CENTRO STUDI
Diritto della Crisi e dell'Insolvenza

DALLA CRISI ALL'EMERGENZA: STRUMENTI E PROPOSTE ANTI-COVID AL SERVIZIO DELLA CONTINUITÀ D'IMPRESA

Prefazione di *Paolo Trombini*
Introduzione di *Massimo Fabiani*
Riflessioni di: *Giuseppe Angiolillo*
Davide Bardini - Pierpaolo Barosi - Marco Bianchi
Matteo Binelli - Bruno Conca - Laura De Simone
Luca Gasparini - Stefania Grasselli - Salvo Leuzzi
Antonio Pezzano - Dino Piccagli
Massimiliano Ratti - Claudio Silocchi

ZUCCHETTI Software Giuridico
FALLCO

In copertina: La Cacciata dei Bonacolsi, dipinto a olio su tela di Domenico Morone, realizzato nel 1494 e conservato nel Palazzo Ducale di Mantova. Fu commissionato al pittore dal IV marchese di Mantova Francesco II Gonzaga

CENTRO STUDI

Diritto della Crisi e dell'Insolvenza

DALLA CRISI ALL'EMERGENZA: STRUMENTI E PROPOSTE ANTI-COVID AL SERVIZIO DELLA CONTINUITÀ D'IMPRESA

Prefazione di *Paolo Trombini*

Introduzione di *Massimo Fabiani*

Riflessioni di: *Giuseppe Angiolillo*

Davide Bardini - Pierpaolo Barosi - Marco Bianchi

Matteo Binelli - Bruno Conca - Laura De Simone

Luca Gasparini - Stefania Grasselli - Salvo Leuzzi

Antonio Pezzano - Dino Piccagli

Massimiliano Ratti - Claudio Silocchi

ZUCCHETTI Software Giuridico

FALLCO

Il **Centro Studi Diritto della Crisi e dell'Insolvenza** è un'associazione culturale, sorta il 6 febbraio 2018, senza scopo di lucro, che si propone di promuovere la conoscenza e l'applicazione degli strumenti giuridici ed economici nell'ambito della gestione e composizione della crisi e dell'insolvenza in genere e delle procedure esecutive, anche al fine di consentire l'interazione tra l'attività giudiziaria in detti settori ed i fenomeni economico – sociali ad essa correlati, nella prospettiva di una sempre maggior efficienza della giurisdizione e di una effettiva tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

Partecipano all'Associazione Avvocati, Dottori Commercialisti, Ragionieri, Notai e Magistrati con l'intento di promuovere e sostenere attività ed eventi formativi e divulgativi a beneficio sia dei propri associati e sia di tutti coloro che manifestino un interesse specifico in materia.

Copyright 2020 - Centro Studi Diritto della Crisi e dell'Insolvenza

Via Caduti del lavoro 1, 46100 Mantova (MN)
Email: info@dirittocrisi.it - centrostudicrisieinsolvenza@gmail.com

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.
L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relativi all'elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione degli schemi e della modulistica allegati.
L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti. L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Indice

Prefazione 1
di Paolo Trombini, a nome del Comitato scientifico del Centro Studi Crisi d'Impresa

Introduzione 3
di Massimo Fabiani

Gli interventi straordinari a sostegno della liquidità delle imprese 11
di Davide Bardini e Luca Gasparini

La moratoria dei debiti ex art. 56 d.l. 28/2020 27
di Matteo Binelli

Il downgrade del codice della crisi e il "nuovo" codice dell'emergenza: "vecchi" strumenti a supporto del concordato con riserva "di massa" 39
di Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti

I piani di risanamento attestati delle PMI per l'uscita dal lockdown 69
di Giuseppe Angiolillo

La nuova scommessa degli accordi di ristrutturazione 95
di Claudio Silocchi

Gli accordi ad efficacia estesa alla prova del COVID-19 109
di Laura De Simone

Normazione d'urgenza e concordati in bianco 129
di Stefania Grasselli

L'IMPATTO DELLA PANDEMIA SUI CONCORDATI PREVENTIVI OMOLOGATI IN CONTINUITÀ DIRETTA: L'INDAGINE, LE SOLUZIONI 147
di Salvo Leuzzi

FINANZIAMENTI ALL'IMPRESA IN CRISI E MORATORIA ANNUALE EX ART.186 BIS L.FALL.: UNA LETTURA PROSPETTICA 179
di Bruno Conca

LA TRANSAZIONE FISCALE D'EMERGENZA 193
di Dino Piccagli

LE IMPRESE MINORI: LE RINNOVATE OPPORTUNITÀ DELLA L. 27 GENNAIO 2012, N. 3 209
di Marco Bianchi

CONTRATTI PRIVATISTICI A SUPPORTO DI PIANI ATTESTATI E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE 223
di Pierpaolo Barosi

PREFAZIONE

di Paolo Trombini, a nome del Comitato scientifico del Centro Studi Crisi d'Impresa

CRISI (ant. criše) s. f., dal lat. crisis, gr. κρίσις «scelta, decisione, fase decisiva di una malattia», der. di κρίνω «distinguere, giudicare», è parola che, per un verso, incute timore, per altro verso, nella sua corretta accezione, ci dovrebbe stimolare e spronare. A maggior ragione da quando è comparso il deprecato Coronavirus.

Se il pieno significato del termine è libera scelta conseguente ad un giudizio razionale e ragionato sulle circostanze, oggi per il giurista è invece il momento di non indugiare in teoriche dissertazioni, ma di esaminare le varie problematiche conseguenti alla pandemia, non solo nella pur primaria ottica di tutela della salute, ma anche nella ottica non meno importante della difesa dalle correlazioni e complicanze sul piano economico, sociale e quindi giuridico, sostanziale e processuale, conseguenti alla congiuntura epidemica. Occorre intervenire a rimedio e sostegno.

Stranamente pare che anche il legislatore ne abbia avuto contezza, come dimostrano i ripetuti, non sempre coerenti e conseguenti, interventi che si sono succeduti in questi ultimi mesi in materia di procedure concorsuali.

In siffatta prospettiva, l'Associazione mantovana Centro Studi Diritto della Crisi e dell'Insolvenza, ha ritenuto oggi opportuno chiedere ad un gruppo scelto di operatori del settore, di predisporre, raccogliendoli in un testo agile, ma completo e di pronto consultazione, una raccolta di interventi specialistici che facciano chiarezza sulla normativa c.d. " d'emergenza " e sulle sue ricadute di sistema.

I contributi contengono una attenta lettura delle novità legislative e fanno luce sulla effettiva dimensione e sulle reali utilità ed efficacia delle nuove norme, con particolare riferimento all'asserito fine di aiutare il mondo delle imprese ad affrontare in tempi rapidi, la grave congiuntura economica conseguente al contagio da COVID-19.

Dobbiamo, infatti, cogliere l'opportunità, che proprio la crisi ci offre, di guardare più avanti, di proporre soluzioni per il futuro facendo così nostro l'insegnamento di un illustre scienziato:

"…La crisi può essere una vera benedizione per ogni persona e per ogni nazione, perché è proprio la crisi a portare progresso. La creatività nasce dall'angoscia, come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che nasce l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. (Albert Einstein)...".

L'Italia, così come è già stato nel passato, e come la storia anche recente ci insegna (vedi l'immediata, formidabile ripresa dal dopoguerra ed il cd. boom italiano) ha sempre saputo riemergere da ogni più sfavorevole congiuntura, trovando in essa spunto e occasione non solo per superare le immediate, complesse contingenze economico-sociali, ma anche e soprattutto per innovare e migliorare il contesto.

L'auspicio è che il lavoro di oggi sia un modesto, ma non irrilevante contributo, per ripensare in modo nuovo e aperto il sistema di domani.

INTRODUZIONE

di Massimo Fabiani

I saggi che compongono questo Volume e-book dal titolo "Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti- Covid al servizio della continuità d'impresa" hanno l'ambizione di offrire una prima lettura - al modo di singoli tasselli del mosaico rappresentato dalla legislazione dell'emergenza costituita dal susseguirsi di plurimi interventi a mezzo di decretazione d'urgenza (nessuno dei quali ha, ancora, superato il vaglio della conversione in legge) – di alcune disposizioni che direttamente o indirettamente si possono riflettere oggi e si rifletteranno domani e per un tempo non breve sulle crisi delle imprese. Crisi cagionate propriamente dal lockdown seguito all'emergenza, ovvero crisi che nel lockdown troveranno un infausto epilogo.

La lettura dei saggi che compongono il Volume e dei molti altri contributi che appaiono quotidianamente a ritmi serrati su una molteplicità di siti web (dalla più disparata affidabilità e autorevolezza, tant'è che anche nel microcosmo del diritto non latitano contributi omologhi a fake news) mostra un approccio tendenzialmente perplesso o critico, mentre appaiono marginali gli articoli di sostegno alle misure adottate.

La pubblicazione online di questi contributi ha una sua ragion d'essere precipua: il susseguirsi settimanalmente di decreti-legge (in disparte la normazione a mezzo dei DPCM) impedisce quasi sempre riflessioni approfondite e mette in campo, prima di tutto, il bisogno di capire cosa sta succedendo.

Ma se ciascun saggio merita di essere valutato nell'emergenza, parimenti a me pare che un eccesso di critiche risulti, forse appropriato, ma al contempo ingeneroso. Certo, l'impressione che traspare è che le soluzioni siano state assai poco condivise mentre un confronto con le più esperienze avrebbe potuto evitare la formazione di regole che rischiano, nella partica, di divenire inattuali. In tal senso, le osservazioni che seguono nei saggi che partecipano al Volume auspicabilmente dovrebbero essere intesi a cogliere quei profili di criticità che potrebbero essere raccolti nel più disteso (ma comunque breve) tempo che trascorre dalla pubblicazione in Gazzetta uffi-

ciale del decreto-legge alla sua conversione in legge.

Di fronte ad mutamento radicale delle prospettive del mercato globale da qui ad alcuni anni, in parallelo alle misure di contenimento dell'epidemia pandemica, molti Paesi europei (unionali e non) hanno presentato un canestro di misure. Nel nostro Paese ai primi interventi strettamente emergenziali, come talune moratorie sui pagamenti e, per quanto interessa al comparto-Giustizia, alla sospensione, invero paralizzante della giurisdizione, non poteva mancare, in un intervento successivo, più strutturato, che accanto alla previsione di immissione di risorse finanziarie garantite dallo Stato, ma non secondo l'opzione del c.d. "Helicopter money" (M. Friedman, The Optimum Quantity of Money, 1969), un grappolo di norme relative alla gestione delle crisi (microeconomiche), in senso tecnico, delle imprese; sia per quelle che la crisi l'avevano già intercettata, sia per quelle che l'avrebbero subita per effetto dell'emergenza.

Esisteva, dunque, un tessuto sul quale disegnare le trame delle scelte domestiche, scelte che, nel comparto del diritto della crisi/insolvenza, si possono distinguere in due macro-aree: (i) le scelte sulla struttura finanziaria delle società (art. 6, 7 e 8); (ii) le scelte sui procedimenti concorsuali (art. 5, 9 e 10). Tutte le disposizioni vanno ricondotte ad una matrice comune, rappresentata dalla temporaneità dell'ambito di applicazione.

Queste due macro-aree, però, presuppongono il sostegno finanziario, sebbene, come detto, sotto forma di prestiti (per vero da rimborsare in un tempo non lungo, sei anni). Il pacchetto di disposizioni che vengono indagate nei contributi che seguono è, dunque, più ampio perché include l'esame dell'accesso al credito, delle moratorie sui pagamenti, delle deroghe fiscali.

Gli interventi sinora attuati, ma di certo provvisori perché molte altre iniziative sono in cantiere, mostrano un impatto attento all'estrema emergenza; si potrebbe definirli interventi da terapia intensiva per i quali si tratta di "Ha da passà 'a nuttata" (estratto da Napoli Milionaria). È chiaro, però, che pur nella emergenza, non si può fare a meno di avere una visione di sistema e, soprattutto, una visione prospettica e periferica: bisogna riattivare, al modo della medicina di territorio, i presìdi che consentano da un lato di offrire ossigeno alle imprese, ma dall'altro lato riconvertano le imprese non salvabili ad un mercato delle crisi che non immobilizzi ricchezze.

Le lettura dei contributi che compongono il Volume mostra, all'evidenza, ricette molto diversificate e non potrebbe che essere così per-

ché l'oscurità dello scenario non permette scelte sicure e performanti. Come sta accadendo nel mondo sanitario là dove ciascun esperto porta nel dibattito la sua ricetta, così pure nell'affrontare la gestione della crisi delle imprese, le soluzioni offerte sono le più variegate, talora davvero eccentriche e finanche bizzarre.

Tuttavia, non sono queste distanze a preoccupare ma l'impressione che continui a mancare il dialogo fra diritto ed economia.

Dalle riforme della legge fallimentare degli anni 2005 e successivi si è creata una frattura fra il mondo dell'economia e il mondo del diritto. L'economia teme l'invasione del diritto e il diritto teme la deriva verso l'illegalità. Questa frattura ha determinato, pervasivamente, un andamento sinusoidale della legislazione sulla crisi d'impresa, con un altalenante sequenza di aperture e restrizioni.

Questo modus operandi cela, perché il più delle volte i veri conflitti non vengono disvelati, una diffidenza di fondo fra i custodi della legalità e gli attori economici sulla base di una visione miope perché il presidio della legalità è al contempo pre-condizione per il mercato ma anche la difesa di una debolezza del Paese.

La debolezza del Paese è facilmente riscontrabile nell'eccesso di regole, come si è puntualmente verificato nella legislazione dell'emergenza (v. G.A. Stella, www.corriere.it). Certe scelte di sistema non si compiono perché si ha timore della deriva illegale e della criminalità organizzata, ma uno Stato non deve avere paura della criminalità, non si deve difendere ma deve combatterla con grande forza senza, però, fermare il Paese per il timore della aggressione criminale. Queste notazioni giungono subito dopo le declamazioni giornalistiche (e forse non solo giornalistiche) sui movimenti delle mafie.

Si vuole irreggimentare l'afflusso di risorse per la paura che queste vengano distorte dal loro fine. La legislazione della crisi ne è un esempio.

La soluzione di differire l'entrata in vigore del codice della crisi (da molti auspicata) è stata autorevolmente criticata come una rinuncia dello Stato ad un modello nuovo. In verità, il nuovo modello e cioè l'allerta, frutto di una scommessa, era già stato rinviato, talché l'ordinamento concorsuale nuovo sarebbe entrato in vigore senza il decisivo puntello dell'allerta. Ci pare che la scelta di un rinvio sia più che saggia e che, al contempo, non debba intercettare prese di posizioni ideologiche (codice/sì, codice/no).

Si opina che, invece, la situazione di emergenza avrebbe addirittura giu-

stificato una anticipazione delle misure di allerta, una soluzione irrealizzabile per la mancanza della struttura portante di quegli strumenti.

Tra il rinvio e l'anticipazione, nel mezzo troviamo gli istituti attuali, in particolare gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento strumenti che potrebbero prendere una inclinazione diversa e più coerente con l'emergenza; presuppongono una condivisione di fondo con gli intermediari finanziari e se le indicazioni che provengono da Banca d'Italia e A.B.I. hanno un peso, non si può escluderne una loro virtuosa applicazione.

Alcune aporie, però, vanno smaltite; a conferma di una visione ideologica delle regole, appare stridente negare all'imprenditore il "diritto" di fallire e consentire che il fallimento sia dichiarato solo ad iniziativa del pubblico ministero, tanto che all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 23, taluno ha adombrato l'escamotage di chiedere comunque il fallimento per innescare il circuito della segnalazione dal tribunale al pubblico ministero. Ci pare un espediente che dimostra il paradosso.

In questa precisa cornice e cioè quella di mettere in campo misure altre che siano, davvero, un sostegno alle imprese, e che ambiscano ad essere sistemiche, pur nella provvisorietà, mi pare che: (i) si debbano indagare le esigenze finanziarie delle imprese in difficoltà, con formulazione di ipotesi e di soluzioni avverse; (ii) si debba prefigurare l'erogazione di un credito responsabile, assicurare la gestione corrente e le protezioni per il sistema e la proporzione dell'intervento; (iii) si debba evitare di portare le imprese in difficoltà da lockdown necessariamente all'interno di un canale concorsualizzante, potendosi preferire uno snello micro-procedimento che impedisca ai creditori iniziative esecutive (individuali e collettive) per un breve periodo, ma al quale non corrisponda affatto il divieto di pagamenti da parte del debitore e ciò allo scopo di non paralizzare il circuito del credito finanziario e commerciale.

Come è stato segnalato in uno dei contributi, non potendoci fare illusioni che le risorse possano essere destinate a tutti, bisognerà avere il coraggio – ma solo lo Stato lo può imporre come garante della solidarietà – di operare delle selezioni e premiare dapprima tutti coloro che si sono trovati in difficoltà incolpevole (una nozione, è stato più volte ricordato in un altro dei saggi a seguire, del tutto nuova nel panorama della concorsualità), per poi passare alle imprese già in difficoltà ma oggettivamente risanabili anche grazie agli aiuti sovvenzionati dallo Stato, per poi a cascata gestire in modo socialmente accettabile i dissesti di imprese non risanabili.

Oggi l'orizzonte è distante e presenta una curvatura buia, ma esistono anche i presupposti per re-eticizzare il ruolo dell'impresa.

GLI INTERVENTI STRAORDINARI A SOSTEGNO DELLA LIQUIDITÀ DELLE IMPRESE

di Davide Bardini e Luca Gasparini – Dottori commercialisti e revisori legali

Sommario: **1.** Premesse – 2. Quadro normativo – 3. Osservazioni.

1. Premesse

Nell'ambito degli interventi legislativi messi a punto dal Governo per contrastare gli effetti dell'emergenza sanitaria COVID-19 assumono particolare rilevanza le disposizioni relative alla concessione di garanzie pubbliche in favore di banche e istituzioni finanziarie a supporto dei finanziamenti erogati alle imprese, ai lavoratori autonomi e liberi professionisti titolari di partita IVA.

Le disposizioni cruciali destinate a supportare il trasferimento di risorse finanziarie in favore degli operatori economici, con l'intento di temperare gli effetti di una potenziale grave crisi di liquidità, si rinvengono agli articoli 1 e 13 del Decreto-Legge 8 aprile 2020, n. 23.

In linea generale le misure del Governo a supporto del fabbisogno liquidità delle imprese italiane si innestano in un più ampio quadro derogatorio temporaneo in materia di aiuti di Stato definito dalla Commissione Europea nel *State Aid Temporary Framework*[1] e caratterizzato da cinque fonda-

[1] Gli attuali orientamenti dell'Unione Europea, in considerazione degli effetti dell'emergenza in corso, consentono un più ampio intervento da parte degli Stati membri al fine di salvaguardare le imprese da una potenziale e grave crisi di liquidità. In particolare, il 19 marzo 2020 la Commissione europea ha adottato la Comunicazione COM (2020) 1863 "*Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*", poi emendato il 3 aprile 2020: un quadro temporaneo per consentire agli Stati membri di adottare misure di aiuto all'economia nel →

mentali direttrici di azione: sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti; garanzie di Stato per prestiti bancari contratti dalle imprese; prestiti pubblici agevolati alle imprese; garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale; assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

Obiettivo immediato delle azioni, nel loro complesso, è quello di consentire agli Stati membri di trasferire a tutti i tipi di imprese la liquidità necessaria a preservare la continuità dell'attività economica, durante e dopo l'epidemia di COVID-19, mitigandone gli effetti negativi.

Il recepimento da parte dell'Italia del nuovo regime degli aiuti europei è avvenuto tramite il Decreto Legge 8 aprile 2020 n. 23 recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e di lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali".

Con comunicato stampa del 14 aprile 2020 la Commissione europea ha comunicato di aver approvato lo schema di garanzie a supporto delle imprese italiane in relazione all'emergenza coronavirus rendendo quindi pienamente operative le previsioni derogatorie contenute nel decreto 23/2020.

Nell'ottica di questo *paper*, due sono gli strumenti di intervento identificati dal Governo per il supporto alle imprese con la messa a disposizione di 400 miliardi di euro di garanzie: da una parte SACE Spa (il cui ambito di intervento è definito all'art. 1 del Decreto Liquidità), realtà consolidata nel settore finanziario-assicurativo attiva nel credito all'esportazione, nelle cauzioni e nel factoring, nell'assicurazione del credito, nelle garanzie finanziarie destinata ad intervenire in favore delle grandi imprese ma anche in favore delle PMI che abbiano esaurito il *plafond* del Fondo centrale; dall'altra il Fondo centrale PMI (il cui ambito di intervento è definito all'art. 13), realtà altrettanto consolidata nell'ambito della concessione di garanzie in favore di

contesto della pandemia di COVID-19, in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato.

Il *Temporary Framework* ed Emendamento sono rinvenibili ai seguenti link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_496

imprese Micro, Piccole o di Medie dimensioni (PMI) e di professionisti (dal 2016 in grado di supportare anche le MidCap, fino a 499 dipendenti)[2].

2. Quadro normativo

Rileva innanzitutto l'art. 1 D.L. 8 aprile 2020, n. 23.

L'operatività di SACE a sostegno del sistema delle imprese prevede - in via temporanea ed emergenziale, sino al 31/12/2020 - il rilascio di garanzie (contro-garantite dallo Stato) in favore di banche e istituzioni finanziarie per finanziamenti erogati sotto qualsiasi forma, nel rispetto della disciplina derogatoria EU in tema di aiuti di Stato, fino ad un complessivo importo di 200 miliardi di euro, di cui almeno 30 miliardi da destinare alle PMI, inclusi lavoratori autonomi e liberi professionisti che, come anticipato, abbiano esaurito la propria massima capacità di accesso al Fondo centrale di Garanzia.

Le condizioni di rilascio della garanzia SACE, a prima richiesta esplicita e irrevocabile, sono le seguenti:

- ai sensi del comma 1 l'impresa, con sede in Italia, deve essere annoverata tra quelle "colpite dall'epidemia COVID-19";
- l'impresa beneficiaria non deve rientrare nella categoria delle imprese in difficoltà[3] ai sensi dei vigenti Regolamenti UE;

---

[2] La definizione di Micro, Piccola e Media impresa (PMI) è stata fornita dall'UE con la Raccomandazione n. 2003/361/CE, recepita dall'Italia con il Decreto Ministeriale 18 aprile 2005. A tal fine è Media impresa quella con numero di dipendenti inferiore a 250, fatturato annuo non superiore a 50 milioni di Euro o il totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale non superiore a 43 milioni di Euro; è Piccola impresa quella con numero di dipendenti inferiore a 50, fatturato annuo o totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale annuo non superiori a 10 milioni di Euro; è Micro impresa quella con numero di dipendenti inferiore a 10, fatturato annuo o totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale annuo non superiore a 2 milioni di Euro. Le MidCap (definizione comunitaria, non riferibile ai limiti della capitalizzazione di borsa) caratterizzate da un numero di dipendenti fino a 3000 sono incluse nel perimetro degli interventi del Fondo Centrale per la stratificazione più bassa, da 250 a 499 dipendenti, definita più propriamente "Small MidCap".

[3] Ai sensi del paragrafo 2.2. del documento "Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio →

- alla data del 29 febbraio 2020 l'impresa beneficiaria non deve avere esposizioni deteriorate ai sensi della vigente classificazione della Banca d'Italia[4];
- la durata del finanziamento garantito non deve eccedere i 6 anni, con possibilità di avvalersi di un preammortamento di durata fino a 24 mesi (12, 18, 24 mesi le durate dei preammortamenti ammessi);
- l'importo garantito non deve essere superiore al maggiore tra:

⇒ il 25% del fatturato annuo conseguito in Italia nel corso del 2019 e

⇒ il doppio dei costi del personale sostenuti in Italia relativi al 2019, così come risultanti dal bilancio, se approvato, ovvero dalla dichiarazione fiscale, ovvero (per i costi del personale) da idonea docu-

---

e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficolta̓" pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 31/7/14, sono imprese in difficoltà quelle per le quali sussiste almeno una delle seguenti circostanze: a) nel caso di società a responsabilità limitata, qualora abbia perso più della meta̓ del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate; b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società, qualora abbia perso più della meta̓ dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, a causa di perdite cumulate; c) qualora l'impresa sia oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori; d) nel caso di un'impresa diversa da una PMI, qualora, negli ultimi due anni: i) il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell'impresa sia stato superiore a 7,5; ii) il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0.

[4] Il riferimento è alla Circolare n. 272 30/7/2008 e successivi aggiornamenti, il 12° dei quali risalente al 17/9/2019. Le esposizioni creditizie deteriorate si distinguono in i) "sofferenze" quanto vantate nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente); ii) "inadempienze probabili" ("Unlikely To Pay") derivanti da un giudizio della banca circa la improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione di garanzie, il debitore adempia integralmente alle proprie obbligazioni; iii) "esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate" rappresentate dalle esposizioni creditizie per cassa, diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili che, alla data di riferimento della segnalazione, sono scadute o sconfinanti.

mentazione e relativa attestazione del legale rappresentante; qualora l'impresa abbia iniziato la propria attività successivamente al 31/12/2018, si fa riferimento ai costi del personale attesi per i primi due anni di attività, come documentato e attestato dal legale rappresentante dell'impresa;

- sussistenza di impegno esplicito dell'impresa beneficiaria, nonché di ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo, a non approvare la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni/quote proprie nel corso del 2020 e di gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali;
- sussistenza relativa attestazione del legale rappresentante a destinare il finanziamento alla copertura di costi del personale, investimenti o esigenze di capitale circolante in relazione a attività/stabilimenti ubicati in Italia;
- la garanzia concessa (a prima richiesta, esplicita e irrevocabile) è onerosa e le commissioni annuali dovute dall'impresa sono determinate in funzione delle dimensioni della medesima: nel corso dei sei anni di durata massima del finanziamento garantito è prevista una crescita delle commissioni, distribuita sulle annualità del finanziamento, che varia da 25 a 100 punti base per le PMI e da 50 a 200 punti base per le altre imprese.

