa una comparazione tra le varie proposte, compresa quella del debitore: la relazione deve essere depositata in cancelleria e comunicata ai creditori almeno 15 giorni prima dell'inizio della

³²¹ Comma I, art. 90 Cci. Si intende come legittimato ad effettuare la proposta concorrente, un solo creditore e non una "cordata".

³²² All'art. 92 commi III e IV, viene affidato al commissario giudiziale il delicato compito di consentire l'accesso, ai creditori o a soggetti terzi, ad informazioni sensibili sull'azienda e utili per la presentazione di proposte concorrenti. Egli consente l'accesso ai soli richiedenti di riscontrata serietà e affidabilità, in particolar modo in riferimento agli obblighi di riservatezza.

³²³ In riferimento ai passaggi diversi da quelli già presenti nella domanda del debitore e che non siano già stati verificati dal commissario.

³²⁴ Questa misura si riduce al 20% nel caso in cui il debitore si adoperi tempestivamente per richiedere l'apertura del procedimento di allerta o di composizione assistita; art. 90, comma 5 Cci.

³²⁵ Il tribunale dovrà esprimersi anche in merito agli altri requisiti, quali quelli soggettivi ed oggettivi, la completezza della documentazione, la logicità e la completezza dell'attestazione e i termini di contenuto della proposta.

³²⁶ È modificabile entro 20 giorni anche la proposta del debitore. Commi VII-VIII, art. 90 Cci.

³²⁷ Comma VI, art. 90 Cci.

votazione dei creditori³²⁸. Nell'ipotesi in cui vi siano più proposte di concordato, verrà approvata quella che raggiunge la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; nel caso in cui vi sia parità tra le varie proposte dei creditori prevarrà quella presentata prima, mentre se si verifica una parità con la proposta del debitore, prevarrà quest'ultima. Nell'evenienza in cui non venga approvata alcuna proposta con la maggioranza necessaria, il giudice delegato con decreto rimette al voto la sola proposta che abbia conseguito la maggioranza relativa³²⁹. Infine, con la pubblicazione del decreto di omologazione il debitore è obbligato a dare esecuzione alla proposta che è stata omologata, anche se concorrente. Nei casi in cui il debitore non adempia ai suoi obblighi, il tribunale potrà disporre l'esecuzione in capo all'amministratore giudiziario, il quale provvederà in luogo del debitore all'esecuzione degli atti a questo richiesti.

L'istituto delle offerte concorrenti prevede che nel caso venga associato al piano concorsuale *«un'offerta irrevocabile³³⁰ da parte di un soggetto già individuato e avente ad oggetto il trasferimento³³¹ in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale o il giudice delegato dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. La stessa disciplina si applica in caso di affitto d'azienda»³³².*

La procedura competitiva si apre con decreto disposto dal tribunale o dal giudice da esso delegato, il quale deve indicare (commi IV e V, art. 91 Cci):

- *«le modalità di presentazione delle offerte irrevocabili, assicurandone la comparabilità;*
- *i requisiti soggettivi degli offerenti;*

³²⁸ Un altro compito del commissario giudiziale è quello ex art. 105, comma I, Cci: *«egli deve redigere l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte e deve depositarla presso la cancelleria almeno 45 giorni prima della data stabilita per la votazione dei creditori».*

³²⁹ BARTOLI B., *Le proposte e le offerte concorrenti*, op. cit., pp. 58-59.

³³⁰ Il legislatore ha escluso la possibilità per le offerte non irrevocabili di accedere al percorso di pubblicità ed eventuale gara, la quale risulta indispensabile per aumentare il valore realizzabile dei beni oggetti dell'offerta in un'ottica di migliore soddisfazione dei creditori.

³³¹ Al comma II, art. 91 Cci, viene disposto che il trasferimento può riguardare contratti stipulati anche prima dell'apertura della procedura di concordato ed aventi ad oggetto trasferimenti di natura non immediata.

³³² Comma I, art. 91 Cci.

- *le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che le richiedono;*
- *le modalità di svolgimento della procedura competitiva;*
- *l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere;*
- *le garanzie offerte dagli offerenti;*
- *le forme di pubblicità (la quale deve essere disposta sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 del c.p.c);*
- *la data dell'udienza».*

Le offerte devono essere presentate in busta chiusa e se non conformi risultano inefficaci. Esse vengono rese pubbliche il giorno della gara, la quale deve concludersi almeno 20 giorni prima della data fissata per il voto dei creditori. Nella circostanza in cui non vengano presentate proposte migliorative verrà confermata l'offerta originaria, in quanto l'offerente ne rimane vincolato, nel caso contrario, egli sarà *«liberato dalle proprie obbligazioni e rimborsato delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del 3% del prezzo in essa indicato»*³³³. In questo caso il debitore sarà tenuto a modificare la proposta e il piano per la successiva elaborazione della relazione da parte del commissario giudiziale³³⁴.

3.3.3. Gli effetti della presentazione della domanda di concordato

Come già dichiarato in precedenza, l'esigenza di creare un nuovo Codice della crisi nasce dalla necessità di dare a tutte le novità introdotte in modo frammentario dal 2005 in poi, un assetto ordinato e coordinato con il resto della normativa e chiarire, tramite la traduzione in precetti normativi, le numerose controversie oggetto dei maggiori dibattiti in dottrina³³⁵. Accanto a questi interventi di riorganizzazione normativa, il nuovo Codice introduce anche delle sostanziali novità quali l'operatività non più automatica delle misure cautelari e protettive; tali novità incidono in modo significativo sul sistema concorsuale, rendendo necessario un cambiamento di prospettiva.

³³³ Comma VIII, art. 91 Cci.

³³⁴ Il debitore rimane titolare del diritto di rinunciare e interrompere la procedura; BARTOLI B., *Le proposte e le offerte concorrenti*, op. cit., p. 62.

³³⁵ Queste finalità vengano enunciate nella relazione di accompagnamento al Codice.