La copertura della garanzia si estende:

- al 90% dei finanziamenti destinati a imprese con meno di 5mila dipendenti in Italia e fatturato non superiore a 1,5 miliardi;
- all'80% dei finanziamenti destinati a imprese con più di 5mila dipendenti in Italia e fatturato compresso tra 1,5 e 5 miliardi;
- al 70% per imprese con fatturato superiore a 5 miliardi,

con la precisazione che ai fini della determinazione del limite d'importo garantito si deve fare riferimento, come anticipato, al valore del fatturato conseguito in Italia e all'importo dei costi del personale sostenuti in Italia, anche su base consolidata quando l'impresa faccia parte di un gruppo, con obbligo posto a carico della medesima di comunicare tali dati all'istituto finanziatore.

Da ultimo l'istituto finanziatore deve poter dimostrare, ai fini del riconoscimento della garanzia statale, la qualità di "nuovo finanziamento" della agevolazione concessa e cioè che, in esito alla delibera, l'ammontare complessivo delle esposizioni nei confronti del soggetto beneficiario risulti su-

periore alle medesime esposizioni esistenti alla data di entrata in vigore del decreto, applicandosi, nel test di verifica, tutte le correzioni connesse alle eventuali riduzioni intervenute tra le due date in conseguenza del regolamento contrattuale stabilito tra le parti prima dell'entrata in vigore del decreto: ciò per neutralizzare l'eventualità che a seguito del regolare adempimento da parte del debitore dei propri impegni restitutori la riduzione delle esposizioni sia tale da non consentire il superamento della descritta condizione necessaria di erogazione.

Procedure di richiesta e di rilascio della garanzia SACE

Ai commi 6 e 7 dell'articolo in commento sono descritte, rispettivamente, le procedure di accesso alla garanzia SACE per le imprese di "prima fascia" e cioè con un numero di dipendenti inferiori a 5000 e un fatturato 2019 inferiore a 1,5 miliardi di euro e per le "altre imprese" con dipendenti e fatturato superiori ai limiti sopra indicati.

La procedura[5] semplificata di cui al comma 6 prevede quindi, schematicamente, *i)* l'acquisizione da parte dell'istituto finanziatore della domanda di finanziamento da parte dell'impresa, *ii)* la positiva delibera di erogazione del finanziamento da parte del soggetto finanziatore, anche nella forma di prestiti coordinati con altri istituti e la conseguente trasmissione della delibera a SACE e la successiva trasmissione a SACE da parte dell'istituto della richiesta di emissione della garanzia; *iii)* la verifica da parte di SACE dell'esito del processo valutativo e il conseguente accoglimento della richiesta cui potrà seguire materiale erogazione del finanziamento da parte dell'istituto.

[5] Sotto il profilo strettamente operativo SACE ha fissato (vedi www.sacesimest.it) i quattro step essenziali ai fini di poter accedere alla "Garanzia Italia": 1. l'impresa richiede alla banca (o altro soggetto abilitato all'esercizio del credito) di sua fiducia un finanziamento con garanzia dello Stato; 2. il soggetto finanziatore verifica i criteri di eleggibilità, effettua istruttoria creditizia e, in caso di esito positivo del processo di delibera, inserisce la richiesta di garanzia nel portale online di SACE; 3. SACE processa la richiesta e, riscontrato l'esito positivo del processo di delibera, le assegna un Codice Unico Identificativo (CUI) ed emette la garanzia, contro-garantita dallo Stato; 4. il soggetto finanziatore eroga al richiedente il finanziamento richiesto con la garanzia di SACE.

La procedura di cui al comma 7 introduce un'ulteriore istruttoria, elaborata da SACE e da questa trasmessa al Ministro dell'Economia e delle Finanze alla cui approvazione, sentito il Ministro dello sviluppo economico, è subordinata l'effettiva concessione della garanzia statale tenuto conto delle specifiche connotazioni dell'attività svolta dall'impresa richiedente.
Con comunicato stampa del 15 aprile 2020 SACE ha dichiarato di aver inviato alle banche il disciplinare tecnico contenente la descrizione del processo di richiesta della garanzia e tutte le informazioni utili ai professionisti coinvolti e agli istituti di credito nella gestione delle richieste, dalla prima domanda sino all'emissione effettiva del finanziamento garantito.
Viene, poi, in evidenza l'art. 13 del medesimo D.L. 8 aprile 2020, n. 23.
L'art. 13 abroga e sostituisce l'art. 49 del DL 17/3/20 n. 18 e amplia la portata delle originarie disposizioni prevedendo, tra l'altro, l'estensione dei benefici della concessione della garanzia da parte del Fondo centrale PMI alle imprese fino a 499 dipendenti (MidCap) (v. nota 2), l'ampliamento della medesima garanzia fino a 5 milioni di euro per singola impresa e l'innalzamento delle relative percentuali di copertura, previa autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'articolo 108 del TFUE (pervenuta in data 14 aprile 2020).
Le "condizioni generali" delle erogazioni e di rilascio della garanzia sono definite alle lettere da a) ad h) dell'art. 13; ai successivi punti i), l), m), n) sono trattate alcune misure rafforzate - o procedimenti semplificati - applicabili a determinate imprese: alla lettera m) si tratta dei finanziamenti erogabili a PMI e persone fisiche esercenti attività d'impresa, arti e professioni per importi non superiori al 25% dell'ammontare dei ricavi del soggetto beneficiario e comunque non superiori ad euro 25.000; alla lettera n) si tratta dei finanziamenti erogabili alle altre imprese nella percentuale massima del 25% dei ricavi sino alla soglia massima degli stessi di euro 3.200.000, con conseguenti erogazioni massime di euro 800.000;
Le "condizioni generali" di rilascio della garanzia del Fondo PMI sono le seguenti:

- la garanzia è concessa a titolo gratuito;
- sono ammesse al beneficio le imprese con un numero di dipendenti non superiore a 499 e l'importo massimo garantito per singola impresa è elevato a 5 milioni di euro (da 2,5 milioni di euro in disciplina ordinaria);
- la durata del finanziamento garantito non può essere superiore a 6

anni (72 mesi);

- l'importo del finanziamento non può eccedere, alternativamente:

⇒ il doppio della spesa salariale annua del beneficiario (compresi gli oneri sociali e il costo del personale che lavora nel sito dell'impresa ma che figura formalmente nel libro paga dei subcontraenti) per il 2019 o per l'ultimo anno disponibile. Per le imprese costituite dal 1° gennaio 2019, l'importo massimo non può superare i costi salariali previsti per i primi due anni di attività;

⇒ il 25% del fatturato del 2019;

⇒ il fabbisogno - da attestare con autocertificazione - per costi del capitale di esercizio e per costi di investimento nei successivi 18 mesi, nel caso di piccole e medie imprese, e nei successivi 12 mesi, nel caso di imprese con numero di dipendenti non superiore a 499;

- l'importo della garanzia prestata dal Fondo centrale PMI, in via diretta, è pari al 90%; in via di riassicurazione la garanzia può incrementarsi al 100% dell'importo finanziato in presenza di Confidi o di altro fondo di garanzia e a condizione che le garanzia da questi rilasciate non prevedano il pagamento di un premio per il rischio assunto; il raggiungimento di entrambe le percentuali di assicurazione o riassicurazione è condizionato all'ottenimento dell'autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108 del TFUE, in assenza della quale le percentuali si assestano rispettivamente all'80% e al 90%;
- ai sensi della lettera g) dell'articolo in commento la concessione della garanzia (non la concessione del finanziamento) non è soggetta ad alcuna valutazione del merito creditizio del beneficiario; la compilazione del "modulo economico-finanziario" del più ampio modello di valutazione previsto dal Fondo (modulo economico-finanziario che normalmente fornisce una misura predittiva del profilo di rischio patrimoniale, economico e finanziario) è quindi in funzione della sola definizione delle misure di accantonamento che il Fondo dovrà attivare in relazione allo specifico coefficiente di rischio dell'impresa, e non impatterà sulla concessione della garanzia.; è quindi esclusa l'analisi dei dati destinati ad alimentare il "modulo andamentale", finalizzato a fornire una misura predittiva del profilo di rischio di credito, approfondendo la dinamica dei rapporti intrattenuti con le istituzioni finanziarie a livello di siste-

ma.

Alla lettera g) dell'articolo 13 in commento si conferma inoltre l'applicabilità dello specifico regime agevolativo anche al ricorrere delle seguenti circostanze:

- si prevede la concessione della garanzia anche in favore di beneficiari finali che, alla data di richiesta, presentino esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate - solo successivamente al 31 gennaio 2020 - come "inadempienze probabili" o "scadute o sconfinanti deteriorate" ai sensi delle vigenti classificazioni di Banca d'Italia;
- si includono nel novero dei soggetti agevolabili anche le imprese che - dopo il 31 dicembre 2019 - siano state ammesse alle procedure di concordato preventivo in continuità ai sensi dell'art. 186 bis L. Fall., o abbiano presentato un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. Fall., o abbiano presentato un piano attestato ai sensi dell'art. 67 L. Fall., a condizione che:

⇒ alla data di entrata in vigore del decreto (9 aprile 2020) tali imprese non presentino una situazione che determinerebbe la classificazione delle loro esposizioni come deteriorate;

⇒ non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione della banca;

⇒ sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore si possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza.

In entrambi i casi è esplicitamente esclusa l'applicazione delle agevolazioni alle imprese che presentino esposizioni classificate come "sofferenze" ai sensi della disciplina bancaria.

Si prevede inoltre alla lettera e) la possibilità di accesso alla garanzia del Fondo (con copertura dell'80% in garanzia diretta e al 90% in riassicurazione) per operazioni di rinegoziazione di finanziamenti esistenti, a condizione che sia prevista la contestuale erogazione di credito aggiuntivo al soggetto beneficiario pari ad almeno il 10% dell'importo del debito rinegoziato.

Disposizioni di rafforzamento

Nel quadro generale come sopra descritto si innestano "fattispecie rafforzate" per le quali la concessione della garanzia avviene nel rispetto dei seguenti criteri:

- finanziamenti di cui all'art. 13 comma 1 lettera m). Si tratta dei fi-

nanziamenti di importo massimo di euro 25.000 erogabili alle imprese nel limite del 25% dell'ammontare dei ricavi del soggetto beneficiario:

⇒ l'importo della garanzia prestata dal Fondo centrale PMI, sia in via diretta che con riassicurazione è pari al 100% dell'importo finanziato;

⇒ la durata del finanziamento si estende al massimo a 6 anni (72 mesi) con previsione esplicita di un periodo di preammortamento di 24 mesi;

⇒ l'erogazione e la concessione della garanzia è gratuita e, coerentemente con le "condizioni generali", non è soggetta ad alcuna valutazione del beneficiario; l'intervento del Fondo è automatico: il soggetto finanziatore eroga quindi il finanziamento svolgendo, in via preliminare, una esclusiva verifica formale "senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del gestore del Fondo medesimo".

- finanziamenti di cui all'art. 13 comma 1 lettera n). Si tratta dei finanziamenti di importo massimo di euro 800.000 erogabili alle imprese nel limite del 25% dell'ammontare dei ricavi del soggetto beneficiario (con ricavi massimi conseguentemente pari a 3.200.000 euro):

⇒ l'importo della garanzia prestata in via diretta senza alcuna valutazione da parte del Fondo centrale PMI (ancorché non in via automatica come nel caso della lettera m) è pari al 90% dell'importo finanziato con possibilità di estensione al 100% in presenza di un'ulteriore garanzia rilasciata da Confidi o da altri soggetti abilitati;

⇒ la durata del finanziamento si estende al massimo a 6 anni (72 mesi);

Entrambe le "fattispecie rafforzate" sopra descritte condividono le seguenti peculiarità:

- il finanziamento è parametrato al solo "ammontare dei ricavi", senza che assumano rilevanza gli ulteriori parametri delle "condizioni generali" di cui alla lettera c) numeri 1 e 3, certamente applicabili per le erogazioni in favore di imprese con ricavi 2019 superiori a 3.200.000 euro;
- il finanziamento deve essere connotato come "nuovo", secondo i criteri già esplicitati nel contesto dell'art. 1 lettera m), ma con

l'integrazione dell'ulteriore ipotesi di rettifica per effetto di riduzioni delle esposizioni avvenute per "decisione autonoma del soggetto finanziato"; la "novità" del finanziamento appare come condizione aggiuntiva rispetto a quanto disposto in relazione alle "condizioni generali";

- l'impresa deve essere "danneggiata dall'emergenza COVID come da dichiarazione autocertificata", requisito che non si rinviene nelle "condizioni generali". In assenza di criteri indicati dal legislatore, si osserva come l'autocertificazione sia suscettibile di presentare notevoli margini di discrezionalità, con possibili profili penali da valutare prudentemente.

3. Osservazioni

L'art. 1 comma 1 quantifica l'impegno assunto da SACE in complessivi 200 miliardi di euro, di cui 30 miliardi destinati alle PMI "*che abbiano pienamente utilizzato la loro capacità di accesso al Fondo*"; il tenore letterale della norma parrebbe quindi consentire l'accesso alla garanzia di SACE anche da parte di quelle imprese che abbiano già avuto accesso alle garanzie del Fondo centrale e non solo a quelle che non abbiano trovato originaria e naturale capienza nel medesimo. L'art. 1 e l'art. 13 rappresentano quindi canali alternativi o integrativi?

In ordine al concetto di "nuovo finanziamento" introdotto alla lettera m) dell'art. 1 e ripreso alle lettere m) ed n) dell'art. 13 (con riferimento alle "fattispecie rafforzate") si osserva che, in esito ad una lettura strettamente letterale, l'erogazione di nuova finanza garantita potrebbe essere anche solo parzialmente destinata al consolido di esposizioni preesistenti e per la differenza andare ad incrementare l'esposizione complessiva del beneficiario. Potrebbe infatti risultare genericamente rispettata la condizione di "nuovo finanziamento" così come esposta nel decreto, anche quando il differenziale tra le nuove e le preesistenti esposizioni sia inferiore all'ammontare del nuovo finanziamento erogato.

Tuttavia tenendo in conto che all'ipotesi del consolidamento/rinegoziazione è espressamente dedicata la lettera e) dell'art.13 (ove è fissata la condizione dell'erogazione di un credito aggiuntivo in misura pari ad almeno il 10% dell'importo del debito in essere) è coerente ipotizzare che la

condizione di "nuovo finanziamento" richiamata alle lettere m) dell'art. 1 e m) ed n) dell'art. 13 ricorra nel momento in cui la differenza tra le nuove e le preesistenti esposizioni sia almeno pari all'importo del finanziamento garantito, tenendo conto delle correzioni indicate dalla norma.

L'assenza, nelle "condizioni generali" di cui all'art. 13, di ogni riferimento esplicito al danneggiamento da emergenza COVID (condizione presente invece per l'applicabilità dei benefici di cui all'art. 1 e per i benefici di cui alle "fattispecie rafforzate" delle lettere m) e n) dell'art.13) sembrerebbe condurre alla lettura che la concessione di tali prime misure sia svincolata dalla rilevazione di un fabbisogno finanziario causato dall'emergenza sanitaria. In quest'ottica si potrebbe ritenere che alla "deroga alla vigente disciplina del Fondo" richiamata nell'*incipit* dell'art.13 debba riconoscersi una portata circoscritta alle tipologie di finanziamento descritte nel Decreto in commento, mantenendosi quindi inalterata la parallela operatività del fondo secondo le regole ordinarie?

Se è ragionevole ipotizzare l'adesione pressoché automatica delle banche alle richieste dei finanziamenti garantiti al 100%, appare evidente il crescente spazio di discrezionalità degli istituti in presenza di garanzie decrescenti: dal 90% dei prestiti per le imprese con fatturato tra 25.000 e 3.200.000 euro (in assenza di co-garanzia Confidi) e delle imprese con fatturati superiori a tale ultimo limite, sino a giungere alle casistiche con garanzie al 90%, 80%, 70% previste all'art. 1. Anche da qui sorgono i timori delle PMI che l'istruttoria possa presentare incertezze e tempistiche di erogazione non conformi all'urgenza e alle necessità del periodo.

Vale infatti rammentare che le imprese beneficiarie delle garanzia del Fondo devono comunque essere valutate economicamente dall'istituto finanziatore ed essere finanziariamente sane. Le relazioni istruttorie che svolgeranno gli istituti dovranno in ogni caso tenere in considerazione un set minimale di informazioni, tra cui *i)* l'acquisizione e l'analisi di informazioni da fonti esterne (CR, CRIF, protesti e pregiudizievoli, altre banche dati); *ii)* la valutazione della situazione economico finanziaria del cliente fondata su dati di bilancio per quanto possibile aggiornati; *iii)* la finalità e sostenibilità dell'operazione.

Sotto il profilo programmatico le linee di intervento concordate dagli istituti finanziatori con la clientela dovranno essenzialmente mirare a fornire alle imprese la provvista necessaria per far fronte ai costi di funzionamento o a realizzare verificabili piani di ristrutturazione industriale e pro-

duttiva, mantenendosi peraltro invariate le regole ordinarie in tema di adeguata verifica e acquisizione del modello antiriciclaggio.

Le previsioni normative del Decreto Liquidità fanno seguito alle disposizioni del Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18 che, nell'ambito del Titolo III "Misure di sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario", annovera l'art. 56 "Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19", recante forme di moratoria sui prestiti e sulle linee di credito, previa autocertificazione dell'impresa che attesti di aver subito in via temporanea carenze di liquidità causa COVID-19. In precedenza, si era registrato l'accordo tra ABI e le rappresentanze di impresa per una moratoria, di fatto assorbita dal DL 18/2020.

Tali decretazioni hanno chiaramente privilegiato la necessità di fronteggiare con la massima urgenza l'emergenza finanziaria immediatamente manifestatasi già ai primi cenni dell'emergenza epidemiologica e, in poche settimane, la produzione normativa in tema di sostegno finanziario risulta sostanzialmente completata. Ora l'aspettativa è che vi sia lo spazio per provvedimenti ulteriori che contengano congrue misure di defiscalizzazione e decontribuzione, aventi l'obiettivo, invocato da imprenditori e professionisti, di fronteggiare l'emergenza non solo mediante contrazione di debito e moratorie, che è quanto oggi si ha, ma anche mediante sgravio di costi, che si aggiungano alle misure-tampone finora emanate, come il rafforzamento degli ammortizzatori sociali e il credito di imposta su determinate locazioni commerciali, di per sé chiaramente insufficienti in una prospettiva di ripresa economica quanto mai incerta in termini di tempi e di volumi recuperabili.

Poiché occorre che vi sia consapevolezza che, almeno allo stato, alle aziende viene tesa la mano offrendo ad esse procedure significativamente semplificate ma per contrarre debiti che vanno restituiti, fra l'altro in un lasso di tempo tutt'altro che ampio, non pochi operatori, in particolare del diritto concorsuale, rilevano che sotto alcuni profili sarebbe stato preferibile un approccio valutativo più analitico rispetto alle multiformi realtà economiche potenzialmente beneficiarie dei finanziamenti garantiti. Opporre l'urgenza del momento all'ipotizzato approccio valutativo, appare eccezione poco convincente visti i timori che già oggi preoccupano gli imprenditori, che paventano due-tre mesi di tempo per l'esecuzione delle procedure dedicate a PMI e per l'erogazione dei finanziamenti, tempistiche determinate anche dal fatto che è prevedibile che vi sia un ricorso massivo alle richieste

di finanziamenti garantiti.

Se appare fisiologica e sufficientemente condivisibile la concessione di garanzia senza valutazione alcuna dei 25.000 euro, ovvero, se minori, del 25% dei ricavi, perplessità sussistono per quanto attiene l'erogazione trasversale di *facilities* che, per le PMI, possono arrivare fino al rilevante montante di 800.000 euro interamente garantiti. Accompagnare l'istruttoria con il solo modello economico-finanziario, dice poco, forse nulla, di un'impresa e il rischio che risultino escluse aziende meritevoli e, viceversa, beneficiarie imprese non meritevoli, e magari appartenenti ad economie d'incerta matrice, appare tutt'altro che remoto. Al riguardo, si consideri che è stato stimato che il 44% delle PMI affronti l'emergenza partendo da situazioni di liquidità già delicate o con pochi margini di manovra[6].

In un'istruttoria che vedrà operare più soggetti con sincronie tutte da verificare e con il già paventato timore che la burocrazia ritardi la cura anche in questo drammatico frangente, avrebbe quindi potuto trovare spazio ed essere adeguatamente valorizzata quanto meno una fotografia strutturata della PMI richiedente; se eseguire previsioni di natura economica e, di conseguenza, finanziaria risulta oggi esercizio estremamente incerto per la quasi totalità degli imprenditori, una fedele fotografia patrimoniale al 29/2/2020 avrebbe potuto costituire elemento di sicura utilità, anche in un'ottica premiale.

Mediante la presentazione, unitamente alla richiesta di finanziamento garantito, di una situazione patrimoniale al 29/2/2020 munita di attestazione di veridicità dei dati aziendali rilasciata da un professionista indipendente avente i requisisti di cui all'art. 28 L. Fall., l'istruttoria avrebbe potuto partire da basi patrimoniali certe, con l'eliminazione o la rettifica di poste non veritiere ovvero con l'integrazione di poste omesse, che con frequenza notevole si osservano quando arrivano in tribunale i libri contabili di piccole (ma nemmeno tanto) società di capitali, società di persone ed imprese individuali.

L'eccezione che l'ipotizzata produzione andrebbe a discapito della velocità dell'istruttoria non persuade: se una PMI ha i conti in ordine, la verifica

---

[6] V. *Rielaborazione dei dati da "Emergenza Coronavirus: alle imprese servono 15 miliardi di euro di liquidità nei prossimi 3 mesi"*, 19/3/2020, in *www.cribis.com*.

si risolve di norma in poco tempo, una-due settimane al massimo. Incertezze potrebbero indubbiamente sussistere per aggregati quali i crediti verso clienti, la cui esigibilità è oggi potenzialmente pregiudicata in misura anche non facilmente pronosticabile, ma partire da una situazione che, per esempio, iscrive al 29/2/2020 crediti esistenti ed esigibili e rimanenze inventariate e correttamente valutate avrebbe potuto costituire contributo non irrilevante.

Diverso è il caso di bilanci chiusi tramite i più svariati artifizi al fine di mantenere il capitale sociale o di renderli presentabili agli *stakeholders*, con stati patrimoniali che riflettono quanto ha trovato contropartita nel conto economico sotto forma di sopravvalutazione delle rimanenze, iscrizione di ricavi fittizi, mancata svalutazione di crediti, mancata iscrizione di costi certi o appostazione di costi latenti; risponde a logiche di equità che l'imprenditore contabilmente non virtuoso sconti ritardi nell'ottenere attestazione o il mancato rilascio della stessa. Anche sotto questo profilo, va ricordato che gli adeguati assetti organizzativi introdotti dal CCII devono già sussistere e mai come in questo caso dovrebbero già produrre la loro utilità; dal marzo 2019, infatti, in capo all'imprenditore collettivo gli artt. 375 e 377 del CCII hanno introdotto, mediante modifiche al codice civile (artt. 2086, 2257, 2380 *bis*, 2409 *novies* e 2475), l'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. La previsione normativa, in realtà estesa anche alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, conferisce all'assetto organizzativo, amministrativo e contabile una crucialità precedentemente non pienamente valorizzata all'interno del corpo normativo societario. Per quanto ci occupa in questa sede, il riferimento va principalmente all'assetto contabile, la cui adeguatezza, ravvisabile in presenza di chiarezza e veridicità della rilevazione dei fatti di gestione, dovrebbe ora garantire uno gli effetti voluti dal legislatore mediante la pronta possibilità di produrre documenti contabili veritieri, come l'ipotizzata situazione patrimoniale al 29/2/2019 da assoggettare ad attestazione.

La fotografia fornita da una situazione patrimoniale al 29/2/2019 munita di attestazione di veridicità dei dati contabili avrebbe potuto essere completata e resa più definita e significativa mediante produzione di ulteriori dati e notizie; sotto questo profilo, numerose sono state le proposte avanzate da più soggetti, in larga parte condivisibili, benché allo stato attuale della normativa e dei principi in materia di redazione del bilancio d'esercizio esse

non siano recepibili nei conti dell'imprenditore.

Fra le richiamate istanze appaiono meritevoli di valorizzazione elementi come l'evidenza dei plusvalori latenti dell'attivo patrimoniale, particolarmente significativi, per esempio, nel caso di cespiti acquistati al termine di contratti di leasing a valori di riscatto molto più bassi rispetto al valore residuo effettivo, di immobili iscritti ad un costo storico inferiore rispetto alle valutazioni attuali, ma anche nel caso di *intangibles* il più delle volte non iscritti nell'attivo patrimoniale in ossequio all'odierna normativa bilancistica, come marchi, brevetti e persino avviamento, quando esso sia prudentemente individuabile e quantificabile. Il riferimento va, per esempio, a imprese del settore turistico oggi particolarmente colpite dalla crisi, con pregiudizio probabilmente esteso all'intero 2020, ma aventi le potenzialità per riposizionarsi economicamente sul mercato in virtù di storica presenza, di continuità gestionale, di vantaggioso posizionamento geografico, di contratti di locazioni di lunga durata, di denominazione conosciuta ed apprezzata.

Da ultimo, avrebbe potuto essere utile al sistema e, al tempo stesso, incentivante premiare quelle imprese che in questo drammatico frangente apportino capitali di rischio, prevedendo a loro favore affidamenti maggiori o specifici vantaggi fiscali immediatamente monetizzabili.

LA MORATORIA DEI DEBITI EX ART. 56 D.L. 28/2020

di Matteo Binelli – Avvocato

Sommario: **1.** Premessa – **2.** I requisiti soggettivi di accesso alla moratoria – **3.** Il contenuto della misura di sostegno e i creditori interessati – **4.** L'Autocertificazione e la temporanea carenza di liquidità. – **5.** Le garanzie collaterali alla misura di sostegno – **6.** L'esclussione della garanzia.

1. Premessa

Tra le molteplici disposizioni recentemente varate a seguito dell'emergenza sanitaria causata dall'epidemia Covid 19 e destinate ad assicurare un sostegno finanziario e di liquidità alle imprese italiane, quella che appare di più agevole ed immediata applicazione è senza dubbio l'art. 56 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020.

Finalità della norma è quella di assicurare una moratoria delle esposizioni che le imprese avevano contratto prima del marzo 2020 e per cui sono previste scadenze di pagamento nel semestre immediatamente successivo.

La previsione richiama alla mente le convenzioni moratorie disciplinate dall'art. 182 septies l. fall.[1], che pure, a differenza di questa, costituiscono

[1] Sulla convenzione di moratoria v. M. Aiello, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria delle crisi*, in *www.ilcaso.it*, 2016; M. Fabiani, *La convenzione di moratoria ddiretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 12, 1269; B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 517 ss.; A. Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015; G. Falcone, *La nuova disciplina delle "con-*

→

strumenti negoziali, ma hanno come scopo condiviso quello di consentire all'imprenditore un periodo di tempo nel quale ponderare le cause della crisi e valutare le scelte più opportune per superarla[2].

E' quindi in questa prospettiva che si dovrà apprezzare se la norma costituisca uno strumento efficace o abbia contorni troppo angusti per rappresentare una reale opportunità per le imprese.

Non tutte infatti, finiranno con l'accedere ad una procedura concorsuale o di composizione negoziale della crisi, ma per molte questo sarà un esito inevitabile e che oggi non può comunque essere purtroppo escluso, visto che l'emergenza ed i suoi risvolti sul sistema economico sono ben lontani dall'essere chiari o anche solo prevedibili.

---

venzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore, in *Dir. fall.*, 2015, I, 562 ss.; F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2015; L. Varotti, *Articolo 182* septies*. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - II parte)*, in *www.ilcaso.it*, 2015; D. Vattermoli, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015; R. Ranalli - N. Ranalli, *Accordi di ristrutturazione bancari e convenzioni di moratoria*, Milano, 2016; B. Conca, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in S. Ambrosini (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Bologna, 2017, 715 ss.

[2] Osserva M. Fabiani, *Gli accordi di moratoria del debito* cit., 967 che la complessità nell'approccio della crisi e le responsabilità che ne discendono, rende "giustificabile che l'impresa, prima di optare per l'uno o l'altro strumento di regolazione della crisi, cerchi di negoziare una 'tregua' con i maggiori creditori, di solito con i creditori finanziari, in modo da poter presentare una domanda/proposta più meditata, quando l'advisor legale e finanziario avranno potuto prendere maggior consapevolezza della situazione".

2. I requisiti soggettivi di accesso alla moratoria

L'intervento[3] ha una precisa delimitazione di carattere soggettivo, in quanto possono accedervi (comma 5) soltanto le microimprese, le piccole e le medie imprese (c.d. PMI), tali qualificate secondo le indicazioni contenute nella Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003, che abbiano sede in Italia.

L'espresso riferimento alla normativa europea ed in particolare alla Raccomandazione richiamata consente di non circoscrivere l'efficacia della disposizione ai soggetti giuridici che tradizionalmente e secondo l'indicazione dell'art. 2082 c.c. sono considerati imprenditori nel nostro ordinamento.

Invero, secondo la Raccomandazione sono imprese le entità che, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, esercitino un'attività economica: "in particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica".

Dal che si evince come, ad esempio e per esaminare la platea certamente più ampia di soggetti interessati, anche i liberi professionisti singoli o associati vadano considerati in questa prospettiva *impresa* e di conseguenza possano accedere alle misure di sostegno previste dall'art. 56 del D.L. n. 18/2020.

Non sarà agevole conciliare l'inclusione di questa categoria con l'operatività del Fondo di cui all'art. 2 comma 100 lett. a) della L. n. 662/1996 che, come si vedrà, è destinato a costituire una garanzia che accompagna la moratoria in esame, posto che tale strumento è da tempo utilizzato per fornire sostegno finanziario ad imprenditori commerciali. Tuttavia il dettato normativo non sembra consentire una diversa conclusione.

Sotto il profilo dimensionale i limiti che definiscono le PMI sono quelli

[3] E' pacifico che quello congegnato dal Governo rappresenti un aiuto di Stato, tanto è vero che la previsione esordisce precisando che l'epidemia Covid 19 rappresenta un evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, alla luce dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento economico dell'UE che ammette, in quanto compatibili con il mercato interno, "gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali".

precisati dall'art. 2 dell'allegato alla Raccomandazione (recepita dal D.M Attività Produttive del 18.4.2005) e consistono congiuntamente:

a) in un numero di addetti inferiore alle 250 unità;

b) in un fatturato annuo che non supera i 50 milioni di € o in alternativa in un attivo patrimoniale che non supera i 43 milioni di €.

Al di sotto di tale soglia, che la Raccomandazione poi integra per le imprese cosiddette associate o collegate, l'impresa rientra nella definizione di PMI e quindi ha diritto di accedere alla misura in esame.

Ulteriore requisito soggettivo indispensabile è che sull'impresa non gravino *esposizioni creditizie deteriorate*[4], dovendosi ovviamente intendere non già che non siano esposizioni deteriorate quelle oggetto della moratoria in esame, ma che nessuna esposizione debitoria che gravi sull'impresa possa essere così qualificata.

L'intento della disposizione, di certo condivisibile, è quindi quello di limitare l'accesso alla misura del sostegno ad imprese che godano di un merito creditizio e quindi non lascino dubitare, quanto meno sotto il profilo storico, della capacità di far fronte con regolarità alle obbligazioni contratte nei confronti degli istituti di credito.

[4] Sono considerate tali dalla Circolare n. 272 del 30 luglio 2008 di Banca d'Italia le esposizioni creditizie per cassa (finanziamenti e titoli di debito) e "fuori bilancio" (garanzie rilasciate, impegni irrevocabili e revocabili a erogare fondi, ecc.) verso debitori che ricadono nella categoria "Nonperforming" come definita nel Regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 della Commissione, e successive modificazioni e integrazioni. La compiuta descrizione delle esposizioni deteriorate è stata oggetto di modifiche da parte di Banca d'Italia mediante Comunicazione del 26 giugno 2019 in esecuzione del Regolamento Delegato (UE) N. 171/2018 della Commissione Europea del 19 ottobre 2017 relativo alla soglia di rilevanza delle obbligazioni creditizie in arretrato e degli Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'articolo 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013. Le modifiche però dovrebbero trovare applicazione solo a far tempo dal 31 dicembre 2020.

3. Il contenuto della misura di sostegno e i creditori interessati

La forma di sostegno prevista ha natura di semplice moratoria.

Questa peraltro non riguarda tutte le scadenze debitorie contratte dalle PMI, ma soltanto obbligazioni assunte nei confronti del sistema creditizio in genere ovvero di banche, intermediari finanziari di cui all'art. 106 del D. Lgs. n. 385/1993 e degli altri soggetti abilitati alla concessione di credito in Italia.

Tale delimitazione consente verosimilmente di spiegare per quale ragione solo l'esistenza di esposizioni creditizie deteriorate e non altri sintomi di difficoltà finanziaria dell'impresa impediscano all'impresa di godere della misura.

E per quanto si possa in astratto dubitare dell'utilità di uno strumento destinato ad impattare su tali debiti, si dovrà convenire sul fatto che una applicazione della moratoria a creditori meno stabili ed attrezzati avrebbe generato il rischio di un progressiva ed inarrestabile propagazione della già pesantissima crisi economica. Esaminando la questione dal lato del creditore, infatti, un conto è posticipare l'adempimento di debiti bancari, altro è posticipare debiti di natura commerciale o vantati da dipendenti[5].

D'altra parte, una estensione della moratoria ad altre tipologie di obbligazioni avrebbe reso impossibile applicare la speciale garanzia prevista a tutela degli istituti di credito e di cui si vedrà tra poco.

L'orizzonte temporale individuato per la moratoria è attualmente quello

---

[5] Non è certo un caso se l'altra forma di moratoria conosciuta (quella disciplinata dall'art. 182 septies l. fall.) riguardi anch'essa esclusivamente le banche o gli intermediari finanziari. Tanto che T. M. Ubertazzi, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contratto e Impresa*, 2015, II, p. 340, sottolinea che gli accordi con le banche rivestono, tra tutti quelli che l'impresa stipula, per superare la situazione di crisi, un ruolo principale, perché, senza l'intervento di questi istituti, l'operazione di turnaround non può riuscire.
Va peraltro sottolineato che l'art. 62 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza disciplina le convenzioni moratorie senza distinguere a seconda della tipologia di creditori interessati alla misura.

del 30 settembre 2020, ma è auspicabile che, in ragione dell'evoluzione epidemica, in sede di conversione del D.L. possa essere indicata una data successiva, visto che non si prevede certo un ritorno alla normalità in tempi brevi e molteplici saranno gli adattamenti che le imprese dovranno assumere nei prossimi mesi.

Tre sono le forme di sostegno previste al comma 2:

- lett. a) il divieto di revoca delle aperture di credito e dei prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti che fossero in essere alla data del 29 febbraio 2020 o, se superiore, alla data della pubblicazione del D.L. n. 18/2020. In tali casi l'istituto di credito dovrà mantenere in essere l'apertura, sia che questa sia stata utilizzata dal debitore, sia che questa non abbia ancora, anche solo parzialmente, avuto utilizzo;

- lett. b) la proroga dei prestiti non rateali con scadenza contrattuale antecedente al 30 settembre 2020 e sino a tale data, che costituirà quindi la nuova scadenza dell'obbligazione di restituzione. La norma non chiarisce se si tratti soltanto dei prestiti con scadenza successiva alla pubblicazione del decreto, ma considerando la finalità della disposizione, un'interpretazione favorevole al debitore deve ritenersi plausibile, consentendo quindi che pure prestiti che avessero scadenza anteriore al 17 marzo possano beneficiare della proroga, sempre che ovviamente non si tratti esposizioni deteriorate. E' tuttavia evidente che l'utilità della misura è destinata a ridursi in modo proporzionale alla prossimità della originaria scadenza rispetto al 30 settembre. Se, ad esempio, l'imprenditore si fosse impegnato a restituire il prestito il 1° settembre 2020 otterrebbe una proroga di soli 30 giorni che potrebbe essere incompatibile con il ritardo o il congelamento degli introiti causati dall'emergenza epidemica. Sicché sarebbe stato forse più utile prevedere uno slittamento dei termini originari di sei mesi in modo da consentire a tutti i debitori di beneficiare della misura in modo pieno ed eguale;

- lett. c) la sospensione dei mutui e di altri finanziamenti (tra cui i leasing) a rimborso rateale e relativa a tutti i canoni e le rate scadenti sino al 30 settembre 2020. In questo caso la previsione comporta perciò uno slittamento delle obbligazioni che dovrebbe avvenire *"senza alcuna formalità"* e secondo modalità che assicurino *"l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti"*. E' ammessa per l'impresa la facoltà di ridurre l'impatto della dilazione alla sola quota capitale del rimborso, procedendo quindi alla restituzione degli interessi previsti secondo il piano di ammortamento iniziale. Non è agevole comprendere in che modo sia possibile raggiungere

l'obiettivo della norma senza che vi siano maggiori o nuovi oneri per entrambe le parti. Dal versante del debitore si deve ipotizzare che il pagamento delle rate possa avvenire con una dilazione semestrale ovvero pari al periodo che intercorre tra la pubblicazione del decreto ed il 30 settembre senza che decorrano nuovi interessi, ma questo comporterà necessariamente un maggior onere per l'istituto di credito che vedrà posticipata ed a tasso zero la restituzione della somma oggetto di finanziamento. Non si vede quindi come possano essere evitati oneri per *"entrambe le parti"*. Neppure è chiaro se sia indispensabile il raggiungimento di un'intesa tra l'istituto finanziatore e l'impresa. Anche se l'esigenza di un'immediata applicazione del meccanismo e l'utilizzo della locuzione *"senza alcuna formalità"* inducono ad escluderlo la circostanza che le modalità di proroga degli adempimenti non siano astrattamente definite e debbano essere tali da evitare nuovi oneri potrebbe giustificare anche la conclusione opposta. Tuttavia la prima soluzione appare di certo la più convincente.

4. L'autocertificazione e la temporanea carenza di liquidità

Le modalità di attivazione del meccanismo moratorio non sono automatiche, per quanto le formalità siano davvero ridotte al minimo.

E', infatti, sufficiente una comunicazione dell'impresa all'istituto di credito, che dovrà essere accompagnata da un'autocertificazione, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000, che attesti una temporanea carenza di liquidità quale conseguenza diretta delle diffusione dell'epidemia da Covid 19.

Nulla dice la norma, invece, circa l'appartenenza dell'impresa al novero delle PMI, dato che non sempre il creditore ha modo di verificare agevolmente. Può quindi prevedersi che gli istituti di credito chiederanno all'impresa di autocertificare anche questa circostanza.

La necessità di svincolare quanto più possibile l'attivazione del meccanismo da formalismi che nel frangente attuale sarebbe assai difficile soddisfare (ad es. un'attestazione quale quella prevista dall'art. 182 *septies* l. fall.) ha indotto a ricorrere ad uno strumento certamente atipico nei rapporti civilistici.

L'autocertificazione prevista dal D.P.R. n. 445/2000, infatti, è destinata a regolare i rapporti con la pubblica amministrazione, come ripetutamente

affermato dalla giurisprudenza[6].

C'è da chiedersi quindi se possano essere applicate le sanzioni penali previste dall'art. 76 D.P.R. n. 445/2000 in caso di false dichiarazioni e la conclusione potrebbe essere negativa visto che, sebbene vi sia un richiamo esplicito delle norme in materia di autocertificazione, non è agevole sostenere che le dichiarazioni siano state fatte ad un pubblico ufficiale come impone la norma sanzionatrice, a meno di adottare un'interpretazione estensiva e forse anche analogica della norma incriminatrice.

Altra questione che la norma pone è quella relativa al contenuto della dichiarazione, visto che all'impresa è chiesto di certificare una *"temporanea carenza di liquidità"* in conseguenza dell'epidemia. Se ne potrebbe dedurre che in presenza di conti correnti o comunque di altri depositi attivi, la dichiarazione non sarebbe veritiera. Ma è chiaro che le esigenze finanziarie dell'impresa impongono di conservare liquidità per il soddisfacimento di dipendenti e fornitori, anche considerato che gli adempimenti nei confronti di tali soggetti non sono sospesi.

Equiparare quindi la carenza di liquidità alla sua assenza non pare possibile. Essa dovrà essere interpretata come una mera riduzione (per quanto non irrilevante) del flusso di cassa dell'impresa a causa dell'emergenza e quindi il riferimento potrà essere ai mesi immediatamente precedenti alla emergenza epidemica ovvero al medesimo periodo dell'esercizio precedente.

[6] Sul punto si veda ad esempio Cass. S.U., 29 maggio 2014, n. 12065, nonché da ultimo Cass., sez. VI, 10 maggio 2018, n. 11276, entrambe in *Italgiure*. La giurisprudenza civile si è occupata soprattutto di ipotesi nelle quali la parte offra a dimostrazione della propria qualità di erede mediante una autocertificazione ai sensi dell'art. 47 D.P.R. n. 445/2000, ritenendola insufficiente a provare l'assunto.

5. Le garanzie collaterali alla misura di sostegno

Le garanzie che accompagnano la misura di sostegno e che quindi sono destinate ad essere fruite dagli istituti di credito sono quelle previste dal Fondo di garanzia per le PMI previsto dall'art. 2 comma 100, lett. a) della L. 23 dicembre 1996, n. 662, già ampiamente utilizzato e diffuso sul mercato.

A differenza peraltro di quanto usualmente avviene in caso di accesso al Fondo, non è prevista in questo caso una preliminare valutazione del merito creditizio, dovendosi quindi rimettere per intero la verifica dei presupposti di applicazione della norma alla autocertificazione dell'impresa di cui si è detto in precedenza.

L'unico aspetto che si presume dovrà essere verificato dall'operatore creditizio riguarderà l'assenza di esposizioni deteriorate che, come chiarito, costituiscono elemento ostativo di accesso alla misura.

La garanzia prevista dalla legge non è totale e per il vero neppure simmetrica rispetto alle tre diverse misure di moratoria sopra esaminate.

E' infatti, prevista una garanzia del 33%

- dei soli maggiori utilizzi delle aperture di credito rispetto a quanto già utilizzato alla data del 17 marzo 2020 (cfr. comma 2 lett. a),

- dei prestiti e finanziamenti con scadenza sino al 30 settembre 2020 (cfr. comma 2 lett. b),

- dei canoni o ratei con scadenza ricompresa tra il 17 marzo ed il 30 settembre 2020 (comma 2 lett. c).

Sicché, mentre per le operazioni di cui alla lettera b) la garanzia riguarderà un terzo dell'intero prestito, per le aperture di credito la percentuale riguarderà soltanto l'incremento di utilizzo ovvero la maggiore esposizione dell'impresa rispetto al 17 marzo.

Si tratta di limiti abbastanza modesti che riducono di molto l'utilità della disposizione, specie qualora garantiscano solo un indebitamento di carattere transitorio e sotto forma di incremento delle esposizioni sulle aperture di credito, incremento che l'impresa ben difficilmente è incline ad assumere in frangenti di estrema incertezza, ma che in effetti potrebbe essere imposto dalle generali condizioni del mercato.

La garanzia ha comunque natura sussidiaria e quindi si attiverà soltanto dopo l'escussione di eventuali ulteriori garanzie (reali o di terzi) che l'impresa avesse in origine fornito al fine di ottenere il finanziamento.

Il credito di regresso del Fondo nei confronti dell'impresa in caso di atti-

vazione della garanzia gode del privilegio di cui all'art. 9 comma 5 del D.P.R. n. 123/1998 ed è quindi preferito a ogni altro titolo prelatizio, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'art. 2751 bis c.c. alla luce di quanto stabilito dall'art. 8 bis del D.L. n. 3/2015, convertito con L. n. 33/2015.

La particolare natura di questo privilegio è stata oggetto di numerose sentenze di legittimità[7] che hanno avuto modo di precisare che della causa di prelazione beneficia solo il credito vantato dal Fondo di garanzia, non l'istituto che eroga materialmente il credito e soprattutto che, qualora la revoca o la decadenza dall'ammissione al beneficio si verifichino dopo la dichiarazione di fallimento o l'omologazione del concordato preventivo, il privilegio sarà comunque operante ed opponibile alla massa dei creditori.

Accade quindi con una certa frequenza nell'ambito di concordati preventivi che crediti trattati in sede di proposta concordataria come chirografari, acquisiscano per effetto della revoca o della decadenza di questo tipo di garanzia una natura privilegiata, con conseguente sacrificio di posizioni creditorie in apparenza poziori o di eguale grado.

L'esito sarebbe accettabile secondo la giurisprudenza, in quanto lo scopo della norma trascende l'interesse degli altri creditori, dovendosi recuperare il sacrifico patrimoniale che il sostegno pubblico ha in concreto sopportato in funzione dello sviluppo delle attività produttive, per lo scopo di procurare la provvista per lo svolgimento di ulteriori e futuri sostegni allo sviluppo delle attività produttive[8].

Da tali affermazioni discendono almeno due importanti corollari.

Il primo è che nel caso che ci occupa quando pure la autocertificazione ex art. 47 D.P.R. n. 445/2000, dell'impresa si rivelasse falsa[9], il privilegio sa-

---

[7] Tra le più significative anche per la completezza con cui i vari profili del privilegio vengono affrontati si segnala Cass. Sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2664, in *Italgiure*.

[8] Cass. 20 settembre 2017, n. 21841, Cass. 20 aprile 2018, n. 9926; Cass. 24 agosto 2015, n. 17111, tutte in *Italgiure*.

[9] Lo stesso dovrebbe affermarsi ove ricorresse un diverso vizio genetico dell'ammissione al Fondo di cui all'art. 2 co. 100 lett. a) della L. n. 662/1996, una volta che l'istituto di credito abbia beneficiato della garanzia.

rebbe comunque da riconoscere, non incidendo tale irregolarità sull'operatività del meccanismo di regresso e sulla natura del credito pubblico.

Inoltre, appare necessario che nelle proposte concordatarie e nelle attestazioni che le accompagnano l'eventualità in esame sia opportunamente segnalata ai creditori[10].

Qualora infatti un credito trattato in origine come chirografario sia suscettibile di divenire privilegiato in conseguenza del meccanismo in esame, ciò finirà con lo stravolgere la gradazione prevista e ovviamente le prospettive di soddisfacimento dei creditori. E' perciò giusto che l'eventuale consenso venga espresso tenendo conto di tale possibilità, che non di rado viene nella prassi ignorata o sottaciuta.

6. L'escussione della garanzia

Anche sulle modalità di escussione della garanzia, profilo che viene trattato dai commi 8 e seguenti dell'art. 56, emergono spunti che meritano qualche riflessione.

La disposizione infatti, prevede che l'escussione possa essere richiesta se siano state avviate, nel termine di diciotto mesi successivi al termine delle misure di sostegno, le procedure esecutive in relazione agli inadempimenti delle obbligazioni oggetto di proroga o sospensione di cui al comma 2.

La disposizione non brilla per chiarezza, ma il termine decorrerà verosimilmente dal 30 settembre 2020, per cui le procedure esecutive dovrebbero essere avviate entro il marzo 2022.

Anche il fallimento o il concordato preventivo a cui dovesse essere ammessa l'impresa costituiscono presupposti sufficienti per l'escussione della garanzia, non soltanto perché il fallimento concreta, come noto, un vincolo

[10] Per tutte si veda Cass., sez. I, 28 marzo 2017, n. 7959: *"il tribunale non può esprimere valutazioni in merito all'attestazione resa dal professionista nell'ambito della procedura di concordato preventivo, tuttavia, ha il potere di compiere una penetrante verifica dell'adeguatezza dell'informazione che viene fornita ai creditori, al fine di consentire a questi ultimi un'espressione libera e consapevole del voto"*.

pignoratizio di carattere collettivo sui beni dell'imprenditore, ma anche perché con la dichiarazione di fallimento (art. 51 l. fall.) e l'ammissione al concordato preventivo (art. 168 l. fall.) viene preclusa ai creditori la possibilità di iniziare o proseguire azioni esecutive.

Il versamento dell'importo garantito a favore dell'istituto di credito dovrà avvenire per metà entro 90 giorni dalla formulazione della relativa richiesta al Fondo e per la residua metà entro 180 giorni dall'esaurimento delle procedure esecutive, termine questo decisamente lungo in caso di fallimento o concordato preventivo, poiché in tali casi sarà necessario attenderne la chiusura.

Quest'ultima previsione, unitamente a quella che stabilisce un termine acceleratorio di diciotto mesi per ottenere l'operatività della garanzia possono rappresentare un incentivo da parte degli istituti di credito ad attivare con celerità procedure esecutive nei confronti dell'impresa, ove questa non adempia con puntualità le obbligazioni di pagamento oggetto di moratoria.

E' proprio in questa prospettiva quindi che si appalesa l'utilità ed il limite della disposizione che costituisce una misura tendenzialmente transitoria, al pari di quella prevista nell'art. 182 septies comma 5 l. fall. Essa dovrebbe cioè consentire all'impresa, una volta ottenuto uno spatium deliberandi adeguato (e non è detto che quello del 30 settembre 2020 lo sia), di valutare e pianificare gli impegni di finanziamento, ricorrendo se necessario ad altre più incisive misure per far fronte alle proprie future esigenze di liquidità.

Se questo non avvenisse l'accesso alla misura potrebbe accelerare la crisi ponendo l'impresa nella necessità di affrontare procedure esecutive che, come noto, rappresentano un elemento pregiudizievole sia per il merito creditizio che per la credibilità commerciale.

IL *DOWNGRADE* DEL CODICE DELLA CRISI E IL "NUOVO" CODICE DELL'EMERGENZA: "VECCHI" STRUMENTI A SUPPORTO DEL CONCORDATO CON RISERVA "DI MASSA"

di Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti – Avvocati

Sommario: **1.** Il "nuovo" codice dell'emergenza e il concordato con riserva "di massa" – **2.** L'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda e il concordato fallimentare: istituti in cerca di attori – **3.** L'urgenza dei riparti e dei pagamenti ai creditori concorsuali – **4.** Conclusioni.

1. Il "nuovo" codice dell'emergenza e il concordato con riserva "di massa"

Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza di Impresa, al pari degli altri precedenti ambiziosi tentativi di riforma della legge fallimentare, è stato caratterizzato da una gestazione, a dir poco, articolata cui, *dulcis in fundo*, ha fatto da *pendant* la sua impronosticabile attuazione.

È di questi giorni la notizia dell'ennesimo ingresso della *safety car* che, ancor prima del drammatico incedere dell'emergenza da Covid-19 [1], ha circoscritto il proprio ambito contenitivo all'entrata in vigore delle

[1] L'epidemia da COVID-19 è stata formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

misure d'allerta[2], per poi giocoforza estendere la portata del proprio circuito all'intero corpo della riforma[3], i cui effetti sono stati differiti al primo settembre 2021[4].

Del resto, da più fonti si era elevato un accorato appello alla salvaguardia del sistema economico[5], martoriato dal *lockdown*, tanto da spingere il Legislatore a decretare d'urgenza misure atte, da un lato, a (tentare di) ridurre al minimo l'impatto del prolungato stato di emergenza e, dall'altro, ad iniettare nel processo economico e produttivo risorse finanziarie di agevole apprensione e garantite dallo Stato.

In prima battuta, con il D.L. 17 marzo 2020 n. 18 - cd. Cura Italia, il Legislatore è intervenuto a favore delle imprese[6] con misure volte a: i) agevolare l'avvio di ammortizzatori sociali, anche in deroga, su tutto il territorio nazionale (artt. 19-22); ii) sostenere finanziariamente le imprese attraverso

---

[2] L'art. 11 del D.L. 2 marzo 2020 n. 9, pubblicato nella G.U. 53 del 2 marzo 2020, prevede già il differimento al 15 febbraio 2021 dei termini per l'obbligo di segnalazione del procedimento d'allerta.

[3] Con comunicazione del 25 marzo 2020 – Prt. 46/2020, l'Organismo Congressuale Forense ha espressamente richiesto al Ministro della Giustizia il differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi di Impresa.

[4] Ai sensi dell'art. 5 comma 1 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, cd. Decreto Liquidità.

[5] M. Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 27 marzo 2020, giustamente afferma che "Pensare di gestire queste crisi, con regole più restrittive di quelle attuali e soprattutto con regole nuove sulle quali tutti gli operatori della giustizia non avranno dimestichezza per mesi, è scelta che disvela una debolezza. In altri Paesi dell'Europa si stanno mettendo in campo misure atte a contenere la probabile deriva giudiziale delle crisi aziendali e, da questo punto di vista, sarebbe gravemente imprudente immaginare di gestirle con un apparato normativo tutto da sperimentare". Si muovono sullo stesso solco N. Abriani – G. Palomba, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul codice delle crisi dopo la pandemia da coronavirus),* in *www.osservatorio-oci.org*.