Tra le principali novità riguardanti il concordato figura, appunto, quella di rimuovere alla disciplina degli effettivi protettivi della domanda di concordato la sua caratteristica di automaticità³³⁶. Infatti, il debitore deve, in sede di presentazione della domanda di concordato³³⁷, presentare apposita domanda per gli effetti protettivi, i quali si producono *«dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, ..., dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano»*³³⁸. L'esistenza o meno di un effetto protettivo dipende, quindi, dall'esito del procedimento nel quale il tribunale, entro trenta giorni dalla domanda, deve confermare o revocare con decreto le misure protettive, stabilendone la durata, e provvedere alla sua iscrizione e deposito presso il Registro delle Imprese. In mancanza del suo deposito entro i termini prefissati, gli effetti protettivi cessano³³⁹. Le misure protettive possono, inoltre, essere revocate o modificate dal tribunale *«in caso di atti di frode, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero»* e anche *«quando il tribunale accerta che l'attività intrapresa del debitore non risulta idonea a pervenire alla composizione della crisi o alla regolazione della crisi e dell'insolvenza»*³⁴⁰. Infine, all'art. 8 viene disposto che la durata complessiva delle misure protettive non potrà superare i 12 mesi, inclusi rinnovi e proroghe; ne consegue che, in sede di OCRI, se il debitore ne abbia già fatto richiesta, se ne dovrà tenere conto nel disporre la durata delle nuove misure³⁴¹.

³³⁶ Questa linea è stata imposta dalla normativa comunitaria con la finalità di tutelare maggiormente i diritti dei creditori; viene bilanciata dalla presenza di forme di protezione per il debitore che accede al concordato preventivo.

³³⁸ Comma II, art. 54 Cci.

³³⁹ Comma III, art. 55 Cci.

³⁴⁰ Comma IV, art. 55 Cci.

³⁴¹ RINALDI P., *Il concordato preventivo diventa lo snodo unitario per l'accertamento della crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1, p. 55.

L'art 94 Cci³⁴², consolida le vecchie regole sullo spossessamento attenuato del debitore, introducendo solo due novità³⁴³: tra l'elenco di attività straordinarie non eseguibili previo consenso del giudice delegato illustrate al comma II, viene inserita la cessione delle "partecipazioni societarie di controllo" e viene prevista, al comma III, la possibilità di concedere l'autorizzazione a svolgere tali attività anche prima dell'omologazione, se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Inoltre, altra novità è la previsione di una procedura competitiva nei casi di alienazione e affitto d'azienda, di un suo ramo o di specifici beni, previa stima e adeguata pubblicità³⁴⁴.

Anche per la disciplina dei contratti pendenti³⁴⁵, il Codice si rifà a quanto già previsto dalla L. Fall. in materia di sospensione e scioglimento per quei contratti che non sono funzionali al componimento della crisi³⁴⁶. Va data giusta attenzione alla necessità dell'instaurazione del contraddittorio con il contraente *in bonis*³⁴⁷ e alla definizione dell'ammontare del credito per

³⁴² Si riporta di seguito il testo dell'art. in questione: «1) Dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. 2) Fermo il disposto dell'articolo 46, i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. 3) L'autorizzazione può essere concessa prima dell'omologazione se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. 4) Con decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al comma 2. 5) L'alienazione e l'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni autorizzati ai sensi del comma 2, sono effettuate tramite procedure competitive, previa stima ed adeguata pubblicità. 6) Il tribunale può autorizzare in caso di urgenza gli atti previsti al comma 5 senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive quando può essere compromesso l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento. Del provvedimento e del compimento dell'atto deve comunque essere data adeguata pubblicità».

³⁴³ L'art. 94 Cci, riprende le regole agli artt. 161 comma VII e 167 della L. Fall.

³⁴⁴ Commi V e VI, art. 94 Cci.

³⁴⁵ La definizione all'art. 72 L. Fall è quella di «contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti». Se non richiesta apposita sospensione o scioglimento, tali contratti proseguono.

³⁴⁶ Si rimanda all'art. 97 Cci per maggiori informazioni a riguardo. Al comma XIII, viene esplicitato che tale disciplina non è applicabile ai rapporti di lavoro subordinato, ai contratti preliminari aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, ai finanziamenti destinati a uno specifico affare e al contratto di locazione di immobili.

³⁴⁷ L'art. 97, comma I, Cci, prevede che il debitore possa richiedere l'autorizzazione alla sospensione e allo scioglimento di uno o più contratti tramite apposita istanza, unitamente alla quale deve anche essere depositata la prova della sua avvenuta notifica alla controparte. L'istanza deve dimostrare che la prosecuzione del contratto non è coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua prosecuzione. La controparte può depositare memorie scritte entro sette giorni dalla notifica, opponendosi. Secondo BURRONI D., *Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 68, questa previsione mina le esigenze di tutela del debitore in quanto, per tutta la durata del procedimento e fino alla notifica dell'autorizzazione alla controparte, egli sarà soggetto alle iniziative del contraente *in bonis* azionabili in forza delle clausole contrattuali. In ogni caso, al comma VII, viene previsto un tempo massimo di durata della sospensione per evitare che situazioni di incertezza contrattuale si protraggano nel tempo.

indennizzo già in sede di scioglimento. Quest'ultimo rappresenta un credito chirografario e in assenza di accordo la sua determinazione è rimessa al giudice ordinariamente competente, mentre il giudice delegato quantifica il credito solamente ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze. Al comma XII viene trattato il caso di scioglimento dei contratti di locazione finanziaria: l'unico cambiamento rispetto alla L. Fall. è la previsione di una più precisa determinazione dei criteri con i quali viene determinato il credito del concedente che subisce lo scioglimento. Infatti, il credito viene determinato «*nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato*».

La disciplina riguardante i contratti con le pubbliche amministrazioni (art. 95 Cci) segue la stessa logica di quella dei contratti pendenti: la norma mira a favorire la continuità aziendale anche per quelle aziende che operano nel campo degli appalti pubblici. Quindi, la norma prevede che i contratti in questione non si risolvano per effetto del deposito della domanda di concordato, escludendo, inoltre, la possibilità di patti contrari. Come requisito viene indicata la necessità dell'attestazione, effettuata dal professionista indipendente, in merito alla *conformità della prosecuzione del contratto al piano, ove predisposto, e della ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore in concordato*³⁴⁸. La continuazione dei contratti è garantita anche alla *società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti* nel caso in cui essa possieda i requisiti di accesso alla gara e di esecuzione del contratto³⁴⁹.