[6] Ovverosia le microimprese e le piccole e medie imprese come definite dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003, aventi sede in Italia.

il sistema bancario (artt. 49[7], 56[8] e 57[9]); iii) far beneficiare di crediti di imposta in caso di cessione, entro il 31 dicembre 2020, dei crediti vantati nei confronti di debitori inadempienti da oltre novanta giorni decorrenti dall'esigibilità (art. 55 che modifica l'art. 44-bis della L. 28 giugno 2019 n. 58); iv) introdurre sospensioni nei pagamenti di debiti erariali e contributivi (artt. 60, 61, 62 e 68) ed altri benefici fiscali in termini di crediti di imposta (artt. 64 e 65).

In un secondo momento, con il D.L. 8 aprile 2020 n. 23 - cd. Decreto Liquidità, sono state implementate le misure volte a sostenere finanziariamente le imprese (art. 1) anche per l'esportazione, l'internazionalizzazione e gli investimenti (art. 2), attraverso garanzie statali rilasciate da SACE SpA,

---

[7] Art. 49 – Fondo centrale di garanzia per le PMI, a titolo gratuito, ad esclusione delle imprese che già presentavano esposizioni classificate come "sofferenze" o "inadempienze probabili" ai sensi della disciplina bancaria o che rientrino nella nozione di "impresa in difficoltà" ai sensi dell'art. 2, punto 18 del Regolamento (UE) n. 651/2014. Articolo ora abrogato dall'art. 13, comma 12, D.L., 8 aprile 2020 n. 23.

[8] Art. 56 - Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19 -, con cui le imprese, a fronte del rilascio d'un autocertificazione *ex* art. 47 D.P.R. 445/2000 ove dichiarano di aver subito in via temporanea carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia, possono beneficiare di una proroga sino al 30 settembre 2020 nei rapporti di debito bancario.

[9] Art. 57 - Supporto alla liquidità delle imprese colpite dall'emergenza epidemiologica mediante meccanismi di garanzia: "Al fine di supportare la liquidità delle imprese colpite dall'emergenza epidemiologica da "Covid-19", le esposizioni assunte da Cassa depositi e prestiti S.p.A., anche nella forma di garanzie di prima perdita su portafogli di finanziamenti, in favore delle banche e degli altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito che concedono finanziamenti sotto qualsiasi forma alle imprese che hanno sofferto una riduzione del fatturato a causa della citata emergenza, operanti in settori individuati con decreto ministeriale ai sensi del comma 2 del presente articolo, e che non hanno accesso alla garanzia del Fondo di cui all'art. 2, comma 100, lett. a), della L. 23 dicembre 1996, n. 662, possono essere assistite dalla garanzia dello Stato. La garanzia dello Stato è rilasciata in favore di Cassa depositi e prestiti S.p.A. fino ad un massimo dell'ottanta per cento dell'esposizione assunta, è a prima domanda, orientata a parametri di mercato, esplicita, incondizionata e irrevocabile e conforme con la normativa di riferimento dell'Unione europea".

con il supporto di Cassa depositi e prestiti SpA (art. 3), per finanziamenti non superiori a sei anni e da erogarsi entro il 31 dicembre 2020.

Per ovvie ragioni di omogeneità temporale (in tema v. anche *infra*), il suddetto termine è stato individuato anche quale *dies ad quem*, per l'inoperatività degli obblighi civilistici di cui agli artt. 2446-2447 e 2482 *bis* e *ter* c.c. e della relativa causa di scioglimento *ex* artt. 2484, comma 1, n. 4) e 2545 *duodecies* c.c. (art. 6) nonché per la deroga al principio della postergazione dei finanziamenti erogati nel periodo (art. 8), operando, per converso, una presunzione di positiva valutazione della continuazione dell'attività, contestualizzata alla data del 23 febbraio 2020 (art. 7).

Il Decreto Liquidità, per quel che in questa sede interessa, è altresì intervenuto sul termine di adempimento dei concordati omologati, con proroga di sei mesi, e sulla possibilità di modificare proposta e piano anche se già approvati nonché sugli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l.fall. (art. 9)[10]; sulle istanze di fallimento depositate nel periodo 9 marzo 2020/30 giugno 2020, sancendone anche la retroattiva improcedibilità (art. 10)[11]; sulla

[10] M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, in *Il Quotidiano Giuridico,* 14 aprile 2020, parla di una vera e propria istituzione del diritto transitorio concordatario. L'Autore chiarisce che "Il decreto, al comma 1 dell'art. 9, ha subito inteso evitare dunque che l'inesecuzione dei piani di concordato e l'inadempimento degli accordi di ristrutturazione già omologati e con scadenza dal 23 febbraio 2020 e sino alla fine di tutto il 2021 determinino esiti risolutori. In effetti, agendo sui "termini", l'impatto è senz'altro diretto sull'art. 186 l.fall. che invero collega il ricorso per risoluzione del concordato preventivo ad un inadempimento, di non scarsa importanza, a valenza oggettiva (cioè prescindendo dall'imputabilità con colpa) e con domanda proposta entro un anno appunto dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento del concordato stesso". Per un analitico aggiornamento degli istituti con la decretazione d'urgenza, si rimanda anche a R. Brogi, Diritto emergenziale della crisi d'impresa all'epoca del Covid-19, in www.osservatorio-oci.org.

[11] Correttamente, secondo R. Brogi, *Diritto emergenziale della crisi d'impresa all'epoca del Covid-19*, cit., la norma suscita, quanto meno, tre ragioni di perplessità. "La prima è che la *ratio* di tutela dell'imprenditore viene meno quando sia quest'ultimo a presentare istanza per la dichiarazione di fallimento in proprio, valutando tale soluzione come unico mezzo possibile per regolare il proprio stato di insolvenza, tan-

→

sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito ricadenti nel periodo 9 marzo 2020/30 aprile 2020 (art. 11); sulla sospensione dei versamenti tributari e contributivi per i mesi di aprile e maggio 2020 (art. 18)[12].

Nasce così il codice dell'emergenza, destinato tuttavia, in sede di conversione, ad una più coerente e sistematica rivisitazione, per poter affrontare in

---

to più se anteriore e pregresso rispetto ai primi mesi dell'anno e riconducibile, pertanto, a ragioni estranee all'attuale emergenza epidemiologica da Covid-1917. In tal modo il debitore è costretto a presentare una nuova istanza per la dichiarazione di fallimento in proprio successivamente al 30 giugno 2020. La seconda è che la dichiarazione di fallimento è preclusa a prescindere dalla riconducibilità dello stato di insolvenza all'attuale emergenza sanitaria e all'interruzione delle attività produttive determinata dal d.p.c.m. 22 marzo 2020. L'aver previsto una causa di improcedibilità in astratto e fissa, senza affidarsi alle verifiche in punto di insolvenza da parte del tribunale non solo impedisce la dichiarazione di fallimento nei casi di insolvenza anteriore al 9 marzo 2020 e riconducibile a fattori diversi dall'emergenza sanitaria, ma è, a sua volta, suscettibile di frustrare la stessa *ratio* di tutela dell'imprenditore che venga a trovarsi in uno stato di insolvenza a causa del fermo alle attività produttive imposto dal Governo o comunque per cause riconducibili alla pandemia in corso. Difatti, tali situazioni di insolvenza, per le imprese in buone condizioni alla data del 9 marzo 2020 o comunque all'inizio dell'anno, potrebbero verificarsi anche in data successiva al 30 giugno 2020, rendendo così necessaria un'ardua operazione interpretativa dell'art. 5 l.fall. da parte dei tribunali fallimentari, per le ipotesi in cui le disposizioni relative al finanziamento che lo stesso D.L. n. 23/2020 ha inteso introdurre non consentano il recupero delle condizioni di regolare adempimento delle obbligazioni da parte dell'imprenditore. La terza è la mancata menzione all'interno dell'art. 10 D.L. n. 23/2020 dell'ipotesi prevista nell'art. 11 l.fall. La terza è la mancata menzione all'interno dell'art. 10 D.L. n. 23/2020 dell'ipotesi prevista nell'art. 11 l.fall. per l'ipotesi in cui decorso del termine annuale dalla morte dell'imprenditore spiri nel periodo compreso tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020. L'art. 10, comma 3, D.L. n. 23/2020 richiama, invece, l'art. 10 l.fall. (cancellazione dal registro delle imprese), prevedendo che: "*Quando alla dichiarazione di improcedibilità dei ricorsi presentati nel periodo di cui al comma 1 fa seguito la dichiarazione di fallimento, il periodo di cui al comma 1 non viene computato nei termini di cui agli articoli 10 e 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.*"

[12] Cfr., sul tema, Circolare n. 9/E del 13 aprile 2020.

modo omogeneo e capillare il devastante impatto della pandemia[13].

Sotto un primo profilo soggettivo e, a cascata oggettivo, infatti, risulta controvertibile e, comunque, redimibile l'esclusione, dalla rimodulazione di cui all'art. 9 del Decreto Liquidità, delle imprese non assoggettabili a procedure concorsuali *ex* art. 1 comma 2 l.fall. e, più in generale, dei soggetti "sovraindebitati", i cui piani siano già nella loro fase esecutiva o in attesa di omologa[14].

Sul piano temporale, invece, non è chiaro perché il *dies a quo* rispetto alle disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale decorra con riferimento agli esercizi chiusi entro il 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore del Decreto Liquidità), mentre nella comunque collegata successiva previsione relativa alla *fictio* della continuità aziendale, il parametro per gli esercizi "chiusi" è ancorato al 23 febbraio 2020. La data del 9 aprile 2020 viene nuovamente richiamata nella disposizione relativa all'esclusione della postergazione nel rimborso dei finanziamenti soci, mentre il 23 febbraio 2020 torna in gioco sul tema della modifica del piano o di proroga dei termini in caso di concordati preventivi o accordi di ristrutturazione dei debiti

---

[13] M. Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 27 marzo 2020, cit.. L'Autore auspica anche interventi legislativi attingendo ad istituti disciplinati e novellati dal Codice della Crisi: "Con pochi aggiustamenti formali gli articoli 284-292 del Codice potrebbero essere subito e facilmente applicabili. Sarebbe una soluzione proporzionata e le scelte proporzionate sono oggi, più che mai, quelle da perseguire. Taluno ritiene che sia essenziale anche l'entrata in vigore delle disposizioni in tema di liquidazione controllata del sovraindebitato; la ragione di tale suggerimento è chiara e cioè quella di far fronte alle gravi ripercussioni economiche con cui molte famiglie dovranno fare i conti. Tuttavia, a me pare che una entrata in vigore immediata di questo comparto di norme potrebbe creare grandi disagi agli uffici giudiziari che correrebbero il rischio di dover gestire un numero elevatissimo di procedimenti, concentrati in pochi mesi e senza una adeguata esperienza interpretativa".

[14] Procedura, quella di cui alla L. 3/2012, che avrebbe meritato una maggior attenzione, tenuto conto dei benefici che il Codice della Crisi ad essa avrebbe apportato (v., ad esempio, art. 80 comma 3 e art. 283).

non ancora omologati[15]; si passa invece al 9 marzo 2020 per l'improcedibilità delle istanze di fallimento e per la sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito.

L'altalenante computo temporale si conclude con l'art. 13, relativo al Fondo centrale di garanzia PMI che, pur aprendosi apprezzabilmente ad alcune PMI già ammesse al concordato con continuità aziendale ovvero che abbiano "stipulato" accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l.fall. ovvero "presentato" un piano attestato di cui all'art. 67 l.fall.[16], prescrive l'ennesimo diverso termine del 31 dicembre 2019: con ciò si corre il rischio di escludere dal beneficio, ed in modo del tutto irragionevole ove davvero si accedesse a tale interpretazione restrittiva[17], PMI che ben potrebbero ritrovarsi con "*esposizioni* [che] *non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e la ban-*

[15] Art. 9, commi 2 e 3 Decreto Liquidità.

[16] Oscura resta, peraltro, la terminologia adottata. Da decifrare il significato di accordo di ristrutturazione "stipulato" o un piano attestato "presentato". Parliamo di accordi di ristrutturazione semplicemente depositati al registro delle imprese *ex* art. 182-*bis,* comma 2 l.fall. ovvero già omologati? Ed invece, nel caso di piani attestati, spesso riservati per scelta e neppure obbligatoriamente a contenuto negoziale bilaterale, per "presentazione" deve intendersi il semplice deposito alla banca richiesta per l'erogazione del finanziamento dell'intervenuto perfezionamento del piano con sua attestazione ed eventuale collaterale convenzione ovvero che tutto ciò risulti anche pubblicato al registro delle imprese, adempimento fino ad oggi prescritto solo se l'imprenditore vuole fruire dei vantaggi fiscali di cui all'art. 88 Tuir? Quanto agli accordi di ristrutturazione, stante la comprensibile duplice esigenza di tutela sia da revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lett.e) l.fall. che penale *ex* art. 217-*bis* l.fall, ci sembra indubbio che debba farsi riferimento agli accordi omologati, mentre nel caso di piani attestati riteniamo sufficiente la presentazione dell'atto completo all'istituto bancario interessato.

[17] Fortunatamente la Banca d'Italia è intervenuta con la Raccomandazione del 10 aprile 2020, invitando gli istituti alla massima tutela della clientela "*al fine di ampliare quanto più possibile l'ambito di applicazione dei provvedimenti emanati dal Governo*".

ca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore[18]*, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi dell'articolo 47-bis, comma 6, lettere a) e c) del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013".*

La *ratio* della suddetta frenetica decretazione è ovviamente alimentata dal *favor* per l'imprenditore, che si trova oggi ad affrontare una congiuntura di crisi collettiva, allo stesso causalmente non imputabile e che individualmente ha addirittura subito: un *favor* che rischia, tuttavia, di rimanere ancorato alle sole intenzioni legislative, perché le norme dell'urgenza, in una sorta di eterogenesi dei fini, hanno ulteriormente appesantito adempimenti e termini per regolamentare situazioni di fatto che avrebbero ben potuto essere gestire con l'autocertificazione *ex* art. 47 D.P.R. 445/2000 (come peraltro previsto nella moratoria bancaria *ex* art. 56 Decreto Cura) [19].

Ad ogni buon conto, una preliminare riflessione ci conduce ad affermare che, allo stato, con il Decreto Cura Italia e il Decreto Liquidità, il comparto economico nazionale è già stato sottoposto ad un concordato con riserva "di massa", attraverso eccezionali previsioni normative tipiche di detta anticamera concorsuale.

Innanzitutto, la moratoria pressoché generalizzata, prevista per i pagamenti delle rate di mutuo e di *leasing* nonché per i pagamenti erariali e contributivi, rievoca gli effetti del cd. *automatic stay*[20]; la sospensione degli ob-

---

[18] Fermo, comunque, restando l'alveo procedimentale di cui all'art. 182 *quinquies* l.fall..

[19] Tanto da esporre il Legislatore dell'emergenza a comprensibili critiche per il sospetto di aver voluto "*introdurre strumenti* ad hoc *e* [non] *realmente funzionali all'affermato disegno del superamento della crisi; e ciò anche in assenza di una effettiva preoccupazione per l'esigenza di discriminare in modo efficace fra imprese realmente colpite dalla crisi "CoVid 19", oppure semplicemente e storicamente inefficienti*", così D. Galletti *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra,* in *www.Ilfallimentarista.it*.

[20] Espressione linguistica coniata dal *Bankruptcy Code*, in particolare, dalla sezione 362 del *Chapter 3*, (House Report No. 95-595, 95th Cong., 1st Sess. 1977), 340 ss) e rappresenta uno dei fondamentali istituti che la legge fallimentare nordamericana pone a protezione del debitore, offrendo a tale soggetto un *breathing spell* (letteralmente →

blighi civilistici di ricapitalizzazione ed il venir meno dell'ipotesi di scioglimento sono state, invece, letteralmente plagiate dall'art. 182 *sexies* l. fall., così come, in parte avvenuto per la deroga agli imperativi precetti di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., già disciplinata nel concordato preventivo all'art. 182 *quater* comma 3 l.fall.[21]; quest'ultima norma, poi, in una estensiva proiezione del secondo comma, letta in combinato disposto con l'art. 182-*quinquies* comma 3 l.fall., ci riporta idealmente alle misure finanziarie temporanee dell'art. 1 del Decreto Liquidità, anch'esse volte a scongiurare il verificarsi di "un pregiudizio imminente ed irreparabile dell'azienda".

Una moratoria adeguatamente modulata sarebbe sistemicamente salutare, ove limitata ai creditori (per antonomasia di ogni procedura concorsuale) capaci di assorbirla, ovverosia il ceto bancario ed il creditore erariale[22]; laddove, viceversa, fosse indiscriminatamente ammessa, potrebbe sconfinare nella paralisi totale dei flussi finanziari e nel blocco della produzione di beni e servizi[23], oltreché provocare il formarsi di inadempimenti a catena, con implosione così del conflitto economico che andrebbe a riverberarsi in ambito giudiziale[24].

Per questo motivo, "l'ombrello protettivo" fornito dai suddetti recenti interventi legislativi diviene permeabile per i crediti scaduti anteriormente al periodo di salvaguardia nonché, ovviamente, per i crediti che si andranno a formare in epoca successiva.

Non è un caso che è stata omessa l'introduzione d'una specifica norma

---

"boccata di ossigeno").

[21] Ove la limitazione di operatività è circoscritta al 20% del finanziamento erogato.

[22] Ad esempio, per due anni in linea con il termine massimo di proroga del 30 giugno 2022 di cui all'art. 9, comma 1, Decreto Liquidità 23/2020, pari peraltro ai 24 mesi di ammortamento dell'antecedente art. 1,comma 2, lett. a).

[23] Ovviamente, qualora la patologia debitoria sia ben più grave e, comunque, soltanto irreversibilmente aggravata dal periodo emergenziale non resterà che fare ricorso agli ordinari strumenti concorsuali.

[24] Anche altri Paesi sono intervenuti d'urgenza decretando la sospensione delle procedure concorsuali, quali, ad esempio, la Spagna con il Regio Decreto 8/2020.

volta, quanto meno, a sospendere il processo espropriativo[25] e nel Decreto Cura Italia, l'inadempimento contrattuale, anche se imputabile a forza maggiore[26] non viene *tout court* giustificato, limitandosi l'art. 91 a rinviare ad una mera valutazione "ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"[27].

L'inevitabile ossimoro di fondo che connota l'attuale contesto emergenziale risiede, quindi, nella forzata convivenza di un concetto e di istituti obiettivamente statici (quali la sospensione dei pagamenti, la moratoria e, più in generale, una sorta di ibernazione delle PMI[28]) con la natura dei rapporti finanziari e commerciali, caratterizzati questi ultimi da spiccati profili di volatilità e dinamicità, che devono mantenere il loro incedere.

Nel fisiologico conflitto che verrà a generarsi tra moratoria e adempimento (o meglio circolarizzazione dei flussi finanziari), dovrà privilegiarsi una soluzione interlocutoria che involge la responsabilità delle parti nell'esecuzione dell'obbligazione e, quindi, la loro buona fede e diligenza, il cui apprezzamento, in difetto di buon senso, rischia di dover essere sovente devoluto ad un intervento giurisdizionale dirimente ma difficilmente tempestivo[29]; nella sua fase patologica, invece, il conflitto dovrà essere regolamentato facendo ricorso all'attuale sedime normativo concorsuale, inter-

---

[25] Salvo voler considerare tale, ma comunque solamente sino al prossimo 30 aprile, quella ricavabile dall'art. 11 del Decreto Liquidità allorché sospende il decorso dei termini di scadenza, non solo per i titoli di credito, ma anche per "*ogni altro atto avente efficacia esecutiva*".

[26] Proprio perché *non semper videtur dolo facere qui reposcenti non reddit.*

[27] Per una panoramica ad ampio raggio del tema, si rimanda a A. Dolmetta, "*Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina delle obbligazioni*, in *www.ilcaso.it*.

[28] Sul tema, cfr. G. Corno-L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*.

[29] G. Corno-L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit. p. 5, nota 9.

pretato evolutivamente[30] ma comunque in un rapporto ipotattico con la "speciale" decretazione d'urgenza di questi e dei giorni a venire.

Certo è che, per evitare, un irreversibile avvitamento del sistema ed una radicalizzazione di atti predatori[31], la potenziale deriva pubblicistica e "giustizialista" sposata dal Codice della Crisi di Impresa dovrà cedere inesorabilmente il passo ad iniziative di salvataggio proprie dell'autonomia imprenditoriale, sostenute dall'apparato legislativo, scongiurando l'ingresso di interventi di organi giurisdizionali, quali il Pubblico Ministero, se non esclusivamente in circoscritti casi di patente distrazione[32].

---

[30] Si parla di interpretazione evolutiva della legge quando ad una norma si attribuisce un significato diverso rispetto a quello attribuitole in passato: o perché è mutato il sistema di norme entro il quale la norma in questione è destinata ad operare, e allora si tratta di una applicazione del criterio di interpretazione della legge sistematica, oppure perché appaiono superati i referenti economici e sociali della norma, e questa viene interpretata in modo adeguato ai nuovi dati della realtà economica e sociale. Cfr. Cass., Sez. Un., 2 marzo 2020, n. 5686, in *Italgiure*.

[31] Art. 15 e 16 Decreto Liquidità. Sul tema della *Golden Power*, già disciplinato con il D.L. 15 marzo 2012, n. 21 (e successive modifiche anche regolamentari), divenuto di stretta attualità anche in ambito UE con la raccomandazione della Commissione europea del 25 marzo 2020: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf., cfr. T. Serrani, *Golden Power all'epoca del Covid-19*, in *www.comparativecovidlaw.wordpress.com/2020/04/07/golden-power-allepoca-del-covid-19*; I. Pollastro, *La tutela delle imprese italiane: tra misure adottate (Golden Power) e misure suggerite (voto maggiorato)*, in *www.ilcaso.it*.

[32] Non a caso l'unica possibilità di intervento del PM in sede di accertamento dell'insolvenza è limitata dall'art. 10 Decreto Liquidità al deposito di istanza cautelare volta a conseguire effetti conservativi sull'azienda, *ex* art. 15 comma 8 l.fall. Secondo M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020,* cit., "Lo stesso P.M., per conseguire la dichiarazione del fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti al solo sequestro, ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011, dovrebbe parimenti svolgere la citata istanza, anche se non è chiara, in tal caso, la convivenza operativa tra una misura cautelare o conservativa nell'interesse dei creditori, una volta concessa e la misura di prevenzione già in atto, per quanto avente altra finalità ma in fatto estrinsecata in attività di amministra-

→

Fatto sta che l'ingranaggio si è arrugginito e l'unico dispositivo antivirale che può ricondurlo a fluidità non è altro che un sovradosaggio di nuova liquidità, da innestare in un contesto stabilizzato da adeguate misure protettive.

Da qui sorge l'esigenza, da un lato, di fuoriuscire dal dogma e dalla rigidità del concorso, perché i prestiti di liquidità erogati alle imprese devono circolare senza freni (in quanto solo un sistema economico flessibile e capace di agevolare la liberalizzazione dei flussi sarà in grado di ripartire) e, dall'altro, di consentire alle imprese di ottenere il proprio riequilibrio patrimoniale, giocoforza intaccato dalla pandemia.

Gli interventi dei decreti d'urgenza, asetticamente considerati, sono assolutamente insufficienti per conseguire l'obiettivo di tutelare al massimo grado tutti gli *stakeholders* di ogni impresa (dipendenti, soci, clienti, fornitori, erario, banche), come già sancito dalla Direttiva UE 2019-1023 del 20 giugno 2019 e non sono idonei a fronteggiare il problema delle "perdite" di esercizio prodotte dall'emergenza[33], perché, anche a voler prescindere dall'eccessiva burocratizzazione procedurale all'accesso, il patrimonio d'una impresa non si ristabilizza "per decreto"[34] oppure contraendo finanziamenti[35] (essendo, questi ultimi, chiamati in causa in presenza d'una temporanea

zione giudiziaria omologa. In difetto, il tribunale sembra tenuto – in questo come nei precedenti casi - alla dichiarazione della improcedibilità, per quelle del periodo e con qualche dubbio, per quelle anteriori e non ancora decise al 9 marzo 2020, data di prima vigenza del decreto legge n. 23". Sul piano penale, è indubbio che i recentissimi interventi meritino un'accurata riflessione; per alcune prime interessanti considerazioni, cfr. F. Di Vizio, *Nella Crisi un passo indietro del diritto penale dell'economia,* in *Il Sole24ore*, 10 aprile 2020, 29; M. Pollio, *Rischio bancarotta con il ricorso al credito dello stato*, in *Italia Oggi*, 10 aprile 2020.

[33] Sulle implicazioni in sede di redazione di bilancio, si rinvia a M. Di Sarli, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*.

[34] Cfr. M. Spiotta, *La (presunzione di) continuità al tempo del Covid-19*, in *www.ilcaso.it*.

[35] Indubbiamente la via migliore sarebbe stato un reale aiuto alle imprese anche sul piano patrimoniale e non solo finanziario attraverso, quanto meno, una parte di erogazioni "a fondo perduto". Di sicuro la scelta di fornire garanzie statali anche per presti- →

carenza di liquidità).

Le perdite potranno essere coperte soltanto con iniezione di capitale da parte dei soci (e, con ciò, si spiega la provvisoria abdicazione del principio della postergazione dei finanziamenti societari) o, nelle società virtuose, attingendo a riserve o rinunciando alla distribuzione di dividendi (non a caso posta come condizione all'art. 1 comma 2 lett. i, per poter accedere all'erogazione del finanziamento garantito da SACE S.p.A.).

Posto, pertanto, che tutte le imprese sono oggi, quanto meno, in crisi ed assoggettate ad una moratoria collettiva, si assiste ad un fenomeno inverso rispetto a quello legislativamente voluto scongiurare, ovverosia ad un'accelerazione delle misure d'allerta, perché chi non potrà intervenire con capitale proprio e/o non sarà in grado di accedere adeguatamente al credito bancario o, ancora, non sarà in grado di coprire le certe perdite di esercizio con i flussi del prossimo quinquennio, sarà costretto inevitabilmente ad accedere ad una procedura concorsuale[36] per ristrutturare la propria situazione economico patrimoniale o per accertare la propria insolvenza.