Ancora, con riguardo ai finanziamenti prededucibili agli artt. 99 – 101 – 102 Cci, vengono riproposte le regole previgenti agli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* della Legge Fallimentare. Nel periodo di tempo che intercorre tra la domanda di accesso alle procedure di concordato o di accordo di ristrutturazione dei debiti e la relativa omologa, in presenza di continuità aziendale anche a fini liquidatori, il debitore è legittimato a contrarre finanziamenti in qualsiasi

³⁴⁸ BURRONI D., *Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti*, op. cit. p. 69.

³⁴⁹ Comma II, art. 95 Cci. Secondo i commi III-IV-V le medesime disposizioni valgono anche per: (i) *l'istituto del concordato liquidatorio, previa attestazione che la continuazione serve ad una miglior liquidazione dell'azienda in esercizio*; (ii) *la partecipazione dell'impresa in concordato a procedure di affidamento di contratti pubblici, previa autorizzazione da parte del tribunale e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato e relativa attestazione del professionista*; (iii) *l'impresa in concordato che intende concorrere riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e con la necessità che le altre imprese non siano assoggettate a procedure concorsuali*.

forma³⁵⁰, con la finalità di favorire una migliore soddisfazione dei creditori³⁵¹. Gli oneri del debitore rimangono quelli di specificare la destinazione dei finanziamenti, il motivo per cui la loro assenza recherebbe pregiudizio alle procedure e l'impossibilità di reperirli altrimenti. Come ormai assodato, rimane l'obbligo di depositare assieme al ricorso anche l'attestazione della sussistenza dei requisiti redatta da un professionista indipendente, la quale può essere omessa solo in casi di particolare urgenza. I crediti da finanziamento, nel caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale sono privati della natura prededucibile quando:

- a. *«il ricorso o l'attestazione di cui al comma III contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione;*
- b. *il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lett. a)».*

L'art. 101 stabilisce che siano prededucibili anche i crediti derivanti dai finanziamenti di cui all'art. 99, mentre, l'art. 102 sancisce la natura di prededucibilità, in deroga alle norme civilistiche che prevedono la natura postergata dei finanziamenti erogati ai soci quando la società si trova in una situazione di squilibrio, anche per i finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, con un limite rappresentato dell'80% del loro ammontare. Il socio, infine, gode della prededucibilità dell'intero credito nel caso in cui sia diventato socio in esecuzione della procedura, come qualsiasi soggetto terzo³⁵².

Con la presentazione della domanda di concordato o preconcordato avviene la c.d. cristallizzazione del passivo con la quale il debitore è obbligato a non soddisfare i debiti pregressi, pena l'inevitabilità della procedura. L'art. 100 del Cci, conferma la deroga secondo la quale il debitore può pagare tali crediti se questi vengono ritenuti essenziali e funzionali ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori³⁵³. La norma introduce due

³⁵⁰ L'art. 99 Cci ricomprende anche i seguenti casi, qui riportati a titolo non esaustivo: emissione di garanzie, mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere. Al comma VI viene, inoltre, esplicitato che il debitore può concedere pegno o ipoteca, oppure, cedere crediti come garanzia.

³⁵¹ Art. 99 Cci. I finanziamenti possono essere contratti anche nella fase prenotativa.

³⁵² BURRONI D., *Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti*, op. cit. p. 71.

³⁵³ Anche in questo caso viene richiesta l'attestazione di un professionista indipendente, mentre non è necessaria nei casi in cui tali creditori sono pagati tramite l'apporto di nuova finanza a fondo perduto, ovvero senza obbligo di restituzione e previsione di postergazione. Questa disposizione ha lo scopo di incentivare l'ingresso nella compagine societaria di nuovi investitori interessati al risanamento dell'azienda, PAIS A., *Le finalità del concordato con continuità aziendale*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 128.

novità in merito rispettivamente a: (i) la possibilità di pagare le rate a scadere di un mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio d'impresa, sempre nel caso di continuità aziendale e verificato che abbia adempiuto alle proprie obbligazioni o che venga autorizzato dal tribunale a pagare il capitale e gli interessi scaduti alla data di presentazione della domanda di concordato³⁵⁴; (ii) l'autorizzazione a pagare ai propri lavoratori la retribuzione riferita alla mensilità precedente al deposito del ricorso. La logica in quest'ultima disposizione poggia sul fatto che il credito dei lavoratori è assistito da privilegio di rango elevato e che il pagamento immediato costituisce solo un'anticipazione di ciò che comunque sarebbe dovuto³⁵⁵. Con riguardo alla prima previsione, invece, si ritiene che, per estinguere l'obbligazione, il debitore potrebbe contrarre un nuovo debito, anche ad eventuali condizioni deteriori, gravando sull'interesse dei creditori.

3.3.4. La votazione dei creditori

All'art. 107 Cci, il legislatore introduce una delle più grandi modifiche nel processo di votazione dei creditori: l'adunanza dei creditori viene sostituita completamente con una procedura di voto per via telematica³⁵⁶. Vengono, quindi, previste nuove modalità per instaurare il contraddittorio tra i vari soggetti. Le c.d. "tappe di avvicinamento al voto", consistono in appuntamenti con cadenza 5 giorni l'uno dall'altro in cui avvengono i seguenti accadimenti:

- A cinque giorni dal termine ultimo previsto per il deposito di eventuali modifiche alla proposta concordataria avviene la presentazione della relazione del commissario giudiziale, alla quale viene allegato l'elenco dei creditori ammessi al voto con il relativo ammontare;
- In seguito, dopo altri 5 giorni, è previsto il termine ultimo per formulare osservazioni e contestazioni a mezzo pec indirizzata al commissario giudiziale;
- Dopo ulteriori 5 giorni avviene il deposito e la comunicazione a creditori, debitore ed eventuali altri interessati, della relazione definitiva del commissario giudiziale,

³⁵⁴ Il professionista indipendente è tenuto ad attestare che il pagamento delle rate a scadere non leda i diritti degli altri creditori e che il credito potrebbe essere completamente soddisfatto tramite il ricavato del bene su cui grava ipoteca.