E, paradossalmente, un'insolvenza *ex* art. 5 l.fall. che non sarebbe imputabile all'imprenditore e che, probabilmente, non sarebbe neppure emersa senza la pandemia, tanto da spingere autorevole dottrina[37] ad affermarne l'obiettiva insussistenza dei relativi presupposti, rilevando cioè il solo fatto dell'impossibilità di assolvere regolarmente le contratte obbligazioni, pur a

---

ti già sussistenti, sostituendo quindi lo Stato alle banche, ha portato qualche commentatore a denunciare il rischio di un ritorno al passato con una nuova IRI, T. Boeri e R. Perotti, *Soldi alle imprese, cosa non va*, in *La Repubblica*, 10 aprile 2020, 29.

[36] Salvo valutare, ove ancora sostenibile, il ricorso ad un piano attestato *ex* art. 67 l. fall., strumento senz'altro favorito dal generale "spirito moratorio" del momento.

[37] Cfr. G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza,* in *www.ilcaso.it*; nelle more della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto Liquidità che ha previsto all'art. 10 l'improcedibilità delle istanze di fallimento, v. dello stesso Autore, *Breve commento all'art. 11 Decreto Liquidità [al momento ancora in bozza]*, in *www.ilcaso.it*. Con le note critiche formulate, non solo rispetto allo strumento dell'improcedibilità dei ricorsi *ex* art. 15 l. fall., ma anche rispetto all'incompleta sospensione dei termini in tema di revocatorie fallimentari.

fronte d'una copiosa giurisprudenza di legittimità di segno opposto[38].

A confortare, tuttavia, la condivisibile tesi soccorrono, sul piano legislativo, l'introduzione d'una norma (il citato art. 91 Decreto Cura Italia) che, come visto, impone di valutare sempre l'attuale pandemia come possibile causa di esclusione della responsabilità[39]; sul profilo giurisprudenziale, il principio secondo cui l'insolvenza fallimentare deve in ogni caso consistere in una "*situazione strutturale e non transitoria di incapacità di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni*"[40].

Dunque, non potrebbero considerarsi insolvenze (e per certi versi neppure crisi, ove si pensi alla definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a* del

---

[38] Cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI-1, 24 settembre 2013 n. 21802.

[39] D'altra parte l'ordinamento conosce già un'eccezione alla regola che ritiene sussistente lo stato di insolvenza sulla base di una valutazione obiettiva dei dati e quindi a prescindere da qualsiasi ragione che l'ha determinata. Ci riferiamo all'ipotesi di sospensione dei termini sostanziali e processuali di cui ai primi quattro commi dell'art. 20 L. n. 94 del 1999 in favore delle vittime di richieste estorsive e dell'usura, in cui "*un bilanciamento tra l'interesse dei creditori all'adempimento e l'esigenza di verificare il nesso eziologico tra la difficoltà dell'adempimento e la genesi criminale del debito, determina un'indubbia alterazione delle ordinarie relazioni civili, la cui operatività, però - pur trovando giustificazione nell'interesse pubblico alla tutela delle posizioni debitorie - va necessariamente circoscritta ad ipotesi tassative*". Quantunque la dichiarazione di fallimento non sia evitabile allorché emerge dalla *"situazione generale dell'imprenditore ed* [d]*alla sussistenza di altri inadempimenti o debiti (ex multis, Cass. 1582/2017, di conferma della sentenza di merito che, pur non negando la rilevanza della sospensione ad incidere sull'accertamento dello stato di insolvenza di una società, poi dichiarata fallita, ha ritenuto non provata l'applicabilità della sospensione ai crediti scaduti di detta società, nonché la capacità della stessa di far fronte con mezzi normali all'adempimento delle obbligazioni non colpite dalla predetta misura)*" (Cass., sez. I, 22 maggio 2019 n. 13850, in *www.ilcodicedeiconcordati.it*).

[40] Cass., Sez. Un., 13 marzo 2001, n. 115; cfr., per un interessante caso in cui l'insolvenza risulta esclusa, anche sul piano prospettico, proprio perché ritenuti temporanei e per fatti non imputabili al debitore gli inadempimenti posti a base dell'istanza di fallimento, Trib. Benevento 18 dicembre 2019, in *www.ilcaso.it.*

Codice della Crisi)[41] quelle che venissero contestate immediatamente dopo il 30 giugno 2020, proprio in ragione del fatto che è lo stesso legislatore dell'emergenza a parlarne, all'art. 56 del Decreto Cura Italia, in termini di "*temporanea carenza di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia da COVID-19*".

A fronte dell'onda lunga della pandemia, che all'evidenza andrà ben oltre il prossimo 30 giugno previsto per l'improcedibilità delle istanze di fallimento dall'art. 10 del Decreto Liquidità, diviene comunque imprescindibile riflettere sull'importanza sempre maggiore della salvaguardia di aziende assoggettate a fallimento, addirittura per insolvenza incolpevole, ma caratterizzate da virtuosi processi produttivi ed economici ed in cui, quindi, preservare l'elemento organizzativo nell'impresa moderna diviene d'uopo.

D'altra parte, come da tempo è stato acutamente osservato, «*l'imprenditore individualista instancabile, dotato di intuito, e di audacia, è stato il solo eroe degli economisti. La grande organizzazione aziendale non riscuote uguale ammirazione(...). Il dover sostenere, per amore della verità, la superiorità dell'organizzazione dell'individuo a importanti fini sociali è una dura prospettiva. Tuttavia è necessario farlo. È agli organismi, non agli individui che è passato il potere dell'impresa e sulla società*».[42]

2. L'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda e il concordato fallimentare: istituti in cerca di attori.

In tale visione prospettica, l'esercizio provvisorio nel fallimento rappresenta il finale tentativo di salvaguardia del valore organizzativo nella continuità aziendale, intesa, ai nostri peculiari fini, come capacità dell'impresa di

---

[41] Difatti, viene definita ivi "*«crisi»: lo 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 prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*".

[42] K. Galbraith, *Il nuovo stato industriale,* Torino,1968, 54; v. anche A. Rossi, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa,* in *Quaderni giur. comm.,* Milano, 2013, 133-193.

proseguire, anche per un breve periodo, la sua efficiente attività nella prospettiva della migliore alienazione aziendale.

D'altra parte è misura che può venire in rilievo già durante la fase liquidatoria ordinaria: difatti, anche in tale ambito l'attuale art. 2487, lett. c, c.c. prevede la possibilità per il liquidatore di compiere gli: «*... atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo*».

L'esercizio provvisorio, per essere disposto, richiede due requisiti: la sussistenza di un «*danno grave*»[43] e l'assenza di «*pregiudizio ai creditori*», guarda caso, presupposti che stanno alla base proprio della recente decretazione d'urgenza.

È pur vero che la norma testualmente impone la sussistenza di tali requisiti solo rispetto all'esercizio provvisorio disposto contestualmente alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 104, comma 2, l. fall.), ma sembra pacifico che, anche nel caso di esercizio provvisorio successivamente autorizzato dal Giudice Delegato, su istanza del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori (art. 104, comma 2, l. fall.), tali due requisiti debbano parimenti sussistere[44].

Sull'individuazione del «*danno grave*», la Suprema Corte è giunta ad affermare che nell'«*autorizzare l'esercizio provvisorio il tribunale può tener conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei*

---

[43] Requisito che, allo scopo di favorire ulteriormente l'adozione di tale strumento, l'emanando (?) decreto correttivo al C.C.I.I. ha soppresso al comma 2 dell'art. 211.

[44] Trib. Terni, 28 ottobre 2010, in *www.osservatorio-oci.org*; Trib. Benevento, 28 ottobre 2014, inedito *contra* Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in *Giur. Comm.*, 2010, II, 1174, secondo cui l'esercizio provvisorio disposto ai sensi dell'art. 104, comma 2, l. fall. mira soltanto alla miglior valorizzazione dell'attivo fallimentare, senza considerare le altre finalità previste dal primo comma della norma; per la necessaria esistenza di ambedue i requisiti v. A. Rossi, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare,* in *Giur. comm.,* 2010, 1196-1197; parzialmente *contra* F. Fimmanò, *La gestione dell'impresa nell'ambito del* fallimento, in *Trattato delle procedure concorsuali – III Il Fallimento*, A. *Jorio- B. Sassani*, Milano, 2016, 165, che ritiene non necessario che il Giudice Delegato verifichi la sussistenza di un danno grave, ma unicamente l'insussistenza di un pregiudizio per i creditori.

terzi fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato»[45]; tuttavia la conclusione non convince, perché la lettera della legge ci pare inequivocabile allorché impone l'ulteriore, e non certo alternativo, requisito dell'assenza di pregiudizio rispetto alla massa dei creditori.

Ecco allora che, di fronte ad una previsione sistematica che alloca anche lo strumento dell'esercizio provvisorio nella logica della migliore liquidazione possibile *pro* creditori[46], il «*danno grave*» può considerarsi in termini di pericolo di dispersione del valore dell'organizzazione d'impresa, tanto nelle sue componenti più strettamente patrimoniali quanto rispetto ai traffici giuridici negoziali riguardanti i vari *stakeholders*, sia dal lato degli *input* (lavoratori *in primis*) che da quello degli *output* (beneficiari del prodotto o del servizio finale).

Ma in quanto «*danno grave*» deve trattarsi del rischio di dispersione di un rilevante valore organizzativo che ovviamente aumenta con la dimensione dell'impresa a parità di specificità e durata delle risorse organizzate, ma soprattutto di un pregiudizio che deve riguardare un'impresa che sia ancora appetibile per il mercato, cioè un'azienda *viable* rispetto a cui possa quindi confidarsi che si generi un *goodwill* dalla vendita dell'azienda quale *going concern* in grado, pertanto, di compensare il pregiudizio provocato dalle endogene prededuzioni dell'esercizio provvisorio *ex* art. 104, comma 8, l. fall.

Anche perché non va trascurato che l'esercizio provvisorio, grazie alle possibilità offerte dalla prosecuzione (anche interinale) dei rapporti contrattuali, se saldato ad una ristrutturazione anche sul piano dei rapporti di lavoro (come senz'altro consente l'art. 105, comma 3, l. fall., ove anche la vendita si concretizzi nel cono d'angolo a forme ancora più libere del con-

---

[45] Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, 2014, 1, 113.

[46] Tanto per la rubrica del Capo VI che per l'indissolubile legame, anche grazie all'art. 104-*ter*, comma 2, lett. a, b e d, l. fall., alle disposizioni di cui all'art. 105, comma 1, l. fall. privilegiante la vendita di beni in forma aggregata, come d'altra parte avviene anche in caso di concordato fallimentare, Cass., civ., sez. I, 29 luglio 2011, n. 16738, in *Fall.*, 2012, 51, con nota di L.A. Bottai, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*.

cordato fallimentare), può costituire un'occasione di *reset* organizzativo dell'impresa in grado addirittura di incrementarne il valore rispetto a quello sussistente all'inizio della procedura fallimentare, pur ferma l'impossibilità di avvalersi di risorse reperibili nell'attivo fallimentare per un'organizzazione *ex novo* dell'impresa[47].

Quanto al secondo, ed in fondo ancora più *tranchant*, requisito dell'assenza di pregiudizio per i creditori concorsuali, deve ricordarsi che, ove anche sussista un «*danno grave*» da interruzione dell'attività d'impresa, l'esercizio provvisorio potrà disporsi solo in quanto non risulti pernicioso per i creditori.

In altri termini «l'*istituto di cui all'art. 104 l. fall. presenta una duplice finalità: non solo quella privatistica di consentire il miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma anche quella pubblicistica della conservazione dell'impresa del fallito o da questi gestita, sempre che il ceto creditorio non ne ritragga pregiudizio*»[48].

E più precisamente in ordine all'assenza di pregiudizio si è correttamente osservato come «*il Tribunale dovrebbe poter disporre ed essere messo in grado di effettuare il confronto tra il prezzo reputato ricavabile dalla vendita dell'azienda a cui si affianchi l'esercizio provvisorio, al netto delle variazioni*

---

[47] A. Barachini, *La nuova disciplina dell'esercizio provvisorio: continuità dell'impresa in crisi nel e fuori dal) fallimento,* in *Società banche e crisi di impresa*, a cura di M. Campobasso- V. Vichiariello -V. Di Cataldo- F. Guerrera- A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, 2874; A. Pezzano, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, *www.ilcaso.it*; *contra* F. Fimmanò, *sub* art. 104 l. fall., in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, 1612, ripreso adesivamente da A. Patti, *Rapporti pendenti ed esercizio provvisorio tra prededuzione e concorsualità, alla ricerca della regola da applicare*, in *Fall.*, 2012, 10, 1230, che tra l'altro, in caso di eccessivo utilizzo della forzosa prosecuzione di rapporti, suggestivamente ipotizza il rischio anche di «dumping *da procedura concorsuale*»; sulla stessa linea Trib. Firenze 30 maggio 2016 in quanto dovranno necessariamente ridimensionarsi le spese con riduzione degli utili atteso «*che la gestione del curatore non avrà carattere propriamente imprenditoriale*».

[48] Trib. Pistoia 28 dicembre 2013, inedito; in senso conforme, Trib. Catania 18 giugno 2016, in *www.ilcaso.it* e Trib. Benevento 28 ottobre 2014, inedito.

finanziarie generate dalla sua prosecuzione, il prezzo ricavabile dalla vendita dell'azienda cui non si affianchi l'esercizio provvisorio e infine il valore che si stima ricavabile dalla vendita atomistica dei singoli beni, potendosi disporre l'esercizio provvisorio, non solo ove il primo dato sia certamente più favorevole rispetto alle altre due ipotesi liquidatorie, ma anche nel caso in cui il risultato sia sostanzialmente equivalente, posto che anche in tal caso verrebbe rispettato il requisito minimale dell'indifferenza per il ceto creditori»[49].

D'altra parte, ai sensi del fondamentale precetto di cui all'art. 105, comma 1, l.fall.[50], la liquidazione disgregata dei singoli beni va disposta solo quando «*risulta prevedibile*» che la vendita dell'intero complesso aziendale – pertanto da coltivarsi anche *ex* art. 104 l.fall. – «*non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori*»[51].

Diventa allora inevitabile interrogarsi sul perimetro esegetico del sostantivo «*pregiudizio*» di cui all'art. 104, comma 1, l.fall., necessariamente da leggersi, appunto, in combinato disposto con l'ampio riferimento al concetto di «*maggiore soddisfazione*» di cui all'art. 105, comma 1, l.fall., ma in fondo anche con l'art. 104 *bis* l.fall. allorché parla (solo) genericamente di «*più proficua vendita*» richiamando tra l'altro, pur se rispetto alla sola fase dell'affitto, «*la conservazione dei livelli occupazionali*». Ed è solo facendo riferimento al pregiudizio potenziale per la maggioranza dei creditori che potrà passarsi dal piano di un'irrealistica comparazione soggettiva a quello di

---

[49] Trib. Alessandria 9 febbraio 2016, in *www.ilfallimentarista.it*; negli stessi termini, Trib. Udine 10 dicembre 2011, in *www.unijuris.it*; A. Rossi, *op. cit.* 1185 ss, che da una sì tale lettura trae anche la conclusione che, purché il valore di vendita unitaria aziendale prevedibilmente consentito dall'esercizio provvisorio non si riveli comunque inferiore al valore di realizzo dei singoli beni, risulti in ogni caso possibile considerare anche un minor prezzo qualora "compensato" da una certa aliquota minima di posti di lavoro.

[50] Una delle «grundnormen *che permea la fase della liquidazione costituendone l'ossatura strategica*», G. M. Nonno, *sub* art. 105 l. fall., *La legge fallimentare*, a cura di Ferro M., Padova, 2014, 1431.

[51] M. Sandulli, *sub* art. 104 l. fall., in *La nuova legge fallimentare*, a cura di Nigro A.-Sandulli M., Torino, 2006, II, 628.

una funzionale valutazione oggettiva[52].

In un tal contesto diventa indispensabile che già in fase prefallimentare, anche attraverso il ricorso a relazioni tecniche *ex* art. 15, commi 4 e 6, l.fall., i creditori istanti ove ritengano la misura *de qua* profittevole o anche il medesimo debitore qualora sia dello stesso avviso[53] oppure il curatore successivamente alla sentenza di fallimento *ex* art. 104, comma 2, l.fall. e/o 104-*ter*, comma 2, lett. a, l.fall., si adoperino per redigere nel modo più puntuale possibile un piano con le potenziali entrate ed uscite rappresentando in che misura le stesse siano compensate dall'aumento del valore di collocazione dell'impresa fallita e comunque dal suddetto limite minimo del valore di vendita atomistico, con comparazione delle ipotesi alternative, quale la vendita immediata dell'azienda *ex* art. 104-*ter*, comma 7, l.fall.[54] ovvero l'affitto d'azienda, se del caso "ponte" (*alias* temporaneo), cioè in via d'urgenza ante approvazione del programma di liquidazione attraverso procedure competitive semplificate o anche successive e in qualche modo in linea con i disposti del nuovo art. 163-*bis* l. fall.[55].

---

[52] Il pregiudizio alla maggioranza dei creditori sussiste ogni qual volta potrebbe conseguirsi «*un risultato della liquidazione fallimentare che, specie al netto dei crediti ammessi in prededuzione ex artt. 104, comma 8 e 111 l. fall. in funzione della continuazione dell'attività d'impresa, risulti infine inferiore a ciò che si sarebbe potuto ottenere dalla vendita atomistica dei singoli cespiti aziendali in assenza dell'esercizio provvisorio*», A. Rossi, *op. cit.*, 1189.

[53] Su una peculiare ipotesi di esercizio provvisorio con garanzia per la differenza rispetto alle eventuali perdite – *Differenzhaftung* – in abbinamento prospettico ad un concordato fallimentare, sia consentito il rinvio a A. Pezzano, *op. cit.*.

[54] M. Ferro, *La liquidazione dell'attivo: fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio, fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite*, in *Dir. fall.*, 2006, 813; F. Fimmanò, *op.cit.*, 166; A. Panizza, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, a cura di Galletti D.-Panizza A.-Danovi A.-Ferri A.-Riva P.-Cesare F.-Quagli A., Milano, 2013, 36; E. Stasi, *L'esercizio provvisorio*, in *Fall.*, 7, 2007, 853-584; CNDCEC 16, 35 ss.

[55] Trib. Torino 7 marzo 2012, inedito; con specifico riguardo all'art. 163-*bis* l. fall.; Trib. Torino 5 agosto 2016, inedito; Trib. Bergamo 23 dicembre 2015, in *www.ilcaso.it*; art. 163bis del C.C.I.I..

Vi è anche chi autorevolmente ipotizza che già nella fase prefallimentare possano anticiparsi gli effetti propri dell'esercizio provvisorio con una misura di «*spossessamento cautelare*» dell'impresa *ex* art. 15, comma 8, l.fall.[56].

Meritevole di riflessione, infatti, risulta lo stimolante tentativo di offrire, attraverso lo strumento dell'affitto d'azienda con l'autodichiarazione di fallimento ed il deposito del concordato fallimentare "del giorno dopo", una possibile via d'uscita allo stallo finanziario cui sono incorse le imprese "contagiate"[57].

L'affitto d'azienda non pone alcun rischio di far insorgere prededuzioni, come vincoli di solidarietà *ex* artt. 2112 e 2560 c.c. in caso di retrocessione dell'azienda alla luce del rassicurante disposto dell'art. 104 *bis*, comma 6, l.fall.; tuttavia, oltre a non essere immediatamente attivabile (imponendo sempre una qualche preliminare negoziazione e comunque, salvo ritenere ammissibile la figura dell'affitto "ponte", una procedura competitiva *ex* art. 104-*bis*, comma 2, l.fall.), rischia di porre problemi di indennizzo in prededuzione in caso di anticipato recesso dal contratto (art. 104 *bis*, comma 3, l.fall.), ovvero di esporre il fallimento al rischio di non percepire i canoni o di disperdere *know how* qualora non sia poi l'affittuario ad acquistare l'azienda del fallito[58], come di rendere più difficoltosa la vendita in caso di concesso diritto di prelazione (art. 104 *bis*, comma 5, l.fall.).

Non solo: a differenza che nel caso di esercizio provvisorio, *ex* art. 2558, commi 2 e 3, c.c. i contraenti *in bonis* ben potranno recedere dai contratti d'impresa.

Quando poi si giunge al momento della cessione aziendale, cui appunto mirano le predette due misure, la normativa fallimentare, ferma la regola della competitività (art. 105, comma 2, l.fall.), offre un ventaglio di opzioni

---

[56] F. Fimmanò, *op. cit.*, 89-140

[57] F. Fimmanò, *La* resilienza *dell'impresa di fronte alla crisi* da coronavirus *mediante affitto d'azienda alla* newco-start up*, auto-fallimento e concordato "*programmati*", in www.ilcaso.it;* A. Pezzano, *op. cit.*; L. Gambi, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: strumenti per la continuità d'impresa*, in *www.ilfallimentarista.it.*

[58] L. A. Bottai, *sub* art. 104-bis l. fall., in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro M., Padova, 2014, 1378.

per favorirla al meglio, compreso il conferimento dell'azienda o dei rami della stessa in una o più società anche di nuova costituzione (art. 105, comma 8, l.fall.).

Ma anche un altro strumento, ove ben utilizzato anche in connessione con l'esercizio provvisorio (ovvero l'affitto d'azienda), può essere ancora più flessibile della disciplina di cui all'art. 105 l.fall.: il concordato fallimentare *ex* art. 124 ss. l.fall. che, oltre a favorire la rapida e reale (a differenza della *fictio* chiusura di cui al novellato art. 118 l.fall. con le sue note problematiche esegetiche quanto operative) definizione delle procedure fallimentari, mira «*ad agevolare la soluzione della crisi dell'impresa attraverso strumenti che, nel favorire la riallocazione dei fattori produttivi, consentano al tempo stesso di salvaguardare l'unità dell'azienda, trasferendola nelle mani di chi sia in grado di gestirla utilmente*»[59].

Difatti, il concordato fallimentare, a differenza della vendita *ex* art. 105 l.fall., può consentire:

i) di modulare *ex* art. 124, comma 2, lett. c, l.fall. nel modo più variegato, e non solo temporale, la soddisfazione dei creditori e quindi in ultima analisi di saldare il prezzo anche della cessione aziendale ricompresa nel perimetro della proposta concordataria[60], che invece nel caso dell'art. 105 l.fall. può avvenire solo in denaro e con il limitato accollo di cui all'art. 105, comma 9, l.fall., oltre che non superare una dilazione di dodici mesi alla luce del novellato disposto dell'art. 107, comma 1, l.fall.;

ii) di coltivare *ex* art. 124, comma 4, l.fall. in tranquillità processuale, ol-

---

[59] Cass. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Fall.*, 2012, 51, con nota di L. A. Bottai, *Abutendo juribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*; G. Buccarella, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016; M. Di Lauro, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2011; G. Minutoli - C. Blatti, *sub* art. 124 l. fall., in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro M., Padova, 2014, 1712; S. Pacchi (a cura di), *Il concordato fallimentare la disciplina nel nuovo diritto concorsuale: da mezzo di cessazione del fallimento a strumento d'investimento*, Milano, 2008; A. M. Perrino, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Foro. it.*, 2006, V, 200; A. Pezzano - A. Crivelli, *Abuso e non abuso del diritto nel concordato fallimentare*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2014, 1-17.

[60] Trib. Milano 16 marzo 2016, *www.ilfallimentarista.it*.

tre le azioni di massa, anche quelle relative all'azienda ceduta e che la semplice cessione *ex* art. 105 l.fall. potrebbe non consentire;

iii) possedendone il proponente i requisiti soggettivi, la prosecuzione imprenditoriale degli esercizi provvisori inerenti le imprese di farmacie (art. 113, R.D.L. 27/07/1934, n. 1265) nonché gli appalti e le concessioni pubbliche (art. 110, D.Lgs. n. 50/2016)[61];

iv) far fruire uno o più creditori del proponente (ad esempio una banca per un finanziamento funzionale all'esecuzione del concordato acquisitivo anche del complesso aziendale) della prededuzione *ex* art. 111, comma 2, l.fall. (dopo la prededuzione endoconcordataria preventiva[62], potremmo vedere riconosciuta anche la prededuzione endoconcordataria fallimentare[63]).

v) ma soprattutto può consentire, attraverso il voto e l'eventuale opposizione di convenienza (nell'ipotesi di cui all'art. 129, comma 4, parte seconda, l.fall. ed a differenza che nell'impugnazione *ex* art. 36 l. fall. in cui il merito sulla decisione di vendita ai sensi dell'art. 105 l.fall. non è censurabile), la scelta consapevole dei creditori del fallito su cosa rappresenti, anche rispetto all'acquisizione aziendale proposta dall'assuntore, la loro migliore soddisfazione, grazie anche ai duplici previ pareri di cui all'art. 125 l.fall..

I vantaggi del concordato fallimentare si appalesano anche con riferimento alla disciplina delle vendite delle azioni giudiziali di cui all'art. 106 l.fall.: mentre con la disciplina del concordato di cui all'art. 124, comma 4, l.fall. il Curatore non dovrà anticipare alcuna somma per avviare il procedimento contenzioso (essendo sufficiente la semplice autorizzazione da parte del Giudice Delegato), nel caso previsto dall'art. 106 l.fall. l'azione do-

---

[61] Cass. 28 luglio 2016, n. 15698, in *www.cortedicassazione.it*; Cass. 26 maggio 2009, n. 12140, in *www.ilcodicedeiconcordati.it.*

[62] Cass., sez. VI-1, 4 febbraio 2020 n. 2429; Cass., sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724, in *www.ilcaso.it.*. In dottrina, cfr. M. Fabiani, *L'emancipazione della prededuzione dalle categorie processuali e i riflessi sui concordati di liquidazione,* di prossima pubblicazione su *Riv.dir.comm.*.

[63] Per un'ampia ed aggiornata disamina sul generale fenomeno della prededuzione, v. S. Leuzzi, *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *www.ilcaso.it.*

vrà risultare già introdotta, con tutte le problematiche che potrebbe scaturire per la necessità di dover prevedere comunque, e quindi anche ad azione ceduta, ad accantonamenti prudenziali in punto di rischio spese di lite per l'ipotesi che il curatore non risulti estromesso dal giudizio *ex* art.111, comma 3 c.p.c. a spese compensate.

Ne consegue che il concordato fallimentare, nella poliedricità delle sue possibili esplicazioni[64] ed ove tempestivamente presentato, può davvero rappresentare una riscoperta frontiera da esplorare attentamente[65], per cercare di immettere speditamente nuove liquidità in un "mondo" che ne ha urgente bisogno.

Eppure nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza non ha trovato quella naturale implementazione estensiva, tanto predicata dal Legislatore[66]: difatti, oltre a non essere prevista la disciplina del gruppo di imprese fallite[67], ne è stata smontata l'architrave posta alla base della competitività, espungendo, in spregio ai basilari principi informativi, l'obbligo di pubblicazione al regi-

---

[64] F. Fimmanò, *La* resilienza *dell'impresa di fronte alla crisi* da coronavirus *mediante affitto d'azienda alla* newco-start up, *auto-fallimento e concordato* "programmati", *op. cit.;* A. Pezzano, *op. cit.*.

[65] V. art. 104 *ter*, comma 1, lett. *b*), ma anche gli artt. 118, 119 e 130 l.fall. per l'immediata chiusura del fallimento che il concordato fallimentare genera con la definitività dell'omologazione ed i conseguenti benefici effetti del 22% sul credito ammesso grazie alla possibilità di emettere la nota di variazione sull'IVA ex art. 26 DPR n. 633/72.

[66] Art. 7, comma 10, L. 19 ottobre 2017 n. 155: "*Al fine di accelerare la chiusura della procedura di cui al presente articolo, sono adottate misure dirette a:… d) disciplinare e incentivare le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte di creditori e di terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo*".

[67] Art. 3, comma 3, L. 19 ottobre 2017 n. 155: "*Nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo devono essere previsti: …d) la disciplina di eventuali proposte di concordato liquidatorio giudiziale, in conformità alla disposizione dell'articolo 7, comma 10, lettera d)*".

stro della imprese della relazione periodica semestrale di cui all'art. 33 comma 5 l.fall.[68]

3. L'urgenza dei riparti e dei pagamenti ai creditori concorsuali

Un sensibile incentivo all'immissione di liquidità nel comparto economico è, invece, recentemente avvenuto con le circolari emesse da numerosi Tribunali, in sede concorsuale ed esecutiva, con cui i Curatori ed i custodi vengono sollecitati ad attivarsi tempestivamente a predisporre il progetto di riparto[69] delle somme staggite nelle relative procedure[70] e, in taluni provvedimenti, in considerazione dell'urgenza di cui all'art. 83 del Decreto Cura Italia, non è stato neppure sottoposto a sospensione legale il *sub*procedimento di cui all'art. 110 l.fall. (visto che gli eventuali reclami, ai sensi dei relativi terzo e quarto comma, non paralizzerebbero comunque l'intero riparto, ma condurrebbero esclusivamente all'accantonamento delle sole somme oggetto dei crediti in contestazione)[71].

D'altra parte l'attuale art. 113 l.fall., letto in combinato disposto con l'art. 110 l.fall. in punto di possibile offerta di fideiussione[72] (oltre che con l'art.

---

[68] G. Gerbini, *Relazione e rapporti riepilogativi del curatore,* in *www.ilfallimentarista.it;* G. La Croce, *Il concordato nella liquidazione giudiziale*, in *Crisi d'impresa la nuova liquidazione giudiziale*¸ in *Il sole24ore,* fasc. 4, 2019, 79 ss; A. Pezzano e M. Ratti, *Il nuovo concordato nella liquidazione giudiziale,* in *Guida giuridica Italia Oggi,* 2019, 230 ss; L. Gambi, *concordato nella liquidazione giudiziale,* in *www.ilfallimentarista.it.*

[69] Trib. Bergamo *cit.* e Trib. Mantova, 9 aprile 2020, *inedito.*

[70] La cifra è da capogiro: sembra si tratti almeno di 50 miliardi di euro, v. L. Ferrarella, *I soldi della giustizia: dal "sonno" in tesoreria una chance con rischi*, in *Corriere della Sera*, 31 dicembre 2019, 34.

[71] Trib. Forlì 1 aprile 2020, in *www.ilcaso.it*.

[72] Invero, attraverso un farraginoso e poco comprensibile procedimento che ne ha reso rarefatto l'utilizzo. Difatti, si conta un solo provvedimento edito noto (Trib. Modena 3 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*) che, pur con conclusioni non condivisibili (per ragioni →

112 l.fall. per i creditori tardivi), delinea con chiarezza il percorso da seguire per quelle che sono le tassative ipotesi degli accantonamenti, generali e speciali, senza che quindi la presenza di istanze tardive non ancora esaminate o di eventuali opposizioni *ex* art. 98 l.fall. prive di conseguite misure cautelari ai sensi del relativo primo comma n. 2, possa legittimare indebiti accantonamenti[73].

Dunque, nell'attuale stato emergenziale, una prima utile applicazione delle norme vigenti viene offerta dall'art. 110 l.fall., norma che senz'altro permette al Giudice Delegato[74] - così come al comitato dei creditori - di esercitare anche quel potere di vigilanza sull'efficienza operativa del curatore che, proprio nella capacità di distribuire tempestivamente il ricavato ai creditori, dimostra a pieno di aver ben interpretato il suo ruolo in una procedura a ciò teleologicamente deputata.

In tal prospettiva, di particolare interesse appaiono quei provvedimenti che, più che stabilire un termine inferiore ai quattro mesi, indicano l'importo al di sopra del quale i curatori devono tempestivamente attivarsi per predisporre il progetto di riparto[75].

Merita poi una notazione particolare anche il tema dei mandati di pagamenti, apparentemente sempre "imposti" dall'art. 34, comma 3 l.fall.[76].

---

di spazio non è questa la sede per spiegarne le ragioni), riconosce comunque la pessima formulazione normativa della disposizione de qua. In dottrina, cfr. T. Nigro, *Il piano di riparto delle somme nel fallimento*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2017, 79-86.

[73] Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2018 n. 20225, e Cass. civ., sez. VI, 2 settembre 2014 n. 18550, in *www.ilcaso.it*.

[74] Ricordiamo, infatti, che la disposizione in esame attribuisce da sempre al Giudice Delegato il potere di stabilire un "*diverso termine*" rispetto ai quattro mesi previsti dalla norma.

[75] Trib. Bergamo *cit.* e Trib. Mantova, *cit.*, inedito.

[76] Art. 34, comma 3, l. fall: "*Prelievo delle somme è eseguito su copia conforme del mandato di pagamento del giudice delegato e, nel periodo di intestazione "Fondo unico giustizia" del conto corrente, su disposizione di Equitalia Giustizia S.p.A.*". E meno male che tale ultimo conto corrente non risulta ancora attivo, dovendo entrare in vigore dal prossimo 01/07, come però è fortemente auspicabile non avvenga (v. →

comma 429 dell'ultima legge di bilancio che segue), poiché altrimenti le procedure di prelievo delle somme sarebbero estremamente più lunghe e tutto ciò al fine di consentire allo Stato di lucrare qualche euro di interesse sulle giacenze di denari dei creditori già danneggiati dall'essere incorsi in una procedura concorsuale.

Comma 429: "*All'articolo 2 del decreto-legge n. 143 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 181 del 2008, il comma 6-ter è sostituito dal seguente:*

« 6-ter. Le disposizioni del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 30 luglio 2009, n. 127, adottato ai sensi dell'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono estese, in quanto compatibili, alle somme affluite al Fondo unico giustizia ai sensi del comma 2-bis del presente articolo. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno, sono adottate le eventuali ulteriori disposizioni necessarie a dare attuazione alle misure di cui al presente articolo.

A decorrere dal 1° luglio 2020, alla società di cui al comma 1 è intestato un conto corrente acceso presso la Tesoreria dello Stato. Sul conto corrente di cui al precedente periodo affluiscono, nel rispetto di quanto previsto ai periodi quinto e sesto del presente comma, le somme di denaro oggetto dei procedimenti di cui al comma 2-bis. La società di cui al comma 1 è assoggettata agli obblighi di programmazione finanziaria di cui agli articoli 46 e 47 della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Fermo restando il rispetto degli obblighi di cui al precedente periodo e nella prospettiva di garantire stabilità alla consistenza media giornaliera delle somme in giacenza sul predetto conto di Tesoreria, la società di cui al comma 1, entro il 15 gennaio di ciascun esercizio finanziario, comunica al Ministero dell'economia e delle finanze e al Ministero della giustizia la previsione, su base annua, delle somme di cui al comma 2-bis, che saranno depositate, nell'anno finanziario di riferimento, nei conti correnti accesi presso il sistema bancario e postale, nonché la quantificazione della giacenza media annua del predetto conto di Tesoreria dello Stato intestato alla medesima società, da aggiornare con cadenza trimestrale.

La società di cui al precedente periodo accredita i conti correnti accesi presso le banche e Poste Italiane Spa nella misura almeno pari a consentire l'esecuzione delle operazioni connesse ai procedimenti e alle procedure nell'ambito del Fondo unico giustizia, disposte dagli organi competenti. Il Ministero della giustizia, con propria circolare, impartisce agli uffici giudiziari le istruzioni necessarie a rendere immediatamente operative le disposizioni di cui al presente articolo, prediligendo, ove ritenuto opportuno, il ricorso ad un principio di gradualità, con priorità agli uffici ubicati nelle sedi giudiziarie di più significativa rilevanza»".

Riepiloghiamo l'incredibile, in termini di burocratizzazione, "processione": il curatore, per poter provvedere al pagamento del dovuto ai singoli creditori, è onerato *i)* di predisporre un progetto di riparto da indirizzare al Giudice Delegato, *ii)* depositarlo e *iii)* comunicarlo ai singoli creditori; *iv)* attendere l'eventuale reclamo e poi, *v)* conseguito un ulteriore visto da parte del Giudice Delegato attraverso il provvedimento di esecutività, *vi)* poter finalmente provvedere al pagamento. Tutto ciò non sarebbe sufficiente, poiché si pretende che il curatore *vii)* richieda e *viii)* consegua dallo stesso Giudice Delegato un ulteriore provvedimento autorizzativo ai sensi del citato articolo art. 34 l.fall. per poi *ix)* richiedere copia autentica alla cancelleria, indi *x)* ritirarla per infine *xi)* consegnarla alla banca e *xii)* poter finalmente disporre i pagamenti.

Il macchinoso *iter* non è assolutamente condivisibile: *i*) *in primis* perché, visto anche il disposto specifico dell'art. 115, comma 1, l. fall., dovrebbe risultare evidente che l'art. 34 comma 3 l.fall. disciplina una mera disposizione gestoria da adottare per quei soli casi in cui non vi sia già a monte un provvedimento autorizzativo *ad hoc* da parte del Giudice Delegato, in ordine al pagamento da effettuare da parte del curatore[77]; *ii*) in secondo luogo perché l'esigenza di vigilanza del curatore nel suo operare non può trasformarsi in potere di "polizia" da parte del Giudice Delegato anche in considerazione di tutte le deterrenze a carico del primo (che, non dimentichiamolo, riveste anche la qualifica di pubblico ufficiale tenuto già quotidianamente a registrare ogni operazione effettuata *ex* art. 38, comma 1 l.fall.); *iii*) in terzo luogo mal si comprenderebbe tale stringente vincolo a carico proprio del curatore, quando nulla è previsto al riguardo a carico dei corrispondenti organi in caso di liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria e, salva diversa previsione in decreto d'omologazione, di concordato preventivo (liquidatorio).

Questo sistema acuisce le proprie criticità nel particolare momento in cui viviamo allorché la banca richieda che si debba procedere con l'esibizione d'una copia autentica cartacea.

Fortunatamente già alcuni Tribunali hanno dato vita a virtuose prassi te-

[77] Ad es. per una spesa per un contratto cui il curatore, come suo potere *ex* art. 72, comma 1, l.fall., sia subentrato.

lematiche che stanno risolvendo molti problemi legati alle misure di contenimento.[78]

Una visione olistica sulla tematica dei riparti non può trascurare la previsione dell'art. 117 l.fall. e segnatamente il "virus" che rischia di annidarsi nella disposizione del relativo quarto comma.

Dopo cinque anni dal deposito delle somme accantonate per gli irreperibili, infatti, queste vanno ad accrescere il bilancio dello Stato (segnatamente *pro* Ministero della giustizia), ove non richieste previamente dai creditori insoddisfatti ai sensi del successivo quinto comma.

Visto che non esiste una prassi virtuosa che induca il curatore, all'atto della chiusura del fallimento, ad avvertire tutti i creditori insoddisfatti della sussistenza di somme depositate per gli irreperibili, forse un *alert* al riguardo dovrebbe essere loro inviato.

Analoga cura potrebbe avere il curatore nelle procedure sorte anteriormente al 16 luglio 2006 cui si applica il previgente art. 117.[79]

Ai sensi dei relativi commi secondo e terzo, infatti, le somme accantonate, anziché andare a favore dei creditori insoddisfatti, rischiano di diventare depositi "dormienti" a beneficio solo delle banche presso cui risultano accesi.

Da quanto fin qui esposto, emerge con sufficiente chiarezza come anche la fase di distribuzione delle liquidità, allo stato della vigente normativa (e purtroppo ancor più in futuro con il Codice della Crisi), può essere un campo dove si gioca un'importante partita per offrire un seppur modesto supporto finanziario alle imprese, che rischiano di non aver vita facile nell'accesso a nuovo credito.

---

[78] Trib. Siracusa, indicazioni operative per le procedure concorsuali 25 marzo 2020, in *www.ilcaso.it,* Trib. Benevento, *cit.*: E pensare che l'auspicio della gestione telematica dei mandati di pagamento veniva formulato da attenta dottrina oltre un lustro fa; v. P. Vella, *sub* art. 34 l. fall., in AA.VV., *Commentario Ferro*, Padova, 2014, 486.

[79] Cass., civ., sez. I, 12 marzo 2020.

4. Conclusioni

"*Lo smarrimento radicale si diffonde anche a livello economico: agli economisti sono note situazioni in cui si ha o uno shock dell'offerta (si smette di produrre), o uno shock della domanda (si smette di consumare), o uno shock dell'intermediazione commerciale (si smette di commerciare), con varie combinazioni che però non prevedono la forte compresenza di tutti e tre i fenomeni di crisi (salvo in guerre mondiali). Bene, ora siamo proprio nel mezzo di un simile scenario (potenza dei micro-organismi)*"[80].

La crisi economica che vivremo negli anni a venire sarà davvero molto acuta.

Quanto decisiva (anche) per le sorti del "sogno" europeista. Ed in un tale contesto un nuovo piano "Marshall", fondato su principi solidaristici, sarà fondamentale.

Proprio in tale logica sarebbe opportuno - e per tornare così *in medias res* - che, a fianco degli strumenti previsti dal codice dell'emergenza (a loro volta auspicabilmente "arricchiti" e definiti in sede di conversione in legge), si agevoli e si consolidi una dilatazione temporale di accesso alla moratoria, bancaria ed erariale (ad esempio sino al termine massimo di proroga del 30 giugno 2022, di cui all'art. 9, comma 1, D.L. 23/2020, in fondo sostanzialmente corrispondente ai 24 mesi di ammortamento dell'art. 1, comma 2, lett. a del Decreto Liquidità).

Ovviamente, in molti casi sarà inevitabile il ricorso anche agli strumenti ordinari del diritto concorsuale, responsabilmente favoriti nell'accesso da un differente spirito di approccio da parte di tutti gli attori (salva naturalmente l'abiura di ogni abuso, a maggior ragione in questa fase storica).

E nella breve carrellata, tentando di offrire anche stimoli e spunti per liberare e valorizzare ricchezze che stazionano troppo tempo nelle procedure, abbiamo cercato di individuare il perché alcuni degli strumenti, come l'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda ed il concordato fallimentare, potrebbero riscoprire una gioventù mai pienamente vissuta.

---

[80] G. Pezzano, *Diario delle crisi-dubbio*, in *www.iisf.it*

I PIANI DI RISANAMENTO ATTESTATI DELLE PMI PER L'USCITA DAL *LOCKDOWN*

di Giuseppe Angiolillo – Avvocato

Sommario: **1.** Premessa – **2.** Il PRA come strumento per uscire dall'emergenza – **2.1** La crisi prospettica – **2.2** La crisi esogena e prevedibile – **2.3** Gli strumenti della legislazione di emergenza – **3.** L'impatto dell'emergenza sui PRA in corso di esecuzione – **4.** Conclusioni

1. Premessa

Scopo del presente lavoro è quello di esaminare l'impatto dell'emergenza sanitaria Covid19 e della relativa normativa speciale d'emergenza sulla disciplina della crisi di impresa, con particolare riferimento ai piani di risanamento attestati previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (di seguito: PRA)[1].

Il tutto, nell'ottica dimensionale della piccola o media impresa (PMI), ancora in bonis, ma che, a causa dell'emergenza sanitaria, vede profilarsi la crisi.

[1] Sull'istituto, *ex multis*, v. L.Stanghellini – A. Zorzi, *Il piano di risanamento, in Trattato delle procedure concorsuali,* diretto da A. Jorio - B. Sassani, V, *Concordato fallimentare. Accordi di ristrutturazione. Piani di risanamento. Amministrazione straordinaria. Profili fiscali. Crisi bancarie*, Milano, 2017, 537-540; L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 252 nota 69; E. Bertacchini, *Riforma della legge fallimentare ed effetti sul sistema bancario*, in Contr. Impr., 2009, 385; M.Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ*., 2009, I, 367; Meo, *I piani attestati di risanamento*, in *Tratt. Proc. Conc*., diretto da L.Ghia, C.Piccininni e F.Severini, 4, Torino, 2011, 632 nota 7;A. Munari, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2012.

Si ritiene in sostanza opportuno adottare una sorta di "triage di emergenza", concentrandosi sulla tutela delle imprese sane o che, pur essendo in crisi, siano tuttavia dotate di assets aziendali aventi margini operativi interessanti e, quindi, suscettibili di utile risanamento o collocazione sul mercato.

Lo strumento prescelto, il PRA, collocandosi al di fuori del novero delle procedure concorsuali, consente di prescindere dalle formalità caratteristiche della giurisdizione, focalizzando così l'obiettivo al puro risanamento ed appare, dunque, caratterizzato da una maggiore elasticità e semplicità.

Infatti, il presupposto soggettivo d'impiego del piano di risanamento è costituito dalla mera condizione di imprenditore commerciale soggetto a fallimento ai sensi dell'art. 1 l.fall..

Sul versante dei presupposti oggettivi il PRA, non essendo una procedura "concorsuale" in senso stretto, non presenta, nel quadro dell'art. 67, comma 3 lett. d) l. fall., alcun presupposto oggettivo di ammissibilità. Tale conclusione è stata ribadita dall'Agenzia delle Entrate nella Risposta n. 110/E/2018. La norma, infatti, nel riferirsi a un progetto industriale suscettibile di risanare e a riequilibrare la situazione economico-finanziaria dell'impresa, tratteggia una figura negoziale assimilabile a un atto di gestione interno alla sfera dell'imprenditore[2].

Il punto di partenza è la constatazione, fatta propria da tutti i commentatori, del pesante impatto dannoso della pandemia COVID-19 sull'economia, il cui peso sarà inversamente proporzionale alla rapidità di attuazione delle misure di contenimento del virus ed alla quantità di liquidità che verrà destinata al sostegno delle imprese[3].

---

[2] La Suprema Corte ha confermato la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l. fall. (Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Italgiure*) e l'ha, di contro, negata, per i piani attestati di risanamento (Cass.25 gennaio 2018, n. 1895, in *Italgiure*).

[3] Per una disamina della tenuta della vigente disciplina fallimentare di fronte all'impatto dell'emergenza sanitaria, cfr. G.Corno- L.Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 25 marzo 2020; R. Della Santina, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia covid-19. Impressioni e spunti di riflessione*, in *Crisi d'Impresa e Insolven-*

→

Un'analisi svolta dal Cerved[4] a metà marzo 2020 sulle aziende italiane ipotizza un duplice scenario:

1) fine dell'emergenza COVID a maggio 2020 e inizio della ripresa all'inizio del 2021: la perdita di volume d'affari è stimata in 275 miliardi di euro;
2) fine dell'emergenza COVID a dicembre 2020: la perdita di volume d'affari è stimata in 641 miliardi di euro, di cui 469 miliardi nel 2020 e 172 nel 2021.

Trattasi ovviamente di stime[5], che non hanno pretesa di precisione; tuttavia emerge, chiaramente, che la emergenza sanitaria avrà un impatto pesantissimo sul sistema economico.

---

za, aprile 2020; tale scritto che prende spunto: …"*dalla dichiarazione rilasciata dal CERIL - CONFERENCE ON EUROPEAN RESTRUCTURING AND INSOLVENCY LAW - 2020-1 «COVID-19 urges legislators to adapt insolvency legislation», nella quale si esprime preoccupazione sulla «capacità della legislazione vigente in materia di insolvenza in Europa di fornire risposte adeguate alla situazione estremamente difficile in cui molte società potrebbero trovarsi nella crisi COVID-19*»; una interessante disamina degli strumenti a disposizione degli imprenditori per affrontare la crisi è proposta da FIMMANO', *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati",* in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, aprile 2020; L.Stanghellini- P.Rinaldi, *Trasformazione dei prestiti Covid19 in strumenti finanziari partecipativi (SPF), un'idea per far ripartire il sistema delle imprese,* in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, aprile 2020, partendo dal presupposto che i nuovi finanziamenti di cui necessiteranno le imprese, in aggiunta alla proroga prevista dal decreto "Cura Italia", verosimilmente vedrebbero i richiedenti privi di merito creditizio, ipotizza lo strumento della conversione dei "Prestiti Covid" in strumenti finanziari partecipativi (SFP), con possibilità della banca di cederli, a certe condizioni e a un prezzo determinato, a un veicolo pubblico che li gestisca.

[4] Cerved Industry Forecast *L'impatto del COVID-19 sui settori e sul territorio*, in https://know.cerved.com/wp-content/uploads/2020/03/Cerved-Industry-Forecast_COVID19-.pdf

[5] Cfr. altresì PROMETEIA, *Rapporto previsione marzo 2020*, consultabile su *www.prometeia.it* , che stima per il 2020 una riduzione del PIL del 6,5%; sull'effetto stimato delle misure di *lockdown* sulle imprese, cfr. *Il sole 24ore,* 26 marzo 2020, il →

Va al riguardo sottolineato che, per quanto la problematica sia ascrivibile alla pandemia in corso e non necessariamente a fattori interni all'impresa, l'esigenza di un piano di ristrutturazione/risanamento aziendale deriva comunque da:

a) incapacità di generare positivi flussi di cassa, a causa della eccessiva perdita di ricavi;
b) incapacità di fare fronte al fabbisogno finanziario necessario a coprire tutto lo stock di debito dell'impresa.

In entrambi i casi, la ristrutturazione dei debiti può avvenire attraverso:

i) il riscadenziamento o consolidamento del debito in un periodo più lungo, affinché l'esborso finanziario sia pari alla liquidità di cui può disporre l'impresa;
ii) nei casi più gravi, lo stralcio dei debiti attraverso accordi con i creditori.

Partendo da tale constatazione, si esaminerà l'istituto dei PRA sotto un duplice profilo:

- l'uso dei PRA per anticipare la crisi, utilizzando, come leva, le moratorie convenzionali e quelle stabilite dalla legislazione di emergenza e, come risorsa, le erogazioni di sostegno.
- l'impatto dell'emergenza sui PRA in corso di esecuzione.

E' comprensibile la resistenza psicologica che un approccio di questo tipo è destinato ad incontrare da parte di un imprenditore in bonis: occorre, tuttavia, considerare come un approccio maturo e sensibile alle esigenze dei creditori, evidenziato dall'avvio di un percorso volto alla adozione preventiva di un PRA e ben veicolato sul piano della informativa ai creditori stessi, possa costituire, dal punto di vista dell'immagine, un messaggio sicuramente più tranquillizzante di un inadempimento privo di alcun preavviso e giustificazione accompagnato dalla sensazione di un approccio attendista.

quale stima che la chiusura riguarderà il 50,6% delle imprese, pari a 2 milioni 250 mila unità per complessivi 5,7 milioni di lavoratori interessati.

2. Il PRA come strumento per uscire dall'emergenza

L'art. 67, comma 3, lettera d), l. fall. non si cura di definire il PRA, ma lo ricostruisce in negativo nel contesto delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare, al cui interno inscrive anche gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall' 28, lettere a) e b), deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Dalla norma affiora, incisivamente, la funzione del PRA, che, per assolvere alla sua funzione "immunizzante", dev'essere provvisto di pochi ed essenziali requisiti:

I. idoneità a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa;
II. idoneità a condurre al riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa;
III. ragionevolezza, asseverata mediante apposita relazione da parte di un esperto in possesso dei requisiti previsti dall' 28, lettere a) e b) l.fall.

Al netto di queste scarne prescrizioni, il PRA è slegato da un contenuto minimo ulteriore ed il suo intrinseco vantaggio è costituito proprio da questo: nessuna formalità, nessuna struttura dettagliata, né procedimentalizzazioni avuto riguardo alla sua elaborazione e redazione.

Nonostante tali vantaggi, è oggettiva la constatazione della scarsa diffusione dei PRA, rispetto ad altre più complesse procedure.

Tale scarso successo è, probabilmente, legato a vari fattori[6].

Va considerata, anzitutto, la tardività con la quale, di regola, l'imprenditore riesce a percepire ed a fare emergere la propria stessa crisi.

[6] : La giurisprudenza di legittimità se ne è occupata in sparute occasioni v. Cass. 20 febbraio 2020, n. 3018; Cass. 19 dicembre 2016, n. 26226; Cass. 5 luglio 2016, n. 13719, tutte in *Italgiure.*

Quale strumento tipicamente anticipatorio, l'uso del PRA presuppone, infatti, la capacità di individuare gli indicatori della crisi con largo anticipo, al fine di predisporre un piano di risanamento in grado di porvi rimedio[7].

Il PRA costituisce, cioè, uno strumento di prevenzione della crisi che presuppone "maturità" imprenditoriale e senso di responsabilità verso i creditori.