³⁵⁵ BURRONI D., *Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti*, op. cit. p. 72.

³⁵⁶ L'indicazione dell'ordine e dell'orario delle votazioni è rimessa al giudice delegato.

comprendente tutte le osservazioni emerse nel corso dell'appuntamento precedente;

- Infine, trascorsi altri 5 giorni, avvengono le operazioni di voto, per mezzo pec al commissario giudiziale, ovvero, tramite le strutture apposite del ministero della Giustizia³⁵⁷.

Il voto avviene secondo le medesime maggioranze previste dalla L. Fall.³⁵⁸, ad esclusione del caso in cui vi sia un creditore titolare di oltre il 50% dei crediti ammessi al voto. Infatti, nell'eventualità che ciò accada, il voto positivo verrà calcolato per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto³⁵⁹. Oltre al *«coniuge del debitore, ai suoi parenti e affini fino al quarto grado, alla società controllante la società debitrice, alle società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, ai cessionari ed aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato, vengono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze anche (i) il convivente di fatto e colui che sia parte dell'unione civile con il debitore e (ii) i creditori che versino in conflitto di interessi»*³⁶⁰. Al comma VI dell'art. 109 Cci, viene espressa la facoltà, per il creditore che propone il concordato e per la società da questo controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo, di votare solamente se all'interno della proposta viene previsto il loro inserimento in apposita classe.

Vengono, invece, ammessi provvisoriamente al voto, i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, e, inoltre, ai commi III e IV, art. 109 Cci, viene disposto che *«I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione. Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono equiparati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai*

³⁵⁷ Il giorno successivo alle operazioni di voto, il commissario giudiziale deve provvedere a redigere e depositare una relazione indicante (i) i voti favorevoli e contrari dei creditori con nominativi e ammontare dei rispettivi crediti, (ii) nominativi e ammontare dei crediti dei creditori che non hanno esercitato il proprio voto; art. 110, comma I Cci.

³⁵⁸ Si intende la maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto e, in presenza di classi, la maggioranza assoluta deve essere riscontrata anche all'interno del maggior numero di esse. Suole intendersi applicabile, ai fini del calcolo delle maggioranze, la regola del "silenzio-dissenso".

³⁵⁹ Art. 109, comma I, Cci.

³⁶⁰ Art. 109, comma V, Cci. Viene riportato all'interno della relazione illustrativa la necessità di una valutazione sulla sussistenza o meno di un conflitto d'interesse, la quale deve essere rimandata al giudice delegato e, in seguito, al tribunale in sede di omologazione; SALA M., MASSOLI G., *Voto nel concordato preventivo, maggioranza e approvazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 81.

soli fini del concordato. I creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito».

3.3.5. Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo

Il legislatore ha deciso di costruire un percorso procedimentale unitario per le varie procedure di regolazione concorsuale al Titolo III, Capo IV, Sezione II del Cci. La disciplina dell'omologazione del concordato preventivo viene trattata agli artt. 48 e 112³⁶¹ del Codice della crisi e dell'insolvenza. L'art. 48, delinea che in seguito all'approvazione del concordato, il tribunale provvede a fissare l'udienza per l'omologazione: il provvedimento deve essere iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese e notificato al commissario e ai creditori dissenzienti, a cura del debitore³⁶². Al comma II, l'art. 48, fissa, inoltre, i termini per depositare le memorie delle eventuali opposizioni di creditori dissenzienti, del commissario giudiziale e del debitore a, rispettivamente, dieci, cinque e due giorni prima dell'udienza. Una volta *«verificata la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica della proposta»*, nonché decise le opposizioni in camera di consiglio, il tribunale emette sentenza di omologazione³⁶³. Se il concordato non viene omologato, il tribunale *«dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale»*³⁶⁴.

L'art. 112 Cci, invece, prevede che il tribunale possa omologare il concordato anche qualora vi siano (i) un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente o (ii) dei creditori dissenzienti appartenenti almeno al 20% dei crediti ammessi al voto, se ritiene che così il credito venga soddisfatto in misura maggiore rispetto all'alternativa di liquidazione giudiziale.

Se il concordato prevede la cessione di beni non funzionali alla prosecuzione dell'esercizio di impresa, *«il tribunale nomina uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per*

³⁶¹ Collocato al Titolo IV, Capo II, Sezione VI del Cci.

³⁶² Con la sentenza di omologazione del concordato viene dichiarata chiusa la fase giudiziale ex art. 113 Cci. Il procedimento, invece, continua fino all'integrale adempimento degli obblighi concordatari.

³⁶³ Comma III, art. 48 Cci. Risulta evidente la posizione presa dal legislatore in merito alla titolarità del tribunale dei più ampi poteri di valutazione sulla fattibilità della proposta e sulla convenienza del piano per i creditori; si veda NATALONI D., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 84.

³⁶⁴ Comma VII, art. 48 Cci.

*assistervi e determinare le modalità di liquidazione»*³⁶⁵; nel caso di concordato in continuità la liquidazione di tali beni avviene a cura del debitore³⁶⁶.

Viene introdotta una novità per quanto riguarda le operazioni straordinarie effettuate in esecuzione del concordato: il legislatore vuole colmare un vuoto nella normativa e coordinarla con quanto disposto da quella societaria. Secondo l'art. 116 Cci, infatti, *«se il piano prevede il compimento durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice, la validità di queste può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione»*³⁶⁷. La ratio di questa scelta normativa si basa sulla necessità di dare maggiore certezza al concordato ormai omologato, evitando successive opposizioni³⁶⁸.