Al contempo, numerosi altri inconvenienti hanno limitato la diffusione dei PRA.

Fra questi, la necessità, non giuridica[8], ma pratica, di una interlocuzione con i creditori, spesso resa difficoltosa dal loro numero elevato, dal fatto che molti sono sprovvisti delle competenze per partecipare consapevolmente alle trattative (magari per la esiguità del loro credito, che rende antieconomico farsi assistere da professionisti) o dalla circostanza (direttamente collegata alla tardività di intervento) che gli stessi creditori sono ormai resi diffidenti e timorosi da una situazione di inadempimento che si protrae da tempo.

---

[7] Il concetto di risanamento va tuttavia interpretato in senso estensivo, anziché essere collegato al mero conseguimento di un equilibrio finanziario. La struttura del PRA non rivela esclusivamente carattere finanziario e non agisce solo sul piano remissorio. Piuttosto può e deve assumere - proprio in tempi di riapertura post pandemia - una connotazione economica ampia che punti, col supporto dei nuovi strumenti, non solo a correggere il disequilibrio fra investimenti e finanziamenti, ma ad adattare e riorganizzare l'azienda, a modellarla dal punto di vista strutturale, a rimodularne e rideterminarne i la sua capacità di generare redditività. L'obiettivo non è dilatorio, ma dinamico, afferendo al turnaround sia finanziario che economico.

[8] L'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. non impone che il piano debba esser condiviso e/o accettato dai creditori, per cui potrebbe anche darsi l'ipotesi di un PRA predisposto unilateralmente dall'imprenditore, nell'ambito del quale, ad esempio, una rapida dismissione di assets non strategici consenta di rinvenire la liquidità necessaria all'adempimento delle obbligazioni, mantenendo tali operazioni nell'ambito normativo di tutela. È tuttavia evidente che, nella normalità delle ipotesi, un PRA si svilupperà mediante dilazioni di pagamento che devono necessariamente essere concordate con i creditori, ad evitare che le azioni esecutive o cautelari promosse da questi ultimi ne impediscano l'esecuzione.

Vanno poi considerati i costi della predisposizione di un PRA[9], che richiede la compresenza, accanto alle figure classiche degli advisors legali e contabili, di competenze aziendalistiche di alto profilo specialistico.

A ciò, si aggiunge la mancanza di quella moratoria d'imperio delle azioni (*stand still*) che, invece, è tipica delle forme giudiziali di composizione della crisi d'impresa.

Nei PRA, infatti, la moratoria deve essere concordata e, a tal fine, aiuta solo parzialmente (anche se non in modo irrilevante) la possibilità di ricorrere alle convenzioni di moratoria di cui all'art. 182 *septies*, comma 5, l. fall.

Tuttavia, come si vedrà, nel quadro normativo emergenziale, l'uso della convenzione di moratoria potrebbe essere rivalutato e costituire uno snodo cruciale per approcciare la soluzione della crisi.

Val quindi la pena di sottolineare, fin d'ora, come tale istituto, squisitamente sostanziale e dotato di vita autonoma, non avendo come collocazione necessaria le procedure concorsuali o gli altri istituti tipici della legge fallimentare, può trovare applicazione anche a presidio delle trattative finalizzate alla adozione di un PRA.

Inoltre, a differenza di quanto prevede il primo comma dell'art. 182-septies per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, l'uso della convenzione di moratoria non richiede il requisito della prevalenza del debito verso banche e intermediari finanziari rispetto alla totalità dell'indebitamento dell'impresa in crisi.

Ciò consente il suo uso anche nei casi in cui il debito verso banche e intermediari finanziari non sia prevalente rispetto all'indebitamento complessivo dell'impresa in crisi.

L'esame dello strumento del PRA quale modalità di approccio alla crisi sanitaria da parte degli imprenditori, non può non partire dalla constatazione della singolarità della situazione in cui oggi versiamo.

Come premesso, si sta ipotizzando una impresa che si presenta in bonis al punto zero dell'emergenza.

---

[9] Il sistema bancario spesso richiede, per iniziare a trattare, la nomina, a spese anticipate dall'imprenditore richiedente, di uno studio legale che tuteli gli interessi degli istituti di credito. Nella migliore delle ipotesi viene nominato un solo studio per tutti gli istituti, ma accade anche che sia incaricato uno studio per ciascuna delle banche.

Tale impresa ideale si trova, rispetto alla tradizionale situazione di chi adotta uno strumento di risoluzione della crisi, in una condizione di relativo vantaggio, in quanto la sua crisi:

I. è ancora "prospettica";
II. è esogena, cioè non deriva da fattori interni all'impresa ed è prevedibile con un certo anticipo;
III. dispone di strumenti di natura straordinaria messi a disposizione dall'ordinamento.

2.1. La crisi prospettica

Il primo profilo richiama alla mente, sia pure nella prospettiva particolarissima legata alla natura esogena dello shock imprenditoriale, la fattispecie di "insolvenza prospettica" che, delineata dal nuovo codice della crisi d'impresa[10], è stata esaminata, per la prima volta alla luce del diritto vigente, da una recente pronuncia del Tribunale di Milano[11].

La questione riguardava una istanza di fallimento in cui il procedente formulava una tesi (subordinata), secondo la quale, ove l'insolvenza non fosse stata ritenuta sussistente, la stessa avrebbe potuto assumere rilievo in prospettiva, essendo imminente.

Il Tribunale, che pure respingeva l'istanza in mancanza di inadempimenti o di altri fatti sintomatici di uno stato di insolvenza, esaminava tuttavia in modo assai acuto il tema dell'insolvenza prospettica[12].

---

[10] L'art. 5 del d.l. 8.4.2020, n. 23 ha differito al 1.9.2021 l'entrata in vigore del Nuovo Codice della Crisi d'Impresa.

[11] Trib Milano 3 ottobre 2019, *in www.ilcaso.it (http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/22557)*. La pronuncia è annotata da M.Spiotta, *Insolvenza (non ancora prospettica: quali rimedi*, in *Fall.*, 2020, 1, 122.

[12] Sull'insolvenza prospettica, v. tra gli altri S. Leuzzi, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2019, 34 s.; G.Presti, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, I, Milano, 2016, 400 ss.; G.Terranova, *Lo stato di insolvenza. Ancora su "stato di insolvenza" e "stato di crisi"*, in →

La base di partenza era l'affermazione che: «le procedure vanno intese non come semplici rimedi ex post a situazioni dannose, al pari delle revocatorie ad esempio, ma, soprattutto nella loro evoluzione necessitata dall'orientamento delle direttive europee, come strumento di emersione tempestiva della crisi per ridurre al minimo l'impatto della stessa ed il pregiudizio delle ragioni creditorie».

Secondo il Tribunale, nel caso in cui la crisi sia solo intrinseca e ancora non si sia manifestata, come fatto esterno, con inadempimenti o altri fatti esteriori, occorre distinguere tra:

I. situazioni di vera e propria crisi;
II. vera e propria insolvenza prospettica, il cui accertamento deve necessariamente riguardare un periodo di tempo più ampio, che il CCI fissa in sei mesi[13].

Chiarito dunque che, nella fattispecie al suo esame, non vi erano manifestazioni esteriori atte a far ritenere la società «prospetticamente insolvente a breve», il Collegio evidenziava, tuttavia, l'esistenza di apprezzabili segnali che inducevano a ritenere probabile l'insorgenza di una: «crisi che in prospettiva ha caratteristiche importanti e che potrebbero divenire molto gravi».

Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da F.Vassalli – F.P.Luiso – E.Gabrielli, I, Torino, 2013, 224 ss.

[13] Così, testualmente, il citato decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019: "L'insolvenza prospettica, creazione tutta dottrinale e giurisprudenziale, è necessariamente legata ad un orizzonte temporale molto contenuto, perché quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili. Essa è stata sdoganata integralmente come concetto previsionale dalla futura riforma che entrerà in vigore nell'agosto 2020, con un orizzonte temporale semestrale, ma è utilizzata come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo, o giustifica la segnalazione esterna affidata ai grandi creditori istituzionali. Ciò avviene infatti nell'ambito delle misure di allerta, ovvero di misure di prevenzione della insolvenza e non per consentire una declaratoria di fallimento indiscriminata di tutti coloro che, in prospettiva anche abbastanza prossima (sei mesi appunto), potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti programmati."

Pertanto, concludeva "raccomandando" all'organo amministrativo e, in via sussidiaria, al collegio sindacale, «di attivarsi senza indugio per l'adozione o l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale e che la dizione dell'articolo appare coerente colla situazione esistente».

La disamina svolta dal Tribunale di Milano offre, sia pure nella differente ottica emergenziale, in cui il rischio di crisi è esogeno e non endogeno, spunti interpretativi anche alle fattispecie in esame, che riguardano imprenditori ancora in bonis i quali, tuttavia, percepiscono in modo inequivocabile l'imminenza della crisi determinata dalla emergenza sanitaria in corso.

Pur operando più sul piano dello spirito applicativo che su quello tecnico, particolare rilievo assume la premessa da cui parte il Tribunale circa la funzione delle procedure di soluzione della crisi, da cui va espunto ogni approccio sanzionatorio, per abbracciare con decisione l'idea che gli strumenti (tutti) previsti dalla legislazione sull'insolvenza di impresa hanno la funzione di far emergere ed affrontare la crisi nell'interesse dei creditori dell'impresa e, più in generale, dell'economia.

Posto in questi termini il problema, la conclusione logica è che, per affrontare l'emergenza, raccogliere la raccomandazione del Tribunale di Milano e adottare tempestivamente strumenti, il più possibile agili, di approccio e prevenzione della crisi costituisce la soluzione di certo più razionale.

2.2. La crisi esogena e prevedibile

Una impresa che approccia la crisi *"in bonis"*, al fine dell'accesso alle misure emergenziali di cui appresso, come precisato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze[14], è quella priva di posizioni debitorie classificate come esposizioni deteriorate, ripartite nelle categorie: "sofferenze", "inadempienze probabili", "esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate" (in particolare,

[14] Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, FAQ del 22.3.2020 in *http://www.mef.gov.it/focus/La-moratoria-per-microimprese-e-Pmi-cosa-ce-da-sapere/*

l'imprenditore non deve avere rate scadute, ossia non pagate, o pagate solo parzialmente, da più di 90 giorni).

Tale impresa ha oggi un punto d'osservazione privilegiato sulle proprie prospettive di crisi e, dunque, è in grado di adottare tempestivamente adeguati strumenti di approccio alla stessa.

La crisi, inoltre, ha caratteristiche esogene, non derivando da problematiche interne: di regola, una realtà aziendale sana, al suo interno è dotata degli anticorpi necessari per adottare efficacemente gli strumenti di contenimento e, all'esterno, gode della fiducia dei finanziatori e dei fornitori.

Si trova, dunque, nella posizione di poter tempestivamente individuare, in vista delle previsioni di calo di fatturato e di un quadro generale di crisi, un piano di risanamento che gli consenta di superare la crisi, sfruttando efficacemente a proprio vantaggio gli strumenti che la legislazione ordinaria e dell'emergenza gli mette a disposizione.

2.3. Gli strumenti della legislazione di emergenza

La legislazione dell'emergenza contiene una vasta gamma di provvedimenti temporanei, tra cui vanno posti sinteticamente in evidenza i seguenti.[15]

Per le Microimprese e per le Piccole e Medie imprese, che siano considerate *in bonis* e che abbiano subito carenze di liquidità a causa della emergenza Covid19[16], viene concessa una moratoria straordinaria dei prestiti e delle linee di credito concesse da banche e intermediari finanziari, di porta-

[15] Per una disamina dei primi provvedimenti emergenziali in materia di procedure esecutive e fallimentari, cfr. C. D'Arrigo, G. Costantino, G. Fanticini, S. Saija, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, in *I Quaderni di In Executivis*, Monza Brianza, 2019.

[16] Sempre come precisato dal Ministero nelle FAQ del 22 marzo 2020, l'impresa deve indicare il finanziamento per il quale si presenta la comunicazione di moratoria e dichiarare: di aver subito in via temporanea carenze di liquidità quale conseguenza della diffusione dell'epidemia da COVID-19; di soddisfare i requisiti per la qualifica di micro, piccola o media impresa; di essere consapevole delle conseguenze civili e penali in caso di dichiarazioni mendaci ai sensi dell'art. 47 DPR 445/2000.

ta assai ampia e neppure immaginabile con il ricorso alle convenzioni di moratoria di cui all'art. 182-septies, comma 5, l. fall.

Infatti, l'art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (Cura Italia), prevede al comma 2, a richiesta dei soggetti finanziati che abbiano i requisiti di microimpresa, piccola e media impresa[17], aventi sede in Italia, che:

"a) per le aperture di credito a revoca e per i prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti esistenti alla data del 29 febbraio 2020 o, se superiori, a quella di pubblicazione del presente decreto, gli importi accordati, sia per la parte utilizzata sia per quella non ancora utilizzata, non possono essere revocati in tutto o in parte fino al 30 settembre 2020;

b) per i prestiti non rateali con scadenza contrattuale prima del 30 settembre 2020 i contratti sono prorogati, unitamente ai rispettivi elementi accessori[18] e senza alcuna formalità, fino al 30 settembre 2020 alle medesime condizioni;

---

[17] Le microimprese e piccole e medie imprese sono definite come di seguito dall'art. 2 della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003 e vi rientrano inclusi anche i professionisti con partita IVA: "*1. La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR. 2. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR. 3. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR.*"

[18] Nella nozione di "elementi accessori" al finanziamento citati dall'art. 56 rientrano le garanzie reali e personali che assistono il credito (Cfr. Circ. ABI 24 marzo 2020, prot. UCR/000593). Per le garanzie personali concesse da terzi, la modifica del contratto di finanziamento avrà effetti immediati sul rapporto di garanzia, la cui efficacia temporale sarà prorogata senza necessità del consenso del terzo. Per garanzie reali quali il pegno bancario si avrà analogo effetto di proroga senza necessità di consenso del terzo datore. Per le garanzie reali occorre distinguere fra quelle per cui sono previste formalità pubblicitarie alle quali non si ricolleghi un autonomo termine di efficacia (ipoteca navale ed aeronautica; privilegio sui beni dell'impresa ex art. 46 TUB; privilegio ex art. 186 Codice Appalti; garanzia su marchi e brevetti ai sensi degli artt. 137 e

→

c) per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie[19], il pagamento delle rate o dei canoni di leasing in scadenza prima del 30 settembre 2020 è sospeso sino al 30 settembre 2020 e il piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione è dilazionato, unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti; è facoltà delle imprese richiedere di sospendere soltanto i rimborsi in conto capitale."

140 Cod. prop. int.; pegno di azioni o di quote di SRL): in tali ipotesi, la garanzia assiste il credito fino alla sua scadenza e la proroga della durata non richiede alcuna formalità pubblicitaria. Per l'ipoteca immobiliare - alla cui pubblicità l'art. 2847 c.c. riconduce un autonomo termine di efficacia ventennale, decorso il quale si verifica l'estinzione della garanzia (art. 2878, n. 2, c.c.) a prescindere dalle vicende del credito garantito – la proroga non potrà operare e l'iscrizione dovrà essere rinnovata. Analoga regola varrà per l'ipoteca automobilistica.

[19] La proroga del finanziamento per il quale sono state emesse cambiali, non potrà, tuttavia, prorogare la scadenza delle cambiali stesse, stante la loro natura letterale e astratta. In tal caso, se la banca è ancora in possesso delle cambiali, il debitore potrà opporre al creditore l'eccezione personale fondata sulla proroga del credito causale ex art. 1393 c.c.. Se, invece, le cambiali sono state trasferite a un giratario, l'astrattezza del titolo impedirà al debitore, salva la prova del dolo ai sensi dell'art. 21 l. camb., di giovarsi della sospensione disposta dalla legge verso il giratario. Diversamente vale per le cambiali agrarie (e quelle per il credito peschereccio); queste infatti menzionano il rapporto sottostante e quindi la relativa verifica costituisce onere del terzo giratario, con la conseguenza che la proroga prevista dall'art. 56 opererà congiuntamente per il credito sottostante e per quello cartolare. Qualora, poi, la cambiale agraria sia garantita da ipoteca immobiliare (art. 44, comma 5, TUB), allora sarà prorogata la scadenza cartolare, ma non, come si è visto, la durata ventennale dell'iscrizione ipotecaria. Va tuttavia segnalato, al riguardo, l'art.11 del d.l. 23/2020 che, senza peraltro prevedere alcun coordinamento con la disposizione in commento, sospende i termini di scadenza ricadenti o decorrenti dal 9 marzo al 30 aprile 2020, relativi a vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito (ed ogni altro atto avente efficacia esecutiva) emessi prima della data dell'8.4.2020.

Va anzitutto premesso che, come specificato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze[20], possono ricorrere alle moratorie anche le imprese che hanno già ottenuto misure di sospensione o ristrutturazione dello stesso finanziamento nell'arco dei 24 mesi precedenti.

Venendo all'esame della disposizione, appare subito evidente il maggior beneficio della moratoria prevista dalla norma in commento rispetto a quanto l'imprenditore può ottenere, anche nella ipotesi più favorevole, da una convenzione di moratoria quale prevista dall'art. 182 *septies*, comma 5, l. fall.

Anzitutto, la moratoria prevista dalla normativa speciale opera a semplice richiesta e senza le formalità e le maggioranze di cui all'art. 182 *septies* l. fall.

In secondo luogo, gli effetti che ne derivano sono di portata ben più ampia:

I. l'estensione della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti opera solo in presenza di omogeneità di posizione giuridica e interesse economico dei creditori che si intendono coartare, rispetto a quelli aderenti alla convenzione: omogeneità che difficilmente potrà dirsi sussistente, ad esempio, tra posizioni di semplice scoperto chirografario e posizioni ipotecarie;

II. nelle convenzioni di moratoria, non è coercibile, per espressa previsione di legge, il mantenimento delle linee di credito, che invece è previsto espressamente dalla disposizione emergenziale, anche con riferimento alle linee auto-liquidanti;

III. di regola, in considerazione del fatto che la mancata estensione della moratoria ad uno o più creditori non aderenti potrebbe mettere in pericolo il fabbisogno finanziario, le convenzioni prevedono clausole di scioglimento dagli impegni per l'ipotesi in cui, per fatto del debitore o per l'opposizione spiegata dai creditori, venga meno il vincolo per i creditori non aderenti: evidentemente, tale rischio è del tutto sconosciuto alla norma emergenziale;

IV. infine, le convenzioni di moratoria non si estendono automaticamente alle posizioni dei garanti, come invece dispone la legislazione emergenziale.

[20] Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, FAQ del 22.3.2020, *cit.*

Dunque, l'imprenditore che intenda predisporre un PRA, oggi, si troverebbe verosimilmente nelle condizioni di poterlo fare in situazione di moratoria bancaria, con le linee di credito operative e con la prospettiva di conseguire finanziamenti a garanzia pubblica.

Ma è proprio in questo quadro che le convenzioni di moratoria possono ritrovare spazio di espansione.

È infatti evidente come una moratoria legale di così ampia portata sia destinata, inevitabilmente, a stimolare il ceto dei finanziatori ad accettare la negoziazione di una convenzione a sé più favorevole, ma con il vantaggio, per l'imprenditore, a fronte delle concessioni fatte al ceto bancario rispetto al modello legale di sospensione, di poter estendere la convenzione, raggiunte le maggioranze necessarie, a tutto il ceto creditorio.

A tal fine, è sintomatico rilevare come gli istituti di credito stiano predisponendo convenzioni ad hoc da proporre ai clienti finanziati[21].

Sul piano dei debiti non bancari, appare poi di rilievo il disposto dell'art. 3, comma 6 *bis*, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6: "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.*"

La norma stabilisce, in sostanza, che il mancato o il ritardato pagamento, che sia conseguenza delle misure disposte per il contenimento dell'epidemia, deve ritenersi giustificato e che, conseguentemente, da tale inadempimento non possono conseguire effetti pregiudizievoli per il debitore.

Sebbene tale disposizione non possa considerarsi introduttiva di una vera e propria moratoria, è evidente che la stessa è in grado di prevenire, almeno in parte, le tipiche azioni che possono ostacolare le trattative volte alla condivisione del PRA con i creditori (iscrizioni ipotecarie, sequestri, sfratti

[21] Per un quadro sinottico delle iniziative convenzionali predisposte dai diversi gruppi bancari per la clientela relativamente all'applicazione del decreto "Cura Italia" e dei finanziamenti agevolati previsti dal DL 23/2020 cfr. M. Meneghello, *Tutte le misure delle banche per famiglie e imprese. Valgono 54 miliardi.*, in *Il sole24ore*, 9 aprile 2020.

per morosità, istanze di fallimento fondate su inadempimenti riconducibili a causa di forza maggiore ai sensi della citata disposizione).

Sotto altro profilo, vengono in rilievo le disposizioni straordinarie relative alla perdita del capitale delle società, introdotte dall'art. 6 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23.

Tale norma dispone che, per le fattispecie che si verificano nel corso degli esercizi chiusi nel periodo dalla entrata in vigore del decreto (9.4.2020) al 31.12.2020, non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi 4, 5, 6 e 2482 *ter* c.c.

Con riferimento alla riduzione del capitale sotto al minimo legale, *nulla quaestio*: se si verifica tale eventualità nel corso degli esercizi chiusi nel periodo di riferimento, non opereranno gli obblighi previsti dagli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c.

Con riferimento alla riduzione di oltre un terzo, ma senza violazione del minimo legale, il mancato richiamo del primo comma dell'art. 2446 c.c. e dei primi tre commi dell'art. 2482 *bis* c.c., e la limitazione temporale agli esercizi chiusi tra il 9 aprile ed il 31 dicembre 2020, fa ritenere che la fattispecie di riferimento sia quella in cui nell'esercizio immediatamente precedente al periodo 9.4.2020/31.12.2020 si sia già verificata una diminuzione del capitale sociale di oltre un terzo e la stessa non risulti diminuita a meno di un terzo nell'esercizio che si conclude entro il periodo indicato.

In tali ipotesi, il D.L. 23/2020, dispone che non si applica l'obbligo di ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate, né, in caso di riduzione al di sotto del minimo legale, l'alternativa tra ricostituzione e trasformazione della società.

Viceversa, nell'ipotesi in cui la perdita superiore al terzo (ma nei limiti del minimo legale) si verifichi, per la prima volta, nel corso dell'esercizio chiuso nel periodo di riferimento, resteranno fermi gli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 2446 c.c. e quelli previsti dai primi tre commi dell'art. 2482-bis c.c.: quindi dovrà essere convocata l'assemblea per gli opportuni provvedimenti, con le relazioni e le formalità previste dalle citate disposizioni.

Ad ulteriore agevolazione della continuità aziendale, l'art. 7 del D.L. 23/2020 dispone che la valutazione delle voci nella prospettiva di continuità, di cui all'art. 2423-bis comma primo, n. 1 c.c., può, comunque, essere operata se risulta sussistente nell'ultimo esercizio chiuso in data antecedente il 23 febbraio 2020.

Infine, l'art. 8 del D.L. 23/2020 dispone che ai finanziamenti effettuati a favore delle società responsabilità limitata (e, ove si segua l'interpretazione di larga parte della giurisprudenza di legittimità, sia pure ricorrendo determinate condizioni[22] anche delle società per azioni), nonché ai finanziamenti effettuati nell'ambito delle attività di direzione e coordinamento societario, non si applica la postergazione prevista dagli artt. 2467 e 2497-quinques c.c.

Tali disposizioni, da un lato, consentono agli amministratori ed agli organi di controllo di svolgere con serenità l'attività di ristrutturazione.

La disapplicazione della postergazione, dall'altro lato, consente ai soci o ai soggetti in posizione di controllo di finanziare il PRA, immettendo liquidità nella società, con il vantaggio di poter selezionare liberamente la tipologia di finanziamento, a tutto beneficio della elasticità del piano prescelto.

L'ulteriore filone di disposizioni di aiuto emergenziali a disposizione delle imprese si snoda in due macrosettori di intervento:

1) Ammortizzatori sociali

Il D.L. 18/2020, prevede tre linee di intervento in materia di ammortizzatori sociali per le aziende in difficoltà a causa del Coronavirus[23:]

[22] Cass. 20 giugno 2018 n. 1629, in *Italgiure,* ritiene che la norma in commento si applichi anche alle S.p.A. qualora l'organizzazione della S.p.A. finanziata, a causa delle modeste dimensioni o per l'assetto dei rapporti sociali (compagine familiare o, comunque, ristretta), consenta al socio di ricevere un'informativa sostanzialmente comparabile a quella che, in linea teorica, potrebbe ottenere il socio di una S.r.l. e che abbia ad oggetto una situazione di squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto; sulla stessa linea cfr. anche Cass. 14056 del 7 luglio 2015; in dottrina cfr. G.Bei- F.Biggini, *Postergazione dei crediti e società per azioni: un passo avanti*, in *Soc.,* fasc. 5, 2016, 545 e ss.; D.Bonaccorsi di Patti, *Sull'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni a base ristretta*, in *Riv. dir. comm*., parte II, 2016, 111 e ss.

[23] Per una disamina dettagliata degli ammortizzatori sociali predisposti dalla legislazione emergenziale Cfr. PRIOSCHI, *Cassa integrazione: durata dell'indennità, chi può accedervi e tempi di pagamento*, in *Il Sole 24Ore - Norme e Tributi*, 11 aprile 2020, reperibile all'indirizzo *www.ilsole24ore.com*

- nuova cassa integrazione ordinaria ma conteggiata oltre i limiti di legge, anche per le aziende che stanno già utilizzando trattamenti di integrazione straordinari;
- fondo di integrazione salariale rafforzato per aziende con più di 5 dipendenti, escluse dalla CIGO, anche per chi utilizza assegni di solidarietà;
- cassa integrazione in deroga per le aziende non coperte dalle misure precedenti, quindi senza limitazioni nel numero di dipendenti.

In tutti casi, il periodo massimo previsto è di nove settimane e le modalità di accesso sono semplificate. La causale COVID-19 permette l'applicazione degli ammortizzatori in deroga alla normativa generale e, tra l'altro, consente:

- di non tenere conto delle nove settimane, ai fini del conteggio dell'utilizzo massimo degli ammortizzatori sociali nel biennio e nel quinquennio;
- di essere esentati dal pagamento della contribuzione aggiuntiva che scatta di norma quando si accede a questi strumenti.