Una volta omologato, il concordato diviene obbligatorio per tutti i creditori antecedenti il decreto di apertura della procedura, *«tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso»*³⁶⁹. Inoltre, il concordato è efficace anche per i soci illimitatamente responsabili, salvo patti contrari. L'adempimento del concordato è sorvegliato dal commissario giudiziale, il quale, se ravvisa che il debitore non sta provvedendo ai suoi obblighi, ritardando il compimento del concordato, deve riferirne senza indugio al tribunale. Quest'ultimo, sentito il debitore, può disporre che sia il commissario a provvedere all'esecuzione di tali atti in luogo del debitore³⁷⁰.

Spetta al liquidatore esercitare o proseguire ogni azione prevista a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore, ogni azione volta al recupero dei crediti e le azioni di responsabilità sociale, nell'interesse dei creditori; ogni patto contrario risulta inopponibile. Ciascun creditore sociale è legittimato ad esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2394 del c.c.³⁷¹.

³⁶⁵ Art. 114 Cci.

³⁶⁶ Alla liquidazione si applica la disciplina della liquidazione giudiziale, in quanto compatibile.

³⁶⁷ Al comma III di suddetto art. viene esplicitato che gli effetti di tali operazioni straordinarie, in caso di risoluzione o annullamento del concordato, rimangono irreversibili, salvo il diritto di risarcimento dei danni ai soci o ai terzi ai sensi degli art. 2500 bis, comma I, 2504 quater, comma II e 2506 ter, comma V del codice civile.

³⁶⁸ NATALONI D., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, op. cit., p. 86.

³⁶⁹ Art. 117, comma I, Cci.

³⁷⁰ Si rimanda al testo dell'art. 118 Cci per maggiori informazioni in merito.

³⁷¹ Art. 115 Cci. L'azione di responsabilità in questione si riferisce all'inosservanza, da parte degli organi di gestione dell'azienda, degli obblighi riguardanti la conservazione del patrimonio sociale. Il danno risarcibile corrisponde alla differenza tra quanto ricevuto in sede concordataria e l'ammontare della prestazione originaria non ricevuta.

Il concordato può essere risolto per inadempimento e su richiesta dei creditori o del commissario giudiziale³⁷², ove richiesto da un creditore. Non può esserci risoluzione in caso di inadempimenti di scarsa importanza. Il termine previsto per chiedere la risoluzione corrisponde all'anno prima della scadenza ultima fissata per l'ultimo adempimento previsto dal concordato. Se gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore, le disposizioni di cui sopra non sono applicabili³⁷³.

In quanto all'annullamento del concordato, invece, l'unica azione di nullità prevista dal Codice può avvenire «*su istanza del commissario o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo*»³⁷⁴. I termini per il ricorso rimangono invariati rispetto alla vecchia normativa: «*sei mesi dalla scoperta del dolo e, comunque, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato*»³⁷⁵. Le azioni individuate dall'art. 120 rappresentano fatti in virtù dei quali il tribunale non avrebbe mai espresso un giudizio positivo in merito alla legittimità, fattibilità e convenienza del concordato, e, consecutivamente, i creditori non vi avrebbero mai aderito. Per questo motivo, l'annullamento ha l'effetto di caducare retroattivamente gli effetti dell'omologazione.³⁷⁶

3.4. L'affitto d'azienda

Una delle controversie maggiormente dibattute in dottrina e in giurisprudenza è la questione dell'affitto d'azienda, il quale non rientra all'interno del campo applicativo dell'art. 186-bis L. Fall., in merito alla continuità aziendale. Secondo una corrente di pensiero dove c'è continuità aziendale non può esserci affitto d'azienda³⁷⁷, sia che questo sia "puro", cioè fine a sé stesso, sia che esso sia "prodromico" al trasferimento del complesso aziendale o di un suo ramo³⁷⁸. In particolare, è stato chiarito negli anni, come nell'affitto puro non si verifichi alcuna fattispecie di concordato con continuità aziendale poiché esso presuppone che vi sia il coinvolgimento dei creditori nel rischio della prosecuzione dell'attività imprenditoriale; infatti,

³⁷² Viene legittimato il commissario giudiziale con lo scopo di evitare procedure concordatarie troppo lunghe nei casi in cui i creditori non vogliono assumersi l'onere di chiederne la risoluzione.

³⁷³ Art. 119 Cci.

³⁷⁴ Art. 120 Cci.

³⁷⁵ Art. 120, comma II Cci.

³⁷⁶ NATALONI D., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, op. cit., p. 88.

³⁷⁷ DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in "ilfallimentarista.it", 2013, 4.

³⁷⁸ Distinzione compiuta da AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008, p. 116.

nell'affitto fine a sé stesso il rischio viene assunto da un terzo e quindi non esiste³⁷⁹. Inoltre, per quanto riguarda l'affitto d'azienda "prodromico" (c.d. anche "ponte"), vengono distinti due momenti diversi, ovvero il primo in merito al fatto che la stipulazione del contratto di affitto sia elemento del piano concordatario, e che, quindi, viene stipulato in seguito alla domanda, il secondo, invece, in merito al fatto che esso al momento della domanda si sia già concluso. In dottrina risulta pacifico come il primo caso, nonostante non sia previsto nell'art. 186-*bis*, possa considerarsi come "con continuità" con conseguente cessione dei contratti all'affittuario, purché si impegni *irrevocabilmente* al successivo acquisto e ad effettuare una valutazione prospettica all'interno del piano che dimostri la sua capacità di far fronte agli impegni presi; al contrario, nel caso in cui l'affitto sia anteriore alla domanda, si ritiene non possa applicarsi la disciplina all'art. 186-*bis*, in quanto non presenta l'elemento di continuità. L'ammissione al concordato con continuità, infatti, è sottoposta al requisito dell'imprenditore commerciale; nel momento in cui viene affidata tutta l'attività d'impresa all'affittuario prima dell'ammissione al concordato, il debitore non possiede più la qualità di imprenditore commerciale, ma si configura come semplice soggetto che riscuote i canoni pattuiti³⁸⁰. Infine, al medesimo articolo, viene prevista la necessità che il piano preveda la cessione dell'azienda e non un contratto ad esso precedente³⁸¹.

Il Codice della crisi, in conformità a quanto affermato dalla Corte di Cassazione³⁸² (Sezione I, 19 novembre 2018, n. 29742), ha sancito la riconducibilità sia dell'affitto "puro", sia di quello "ponte", all'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* della Legge fallimentare. Il legislatore ha, quindi, sedato la disputa tra continuità in senso soggettivo (in cui la continuità si verifica nella sola ipotesi di prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore) e continuità in senso oggettivo (vede la continuità come prosecuzione oggettiva dell'azienda, indipendentemente dalla persona che la conduce), favorendo la prosecuzione dell'impresa in tutti e due i sensi e puntando l'attenzione sull'elemento di "azienda in esercizio" quale fattore vincolante: viene previsto l'affitto d'azienda in continuità ogni qualvolta la prosecuzione dell'impresa da parte dell'affittuario sia rilevante ai fini del piano e influenzi, quindi, la soddisfazione dei creditori. Inoltre, viene prevista la riconducibilità alla norma anche per l'affitto stipulato anteriormente

³⁷⁹ ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 11.

³⁸⁰ AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit., pp. 117-118.

³⁸¹ In realtà ciò risulta dubbio in quanto nulla vieta che il piano si riferisca ad un contratto già in essere.

³⁸² La Corte di Cassazione ha rafforzato l'attestazione dell'esperto e dichiarato la non operatività della soglia percentuale minima del 20%, di cui all'ultimo comma dell'articolo 160 L. Fall.

alla domanda. La ratio di tale previsione poggia sull'importanza che riveste l'affitto d'azienda nella conservazione degli organismi produttivi, trasferendo i costi dell'esercizio fuori dalla procedura ed eliminando, quindi il rischio d'impresa³⁸³, senza separare le sorti del complesso aziendale da quelle del debitore, in quanto l'affittuario non risponde delle sue passività per la parte intermedia³⁸⁴. Inoltre, quando previsto l'obbligo d'acquisto per l'affittuario, l'affitto rappresenta uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda o di un suo ramo senza rischio di perdita di valore, in primis dell'avviamento.

Nella circostanza di un affitto "puro", l'azienda, già in affitto a terzi, dovrà venire retrocessa al debitore o durante la fase esecutiva del piano o al suo termine. In questo modo, l'imprenditore potrà ritornare *in bonis*, senza dismissione dei cespiti aziendali (continuità oggettiva) e accollando gli oneri a terzi.

Rispetto all'affitto "ponte", invece, al termine, si avrà la cessione della medesima azienda, sempre in esercizio, previo esperimento delle procedure competitive. Infatti, l'affittuario assume, irrevocabilmente, l'obbligo d'acquisto sotto la condizione dell'omologazione, garantendo la continuità aziendale durante la procedura³⁸⁵.

Inoltre, viene risolto il rilievo dottrinale circa la "pienezza" della qualità di imprenditore commerciale in capo al debitore: la Corte rileva che il debitore che affitta la propria azienda continua a possedere una serie di obblighi giuridici quali il divieto di concorrenza e la tutela dei segni distintivi e per questo motivo conserva la sua natura di imprenditore commerciale³⁸⁶.

In merito alle offerte concorrenti, sorge una problematica di tipo applicativo. Infatti, la norma nulla dice in merito alla tutela dell'affittuario "ponte" nell'evenienza in cui, al termine della procedura competitiva, egli non diventi l'acquirente dell'azienda in concordato³⁸⁷. Se all'art. 91 Cci, il legislatore introduce il diritto di indennizzo (per le spese e i costi sostenuti per la formulazione dell'offerta nei limiti del 3%) a favore dell'offerente originario nel caso in cui non risulti aggiudicatario, egli tace in merito alla tutela di colui che ha gestito l'azienda nel

³⁸³ In tal senso, il rischio di impresa continua comunque a gravare sul debitore, ma in modo indiretto, in quanto l'andamento dell'attività incide sulla fattibilità del piano concordatario; AMBROSINI S., *Il concordato preventivo basato sull'affitto d'azienda*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3, p. 131.

³⁸⁴ PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., 2019, 3/7, pp. 113.

³⁸⁵ Ciò si verifica sia nel caso in cui l'acquirente sia un soggetto terzo, sia che si tratti di una newco: un esempio è il caso in cui venga costituita una newco la cui partecipazione sia detenuta totalmente dall'azienda in concordato (continuità indiretta), e successivamente, quest'ultima viene ceduta alla newco, mentre la partecipazione è alienata a soggetti terzi.

³⁸⁶ AMBROSINI S., *Il concordato preventivo basato sull'affitto d'azienda*, op. cit., p. 131.

³⁸⁷ Infatti, anche se il piano comprende un'offerta irrevocabile da parte dell'affittuario, l'effettiva acquisizione avviene comunque mediante l'espletamento della procedura competitiva prevista all'art. 91 Cci.

periodo intermedio mediante l'affitto "ponte": all'affittuario, quindi, rimane l'incertezza della sua effettiva acquisizione e i suoi investimenti diventano piuttosto una scommessa. Questa condizione porta all'eventualità che, già in fase di predisposizione del piano concordatario, non vi siano affittuari-ponte disposti a scommettere sulla loro futura acquisizione³⁸⁸.

³⁸⁸ PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, op. cit., 2019, 3/7, pp. 114, ritiene che pur essendo la presenza di un affitto "ponte" deterrente naturale nella procedura competitiva, in quanto l'affittuario possiede informazioni non di dominio pubblico, questo comunque non è sufficiente a lasciare l'affittuario senza una tutela, a maggior ragione se si pensa alla criticità della fase interinale del concordato e, quindi, al possibile risvolto negativo che può avere sull'atteggiamento gestorio dell'affittuario.

CONCLUSIONI

La spinta europea e la profonda necessità di riforma hanno dato l'impulso per la creazione di un Codice unitario che vede un profondo cambiamento di paradigma. Il legislatore ha compreso come le basi su cui poggiavano le regole in materia di impresa e la legge fallimentare fossero ormai superate: queste tendevano a creare una rigida dicotomia tra imprenditore *in bonis* ed imprenditore in stato di insolvenza, privilegiando l'aspetto liquidatorio a carico del debitore insolvente.

Il legislatore della riforma, invece, predilige un assetto normativo favorevole per l'imprenditore, affidando a lui e all'organo di controllo un ruolo di rilievo per intercettare quei segnali che favoriscono una tempestiva ed anticipata emersione della crisi tramite le misure di allerta³⁸⁹.

Il nuovo Codice, quindi, vede un nuovo apparato così delineato:

- In funzione delle istanze internazionali del c.d. *fresh start*, il legislatore ha distinto tra *insolvenza* e *crisi*, dando a quest'ultima una nuova definizione. Viene promosso il concetto che un'azienda può essere risanata nel caso se ne conservi l'organizzazione, i valori aziendali, il Know-how e l'avviamento e che se il risanamento non risulta concretamente realizzabile, spesso, la scelta migliore e maggiormente favorevole ai creditori è la liquidazione giudiziale;
- Viene riconosciuto che l'imprenditore in crisi debba agire tempestivamente per affrontare la sua situazione debitoria, anche in favore di un risanamento superiore e più probabile. A tal fine vengono, inoltre, previste delle misure premiali in suo favore;
- Per favorire l'emersione anticipata della crisi e della perdita del *going concern*, vengono affidati più ampi compiti all'organo di controllo aziendale, intimando anche l'imprenditore a individuare ed implementare un assetto organizzativo, contabile e amministrativo adeguato. Inoltre, sono affidati particolari oneri di segnalazione in capo a determinati soggetti c.d. *qualificati*;

³⁸⁹ All'art. 353 del Cci, viene prevista l'istituzione di un osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e le procedure di composizione assistita della crisi, con l'obiettivo di migliorarne la tempestività e l'efficienza e favorire un'emersione precoce della crisi sulla base dei dati elaborati dallo stesso.

- Viene preferito il concordato con continuità e, quindi, una risoluzione della crisi che consenta la salvaguardia dell'azienda e la tutela dei livelli occupazionali, promuovendo un'avversione per le soluzioni liquidatorie;
- Vengono rinnovati gli strumenti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento, con l'introduzione di una nuova convenzione di moratoria tra il debitore e i creditori in deroga all'obbligo di soddisfare i creditori non aderenti e la previsione di un piano rivolto ai creditori;
- La liquidazione giudiziale sostituisce il fallimento e viene posta come soluzione residuale.

Sembra che il testo prodotto dalla Commissione Rordorf sia in linea con i vari Regolamenti e la raccomandazione 2014/135/Ue e che abbia recepito le indicazioni raccolte in sede di consultazione. Il nuovo impianto normativo poggia le sue basi sull'assunto che per aumentare le probabilità di risanamento delle imprese sia necessario intervenire anticipatamente, prevenendo la crisi attraverso strumenti idonei e conservandone il valore aziendale. Oltre alla previsione di un complesso di strumenti appositi, il mezzo tramite cui viene conservato il valore dell'impresa è la continuità aziendale, principio fondamentale che attraversa l'intero Codice e che pone le condizioni per una migliore soddisfazione dell'interesse creditorio, producendo effetti favorevoli anche per gli altri soggetti che prendono parte alla vita aziendale con conseguenze positive per l'intero sistema economico.

Appare chiaro come le maggiori aspettative del legislatore ricadranno sulle procedure di allerta e composizione assistita della crisi e sui risvolti che avranno i nuovi processi di cooperazione tra imprenditore e creditori, favoriti dai rinnovati strumenti dei piani di risanamento, degli accordi di ristrutturazione e da un concordato preventivo in *continuità*.

Nonostante il nuovo Codice, secondo gli addetti ai lavori, debba essere ancora limato, e possieda alcune imprecisioni che ne compromettono gli obiettivi³⁹⁰, ci si augura che, superata la prima applicazione³⁹¹, il nuovo testo normativo possa contribuire all'evoluzione di una cultura aziendale più forte all'interno delle imprese italiane con conseguenti benefici per l'economia nell'interesse del Paese, soprattutto a livello transfrontaliero.

³⁹⁰ Si veda come esempio, tra i tanti, la previsione di soglie per il mantenimento dei livelli occupazionali nel concordato in continuità indiretta che richiamano la dottrina aziendalistica e che potrebbero influenzare negativamente il risanamento di imprese che non riescono a rispettare tali soglie, ma hanno comunque buone possibilità di ripartire in bonis, le quali, invece, vedono come alternativa la liquidazione.

³⁹¹ Soprattutto in seguito a futuri chiarimenti e interpretazioni correttive della giurisprudenza e della prassi.

BIBLIOGRAFIA

AMADARDO M., *Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo basato sull'affitto d'azienda*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008.

AMBROSINI S., *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in Ambrosini S. – De Marchi P. G. – Vitiello M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009.

AMBROSINI S., *Le finalità del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

ARATO M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011.

ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962.

ASQUINI A., *Dal Codice di commercio del 1865 al Libro del lavoro del Codice civile del 1942*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967.

ASSONE B., *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, 2011.

AZZARO A. M., *La funzione del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 7, 2007.

BARTOLI B., *La riduzione o la perdita del capitale della società in crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

BARTOLI B., *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

BASSI M. C., *"Natura e procedimento della composizione assistita"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

BAVETTA G., voce *"Liquidazione coatta amministrativa"*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974.

BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. 2. Bilancio d'esercizio*, Torino, 2016, IV ed.

BONELLI G., *Del fallimento: commento al Codice di commercio*, III, Milano, 1923.

BOTTAI L. A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012.

BRESSANELLI G., RONCATO M. E., *L'influenza del diritto Ue nelle misure d'allerta*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

BURRONI D., *Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

CANDIAN A., *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1934.

CAPPALÀ F., *Razionalizzato il procedimento giudiziale di accesso ai diversi strumenti regolativi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

CECCHIELLA C., *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015.

CERAMI P., DI PORTO A., PETRUCCI A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Giappichelli Editore, 2004.

CHIARAVIGLIO L., GERINI L., SEVERGNINI O., *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1979, I.

CIARAMELLA G., *Crisi della società*, Roma, 2012.

CINCOTTI C., DESSALVI B., *La continuità aziendale e il suo venir meno*, in *IPSOA Quotidiano*, 08/06/2018.

CIRILLO B., POSTIGLIONE G., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, in *Manuale Pratico del curatore fallimentare*, Maggioli Editore, 2012.

CREACO F., *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015.

COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7*, Torino, 1994.

COLUSSI V., voce "Amministrazione controllata", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

CONCAS A., *La lex mercatoria, definizione e caratteri*, in <https://www.diritto.it/la-lex-mercatoria-definizione-e-caratteri/>.

CONCAS A., *Le procedure concorsuali in Italia e all'estero*, in <https://www.diritto.it/le-procedure-concorsuali-in-italia-e-all-estero/>.

COSTA C., MAGGIORE G.R., *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997.

CREACO F., *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015.

DANOVI A., *Il concordato preventivo prima del Codice, dati empirici*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo, 2019, 3.

DANOVI A., *Procedure di allerta e anticipata emersione della crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

DANOVI A., ACCIARO G., *Un Codice per restituire sistematicità alle norme sulla crisi d'impresa*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

DANOVI A., ACCIARO G., *Una nuova disciplina per un uso importante del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in "ilfallimentarista.it", 2013, 4.

DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, 2011.

DI SIMONE M.R., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino, 2007;

DISEGNI G., *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014.

FABIANI M., *Concordato preventivo*, in SCIALOJA – BRANCA – GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014.

FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011.

FABIANI M., FERRO M., *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004.

FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, 2014, II.

FIORAVANTI M., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942 - introduzione*, (a cura di) MORBIDELLI G., in *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014.

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, Documento del 15 ottobre 2015.

FOSCHI A., RANALLI R., *Un vero e proprio indifferibile cambiamento culturale*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

GALLINA R., *I principi generali del concordato liquidatorio*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, Marzo 2019, 3/7.

GIANI S., *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.

GIORGI V., *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Piccin, 2017.

GOZZI M., MICALE M. V., BARACCHI A., *Allerta e composizione, uno sguardo processuale d'insieme*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

GUALAZZINI U., PECORELLA C., *Fallimento (storia)*, XVI, Milano, 1967.

GUATRI L., *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, 1995.

GUIOTTO A., *Indicatori della crisi, gli elementi caratterizzanti*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

JORIO A. (diretto da), FABIANI M. (coordinato da), *Introduzione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006.

JORIO A., FORTUNATO S. (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I.

LANFRANCHI L., *Usò alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Rivista dir. civ.*, 1985.

LAZZARI M.S., VIROLI F., *Appunti storici sull'insolvenza ed i suoi effetti*, in *La rivista dei curatori fallimentari* <http://www.mauriziocalo.org/maurizio%20calo/?p=326>;

LIBONATI B., *La crisi d'impresa*, in Aa. Vv., *L'impresa*, Milano, 1964.

LO CASCIO G., *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012.

LUZZATO G., *Storia economica d'Italia-Il Medioevo*, Firenze, 1963.

MARTINO A. F., *La moratoria nel concordato in continuità*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

MONTI A., *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, 4.

NAPOLEONI V., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*, in *Nuove leggi civ.*, 1999.

NARDECCHIA G. B., *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in Ambriani, Ambrosini e altri, *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, supplemento a ItaliaOggi, gennaio 2019, Milano, 2019.

NATALONI D., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014.

NOCERA I., *Riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la tabella esplicativa con tutte le novità*, in *il Quotidiano Giuridico*, 28.11.2018.

PADOA SCHIOPPA A., *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in *Id.*, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 2011.

PADOA SCHIOPPA A., *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di Storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007.

PAIS A., *Le finalità del concordato con continuità aziendale*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

PAJARDI P., *Riflessioni ed appunti sul progetto di legge fallimentare dell'Ordine dei Dottori Commercialisti*, in *Mon. Trib.*, 1973.

PETROSILLO A., *Concordato in continuità, normativa a confronto*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, Marzo 2019, 3/7.

PETROSILLO A., BURRONI D., *Il coronavirus contagia l'economia: novità normative e riflessioni in tema di crisi di impresa*, in *Ilfallimentarista.it*, 2020.

PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, 2.

PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, III, Milano, 1955.

QUAGLI A., *Il percorso dell'allerta: l'approccio esterno e interno*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I.

RANALLI R., *"Fasi, organi, ruoli ed esiti della procedura d'allerta"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

RIESENFELD S. A., *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993.

RINALDI P., *Il concordato preventivo diventa lo snodo unitario per l'accertamento della crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

RINALDI P., *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

RINALDI F. P., SCUTIERO F., *I presupposti per l'accesso alla procedura*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

RIVA P., *"Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi"*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 2.

ROE M. J., *La public company e i suoi nemici. Determinanti politiche di governo di impresa*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004.

ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, Milano, 2015.

RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Le Società*, 2014.

ROSSI A., *La conservazione dell'impresa in crisi nell'evoluzione delle procedure concorsuali*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età moderna*, a cura di LEGNANI ANNICHINI A., SARTI N., 2011.

SALA M., *Nel piano di concordato modalità e tempi della proposta*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

SALA M., MASSOLI G., *Voto nel concordato preventivo, maggioranza e approvazione*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1989;

SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.

SCIUMÈ A., *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedura concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, 2014.

SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol 1, Torino, 2004, 1.

SEVERINI F., *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in *AA.VV, Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, Torino, 2006.

SOLDATI N., *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

SOLDATI N., *La missione della legge delega è un'impresa che può affrontare tempestivamente la crisi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

SOLDATI N., *Un intervento tempestivo per rendere residuale la liquidazione dell'impresa*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, febbraio 2019, 1.

SOLIDORO A., *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi*, in *Guida Normativa/Il Sole 24 Ore*, marzo 2019, 3.

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimento*, 2013, 10.

STANGHELLINI L., *La genesi e la logica della Legge Fallimentare del 1942*, MORBIDELLI G. (a cura di), in *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014.

TABB C. J., *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1991.

TARELLO G., *Sistemazione ed ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, in *Materiali per una storia di cultura giuridica*, II, Bologna, 1972.