2) finanziamenti a garanzia pubblica

Le garanzie statali sui prestiti bancari costituiscono uno snodo centrale del decreto-legge 8.4.2020 n. 23 (c.d. "decreto liquidità").

I canali d'accesso a tali finanziamenti sono due:

- la società pubblica SACE (Cassa Depositi e Prestiti), soprattutto per le imprese più grandi;
- il Fondo di garanzia per le PMI (Mediocredito Centrale e Ministero dello Sviluppo) che è rivolto principalmente a imprese fino a 499 dipendenti[24].

Tralasciando, per ragioni di spazio e coerenza di trattazione, i prestiti SACE, il finanziamento garantito dal Fondo PMI ha le seguenti caratteristiche di base:

- la garanzia di base del Fondo copre il 90% dell'importo del finanziamento;

[24] Tali finanziamenti garantiti, per essere operativi, dovranno essere autorizzati dalla UE e vedere aggiornate le procedure informatiche di banche, SACE e Fondo di Garanzia.

- l'importo garantito potrà arrivare sino 5 milioni di euro;
- i finanziamenti avranno durata massima di 6 anni;
- l'istruttoria per il rilascio è alleggerita[25].

Tali regole generali hanno le seguenti eccezioni:

1) finanziamenti fino a 25.000 euro e non oltre il 25% dei ricavi:
   - la garanzia è del 100%;
   - non c'è valutazione del merito creditizio, ma il prestito viene erogato in base ad una autocertificazione sui ricavi;
   - la restituzione è in sei anni, con inizio del rimborso non prima di due anni;
   - possono essere erogati anche ai lavoratori autonomi;
   - il tasso di interesse è rapporto al Rendistato[26] con una maggiorazione dello 0,2%[27].
2) finanziamenti coperti da garanzia rilasciata dal Fondo PMI per il 90%, qualora l'ulteriore 10% sia garantito da consorzi fidi privati, cui l'impresa possa avere accesso:
   - sono erogabili solo ad imprese (non quindi ad autonomi) con una forza lavoro fino a 499 dipendenti, che abbiano ricavi fino a 3,2 milioni e comunque entro il 25% del fatturato[28];
   - la garanzia complessiva è del 100%;
   - l'impresa deve autocertificare i danni da Covid-19;
   - non è previsto un tasso minimo (cap) né una durata massima del rimborso.

L'importanza della copertura penale e civile, garantita dal PRA all'imprenditore ed ai suoi finanziatori, risulta evidenziata chiaramente dal-

[25] Oggetto di valutazione è solo la struttura economico-finanziaria dell'azienda con esclusione della valutazione andamentale, che è quella relativa agli ultimi sei mesi, cioè quella che più risente della crisi in corso.

[26] Il Rendistato, calcolato mensilmente dalla Banca d'Italia, è il rendimento annuo lordo di un paniere di titoli di Stato italiani a tasso fisso composto da tutti i BTP quotati sul MOT aventi vita residua superiore ad un anno.

[27] Stimabile, oggi, in un valore tre l'1,2 ed il 2%.

[28] Quindi entro un prestito massimo di 800.000 euro.

la considerazione che, al di fuori di un rigoroso piano attestato, l'uso del finanziamento garantito dallo Stato – il cui eventuale credito di rivalsa che sorge nell'eventualità in cui la banca garantita lo escuta è assistito da privilegio[29] – potrebbe costituire uno strumento ad elevato rischio sia di tenuta civilistica che di responsabilità penale per i titolari delle posizioni di garanzia, soprattutto se rivolto, direttamente o indirettamente, alla copertura di pregresse posizioni chirografarie[30].

---

[29] Trattasi del privilegio, anteposto a qualsiasi altro, previsto dall'articolo 9, comma 5, Decreto Legislativo numero 123/98; sul punto è d recente intervenuta la Corte di Cassazione che, con sentenza numero 2664 del 29.1.2019, ha stabilito che, ai fini del riconoscimento del privilegio, nell'alveo del termine "*finanziamenti*" di cui al medesimo articolo deve essere ricompresa la totalità degli interventi di cui al precedente articolo 7, comma 1 e, dunque, anche la concessione di garanzia.

[30] Sul piano della revocabilità dell'atto, è noto il principio per cui è revocabile l'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario che sia stata posta in essere allo scopo indiretto di trasformare il credito chirografario preesistente in credito privilegiato (Cfr. Cass. 28 gennaio 2013 n.1807; conf.: Cass. 17200/2012; Cass. n. 15690/2011; Cass. 14757/2010; Cass.20622/2007; Cass. 12/2004; Cass. 4069/2003; Cass. n. 9520/1997, tutte in *Italgiure*). Sul piano penale, l'uso del finanziamento a garanzia pubblica per la copertura della pregressa posizione chirografaria è una condotta che rischia di essere inquadrata nella bancarotta preferenziale, sotto il profilo della simulazione di cause di prelazione (così, ad esempio, Cass. 2 marzo 2004 n. 16688, in *Il fallimento*, 2005, 781, con nota di G.Stalla, *Autotutela della banca e bancarotta preferenziale*, ove si afferma che, nella ipotesi sopra citata, si versi nella fattispecie di simulazione della causa di prelazione: «*poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum*»; ed ancora «*in tema di bancarotta preferenziale, la locuzione "simulazione" di cui all'art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale, sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio creditorum*».

Va rilevato, infine, che, per i soli PRA "presentati" successivamente al 31.12.2019, l'art. 13 , comma 1, lett. g, del D.L. 23/2020 ammette alla garanzia del Fondo per le PMI, anche le imprese: " ...che, in data successiva al 31 dicembre 2019, sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, hanno stipulato accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 267 del 1942 o hanno presentato un piano attestato di cui all'articolo 67 del predetto regio decreto, purché, alla data di entrata in vigore del presente decreto, le loro esposizioni non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi dell'articolo 47-bis, comma 6, lettere a) e c) del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013".

La norma è di sicuro interesse, a patto di riuscire a definire il concetto di "presentazione" del PRA.

Poiché il deposito nel registro delle imprese del PRA è facoltativo ed è effettuato a soli fini fiscali, il termine "presentato" non pare idoneo a riferirsi all'esecuzione di tale pubblicità; più corretto parrebbe far riferimento alla data certa della attestazione del piano.

Appare poi difficile - e con ciò si introduce il paragrafo seguente - comprendere quale sia la ratio dell'esclusione dei PRA "presentati" anteriormente al 31.12.2019.

3. L'impatto dell'emergenza sui PRA in corso di esecuzione

Occorre ora chiedersi, con riferimento ai PRA che erano in corso di esecuzione al momento dell'insorgenza dell'emergenza sanitaria, quale possa essere l'impatto della crisi prospettica dovuta all'emergenza stessa.
Infatti, la crisi prospettica è in grado di interferire negativamente sulle assunzioni del piano, rendendo non più attuali le relative previsioni.

Ogni PRA, essendo per sua natura rivolto al futuro aziendale, è di norma fondato su ipotesi previsionali di eventi futuri attesi dal management, i quali possono essere:

I. di realizzazione oggettivamente ragionevole (ho ridotto il personale e mi attendo un risparmio di costi), ed allora si definiscono "previsioni normali" (best-estimate assumptions);
II. di realizzazione caratterizzata da un grado di aleatorietà significativo, ed allora si definiscono "previsioni ipotetiche" (hypothetical assumptions).

Orbene, l'attestazione di un piano presuppone che vi sia coerenza:

- fra le previsioni del piano e le assunzioni, le quali devono essere ragionevoli;
- fra le previsioni e i dati storici relativi a vendite, produzione, servizi, flussi finanziari, ecc., desunti dai bilanci tramite principi contabili appropriati.

Di regola, i PRA hanno durata pluriennale ed il loro costante monitoraggio costituisce dunque un elemento importante dell'accordo con i creditori.

Ai fini del monitoraggio dell'andamento del PRA, è naturalmente necessario riscontrare a posteriori il concreto verificarsi delle assunzioni e delle previsioni effettive e, quindi, la verifica della effettiva realizzazione delle previsioni di flussi finanziari che il management ha promesso sulla base delle assunzioni.

Generalmente, nell'ambito dei PRA è espressamente prevista una fase di monitoraggio dell'esecuzione del piano, al fine di ridurre il rischio di mancata attuazione e di favorire gli interventi correttivi che si rendessero necessari in fase di esecuzione.

A tal fine, vengono normalmente individuate, già nel piano, le c.d. "*milestones*" (risultati parziali misurabili e temporalmente collocati) che dovranno essere raggiunte durante l'esecuzione del piano.

I parametri di riferimento per misurare le prestazioni effettivamente raggiunte sono, normalmente, rappresentati da riferimenti di natura economica, finanziaria e patrimoniale (ricavi, EBITDA, PFN, ecc.), ovvero di natura organizzativa (cambi di strategia commerciale, variazioni nell'organigramma, ecc.).

Gli impegni contrattuali (*covenant*) stipulati con i finanziatori costituiscono, poi, delle implicite *milestone*s del piano ed il loro rispetto costituisce, dunque, uno strumento indiretto di verifica dell'attuazione del piano.

A tal fine, la rinuncia del creditore a far valere il *covenant* potrebbe in concreto avere l'effetto di un meccanismo di aggiustamento: non verifican-

dosi il raggiungimento dell'obiettivo fissato nel *covenant*, la rinuncia alla clausola da parte del creditore consente al piano di mantenere la sua idoneità[31].

Laddove si siano verificati -o siano ragionevolmente prevedibili a breve- significativi scostamenti, sarà necessaria l'elaborazione di una nuova versione del PRA[32].

In particolare, la modifica del PRA può essere considerata necessaria:

- in presenza di uno scostamento rispetto al contenuto ed alle previsioni del Piano, tale da incidere sulla realizzabilità dello stesso, non consentendo il rispetto dei tempi e delle modalità del percorso di superamento della crisi previsti;

[31] Non avrà, tuttavia, alcun effetto di meccanismo d'aggiustamento la mera tolleranza, da parte dei creditori, di un piano rivelatosi ormai non più coerente con le previsioni: l'effetto correttivo deve infatti intendersi verificato solo a seguito di vere e proprie remissioni di debito con effetti estintivi dell'obbligazione, tali da consentire al piano di tornare (o restare) fattibile.

[32] Cfr. CNDCEC – *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi* in *www.ilcaso.it*, ed in particolare: "Raccomandazione n. 16 (Monitoraggio dell'esecuzione del piano). È necessario che l'andamento del piano sia costantemente monitorato dall'imprenditore per verificare il puntuale raggiungimento delle "milestones". Quando le condizioni giustifichino i relativi costi, può essere opportuno investire del monitoraggio anche un comitato tecnico o una funzione creati ad hoc all'interno dell'impresa, oppure un soggetto terzo, al fine di fornire ai creditori e ai terzi interessati al successo del piano un adeguato flusso informativo, ferme le esigenze di riservatezza di natura aziendale" e "Raccomandazione n. 17 (Effetti degli scostamenti e meccanismi di aggiustamento). In caso di significativo scostamento fra la realtà e le previsioni, il piano non può più essere eseguito come originariamente prospettato e gli effetti protettivi dell'attestazione vengono meno, ma solo con riguardo agli atti di esecuzione successivi al verificarsi dello scostamento. Restano invece salvi gli effetti protettivi per gli atti di esecuzione compiuti anteriormente al verificarsi dello scostamento. Il piano resta invece eseguibile, con effetto protettivo anche per gli atti ancora da compiere, qualora preveda già meccanismi di aggiustamento in conseguenza di eventuali scostamenti."

- se lo scostamento non è assorbito da risparmi e/o correttivi e meccanismi di aggiustamento, in quanto non previsti e/o non sufficienti.[33]

Va evidenziato che la prosecuzione nell'esecuzione di un piano non più idoneo al risanamento comporta il venir meno degli effetti di copertura previsti - sul piano civilistico dall'art. 67, comma 3, lett. d) e, sul piano penale, dall'art. 217-bis l. fall. - a tutela tanto del debitore e dei suoi organi di amministrazione e controllo quanto dei creditori.

Tale copertura è, infatti, subordinata non solo alla presenza dell'attestazione iniziale, ma anche alla perdurante idoneità del piano a consentire il risanamento dell'impresa al momento in cui l'atto viene compiuto.

In caso di scostamento, possono dunque verificarsi le seguenti ipotesi:

- qualora il PRA preveda già meccanismi automatici di aggiustamento in conseguenza di eventuali scostamenti (e, ovviamente, tali meccanismi vengano effettivamente attuati), lo stesso resterà eseguibile, con effetto protettivo anche per gli atti ancora da compiere;
- in caso contrario, con riferimento agli atti già compiuti prima del verificarsi dello scostamento (data che può essere antecedente al suo rilievo), restano salvi gli effetti protettivi, mentre sarà necessario, per gli atti da compiere, procedere ad una integrazione o revisione del piano e ad una conseguente nuova attestazione.

Va poi sottolineato che non costituisce attuazione del piano il raggiungimento della milestone mediante mezzi diversi da quelli previsti, quali ad esempio una dismissione ulteriore o diversa da quelle indicate.

Tali operazioni, non solo non godrebbero della protezione civile e penale, ma evidenzierebbero, di per sé, che il piano, come originariamente previsto e nella sua interezza, non è più attuabile, richiedendo ,dunque, una revisione ed una nuova attestazione alla luce delle nuove occorrenze.

In questo quadro è di tutta evidenza come l'emergenza sanitaria e la sua incidenza sulle prospettive di fatturato e/o di costi e, più in generale, sull'attività imprenditoriale è potenzialmente idonea a sconvolgere le assu-

[33] Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (a cura di), *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, settembre 2017, in *www.commercialisti.it*

mptions della maggior parte dei PRA e ad incidere, quindi, sulla sua sostenibilità, rendendo opportuno un attento monitoraggio, anche in chiave prospettica, dell'esecuzione del PRA e, se del caso, la sua modifica, con conseguente necessità di nuova attestazione.
Sul punto, avranno rilievo, da un lato, la valutazione prospettica dell'incidenza dell'emergenza sanitaria sul PRA in corso di esecuzione, dall'altro la moratoria bancaria di cui all'art. 54 sopra citato ed i finanziamenti a garanzia pubblica eventualmente conseguibili.
Sotto altro profilo, nell'ambito della legislazione di emergenza, potrà rilevare, al fine di evitare la risoluzione degli accordi:

- la presunzione di non imputabilità dell'inadempimento prevista dall'art. 3, comma 6-bis del D.L. 6/2020 di cui sopra si è detto34;
- la previsione dell'art.11 del d.l. 23/2020, che dispone la sospensione delle scadenze di vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito e "di ogni atto avente efficacia esecutiva" che siano ricadenti o decorrenti dal 9 marzo al 30 aprile 2020, relativi ad effetti emessi prima della data dell'8.4.2020.

Tali disposizioni, unitamente alla leva costituita, per i creditori, dalla prospettiva di veder restituiti al piano gli effetti protettivi, possono costituire un importante ombrello sotto il quale si potranno condurre le trattative per rinegoziare le modifiche del piano.

4. Conclusioni

L'emergenza COVID-19 è in grado di determinare un pesante impatto sulle imprese, le quali sono tuttavia in grado di prevedere tale impatto ed hanno così la possibilità sfruttando la legislazione emergenziale e gli strumenti di soluzione della crisi vigenti, di limitare l'incidenza degli effetti dannosi di-

34 Per una disamina, sia pure *de jure condendo,* dell'inadempimento incolpevole nell'ambito del giudizio prefallimentare, cfr. G.Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza,* aprile 2020.

luendoli in più esercizi al fine di evitare che la crisi divenga definitiva e senza via d'uscita.

A tal fine, lo strumento dei PRA, coniugato con le moratorie previste alla legislazione di emergenza, appare di agevole adozione per quegli imprenditori che affrontano la crisi partendo da situazioni di relativa solidità.

Allo stesso modo, nell'ambito dei PRA in corso di esecuzione, l'emergenza sarà spesso tale da rendere necessario rivedere le assunzioni iniziali e le relative previsioni, rendendo necessaria una revisione dei PRA ed una rinnovata attestazione dei medesimi.

Tuttavia, non può non sottolinearsi che la moratoria al 30 settembre 2020 costituisce una misura insufficiente per aziende che, al momento, sono chiuse senza possibilità di poter programmare la riapertura.

Sotto altro aspetto, appare evidente che le misure di sostegno finanziario dovranno intervenire tempestivamente, poiché, in mancanza di esse, sarà difficile poter redigere dei PRA dotati di effettiva efficacia e che consentano una ripresa in tempi compatibili con la sopravvivenza delle imprese.

Quella esaminata è, in ultima analisi, una opzione versatile e idonea, in tempi tanto confusi, ad essere calata sulla multiforme condizione delle singole imprese all'indomani della pandemia. I meccanismi e gli incentivi messi in campo dal sistema per ridare respiro alle imprese ed una lettura meno angusta del PRA, quale strumento non solo di diluizione del debito, ma di riprogettazione coraggiosa dell'attività, possono dare all'istituto una vitalità finora indimostrata.

Soprattutto sul presupposto che il PRA è il solo strumento in grado di premiare l'imprenditore che sa riorganizzarsi da sé, programmando in autonomia una ricomposizione della crisi, all'esterno dalle irreggimentate corsie concorsuali, proprie degli accordi di ristrutturazione e dei procedimenti di concordato.

Infine, il PRA è l'unico strumento che consente finanche di frammentare il fronte dei creditori, legittimando differenze di trattamento, ove giustificate da un "progetto d'impresa".

Ciò probabilmente gli conferisce una forza inedita, soprattutto nel frangente in cui si tratta di riarticolare relazioni contrattuali, di finanziamento, di lavoro, di capitale, adottando programmazioni lungimiranti e ambiziose.

LA NUOVA SCOMMESSA DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

di Claudio Silocchi – Avvocato

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'attuale quadro normativo – 3. Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 4. La disciplina emergenziale degli ADR itinere. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Dopo dieci anni di non crescita e di crisi più o meno latente per l'economia del nostro paese, l'esplosione della crisi determinata dall'epidemia da Covid-19 (che presto ha assunto le dimensioni di una pandemia, come tale riconosciuta dall'OMS), impone una riflessione circa gli strumenti a disposizione degli imprenditori per fronteggiare la crisi delle proprie aziende, messe a dura prova da un prolungato blocco delle attività imposto dalla normativa emergenziale e dal prevedibile calo dei consumi e della domanda.

Il nostro sguardo sarà rivolto essenzialmente agli Accordi di Ristrutturazione del Debito per valutare, a circa quindici anni dall'introduzione nel nostro ordinamento, l'efficacia di questo strumento e verificare se lo stesso possa ritenersi adeguato per fronteggiare la nuova emergenza: verifica, quest'ultima, che non potrà che essere condotta allo stato dell'arte, senza tener conto delle modifiche all'istituto introdotte dal D.Lgs. 14/2019, posto che l'art. 5 del D.L. 23/2020 ne ha differito l'entrata in vigore al 1° settembre 2021.

In un momento di grande incertezza e fortissima criticità l'opzione è stata quella di proseguire con gli strumenti già rodati ed in relazione ai quali si sono formate prassi consolidate da parte degli Uffici e degli operatori del settore.

Il breve respiro di questo scritto non consente di affrontare *funditus* la *vexata quaestio* circa la natura – concorsuale o privatistica - degli accordi di ristrutturazione, questione che non è certamente solo di inquadramento

dogmatico, poiché dall'adesione all'uno piuttosto che all'altro orientamento discende anche la possibilità di applicare o meno agli accordi di ristrutturazione norme e principi della concorsualità[1].

La Cassazione con una serie di pronunce ravvicinate nel corso del 2018, con argomentazioni che non paiono però del tutto persuasive, si è espressa per la natura concorsuale dell'accordo[2].

Certo non si può negare che gli interventi di modifica della disciplina degli accordi di ristrutturazione del debito succedutisi tra il 2012 ed il 2015 abbiano comportato una certa ibridazione dell'istituto riducendo la distanza dallo strumento concordatario, così come un ulteriore avvicinamento sia stato operato dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, tuttavia è evidente che, in mancanza di una definizione di "procedura concorsuale" nella Legge fallimentare vigente (lacuna che neppure il Codice della Crisi ha ritenuto di dover colmare), la soluzione dipende da quali fattori si ritiene di dover assumere quale minimo comune denominatore della "concorsualità".

Tuttavia, anche a voler seguire l'orientamento della Cassazione e respingere la tesi della natura privatistica, la connotazione negoziale degli accordi di ristrutturazione vale a conferire all'istituto piena autonomia rispetto allo strumento concordatario.

Gli accordi di ristrutturazione sono attesi da una sfida ambiziosa, porsi quale strumento di elezione per il superamento della crisi epidemica e proprio la loro dimensione negoziale, non dovendo sottostare a schemi preconfezionati ed a rigide sequenze procedimentali, può costituire l'elemento di forza in questo momento così convulso per consentire alle imprese di individuare attraverso una tempestiva interlocuzione con i propri creditori la

---

[1] Per un'ampia disamina v.: M. Fabiani, *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, in *Il Caso.it*, pubb. 14.10.2018; M. Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Il Caso.it*, 9.10.2018; M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fall.*, 2013, 770; A. Pompili, *In tema di natura giuridica degli accordi di ristrutturazione*, in *Corriere Giur.*, 2019, 11, 1379.

[2] Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Il Fallimentarista* (con nota di:*C. Ravina*); Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Italgiure*; Cass. 21 giugno 2018, n. 16347, in *Italgiure*.

soluzione più idonea, si direbbe "customizzata", al fine di assicurare una pronta ripartenza non appena i battenti si riapriranno.

2. L'attuale quadro normativo

Per quanto si tratti di istituto relativamente giovane per il nostro ordinamento, gli Accordi di Ristrutturazione del Debito, strumenti già molto diffusi nella prassi di molte legislazioni straniere per risolvere in via negoziale la crisi dell'impresa, sono stati oggetto di una normazione convulsa.

L'art. 182 *bis* (aggiunto dal comma 1 dell'art. 2 del D.L. 35/2005, c.d. "decreto competitività" e sostituito dal co. 4 dell'art. 16 del D.Lgs n. 169/2007), attribuisce all'imprenditore in stato di crisi, la facoltà di domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, nel rispetto dei termini indicati alle lettere a) e b) dello stesso articolo (120 giorni dall'omologazione per i crediti già scaduti a quella data; 120 giorni dalla scadenza per i crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione).

L'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia sin dal giorno della pubblicazione.

Tale pubblicazione produce due importanti effetti:

1) entro trenta giorni dalla stessa, sia i creditori che ogni altro interessato possono proporre opposizione innanzi al tribunale, il quale, una volta decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato, a sua volta reclamabile davanti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 183 l.fall.;

2) nei 60 giorni successivi alla data di pubblicazione dell'accordo, sono inibite ai creditori, per titolo e causa anteriore a tale data, sia l'avvio o la prosecuzione delle azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, che l'acquisizione di titoli di prelazione, salvo che non siano stati concordati.

Il divieto può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo, attraverso la presentazione, presso il tribunale competente, della documentazione specificata nel

comma 6° dell'art. 182 *bis* (ovvero la medesima documentazione di cui alle lettere a), b), c) e d) prevista dall'art. 161l. fall. per il concordato preventivo e una proposta di accordo attestante le trattative in corso con almeno il 60% dei creditori accompagnata dalla relazione di un professionista che ne attesti l'attuabilità e l'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o hanno negato la disponibilità a trattare).

L'istanza di sospensione viene pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto (di inizio o prosecuzione) delle azioni esecutive e cautelari, nonché di acquisire titoli di prelazione se non concordati, sin dalla data di pubblicazione.

In seguito, il tribunale, verificata la documentazione presentata dall'imprenditore, fissa con decreto l'udienza entro 30 giorni, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa.

All'udienza, ove venga riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il tribunale dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione nei successivi sessanta giorni, entro i quali va depositato l'accordo definitivo corredato della relazione redatta dal professionista.

Il decreto è reclamabile a norma del quinto comma dell'art 182 *bis* l.fall..

Più frequentemente, tuttavia, l'effetto sospensivo delle azioni ed il divieto di acquisire titoli di prelazione viene ottenuto presentando domanda anticipata di concordato preventivo a' sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall..

Dopo il deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, nei termini assegnati dal tribunale, trovano applicazione le disposizioni di cui ai commi 2, 3, e 5 dell'art. 182 *bis* l.fall..

Se nello stesso termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo.

Sempre all'interno del TITOLO III della Legge Fallimentare (Del concordato preventivo), Capo V (Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti) trovano collocazione le seguenti disposizioni:

art. 182 *ter* l.fall.(introdotto dal D.Lgs. 5/2006 e modificato dal D.Lgs. 169/2007, dal D.L. 185/2008, dal D.L. 78/2010 e infine dalla L. 232/2016) che prevede l'istituto della transazione fiscale;

art. 182 *quater* l.fall.(introdotto dal D.L. 31/05/2010 n. 78, convertito in

L. 30/07/ 2010 n. 122 e modificato dal D.L. 22/06/2012 n. 83, convertito nella L. n. 134 del 7/08/2012 e dal D.L. 83/2015) che, al fine di agevolare l'accesso al credito alle imprese in crisi, riconosce la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti contratti in funzione o in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti;

art. 182 *quinquies* l.fall.(introdotto dal D.L. 22/06/2012 n. 83, convertito in L. 7/08/2012 n. 134, e modificato dal D.L. 27/06/2015, n. 83, convertito, con modifiche, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) che mira a favorire la continuità aziendale, promuovendo l'accesso al credito (i) attraverso il riconoscimento della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti, che devono essere autorizzati dal tribunale, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale, (ii) ovvero mediante l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori;

art. 182 *sexies* l.fall. (anch'esso introdotto dal D.L. n. 83/2012), che ha introdotto la sospensione degli gli obblighi di capitalizzazione della società durante i procedimenti di concordato preventivo e di omologazione degli accordi di ristrutturazione;

art. 182 *septies* l.fall. (introdotto con D.L. 83/2015) che ha introdotto una forma speciale di accordo di ristrutturazione, caratterizzata dall'esposizione debitoria con il ceto bancario, imprimendo una decisa virata verso il modello concordatario, ponendo al centro il principio maggioritario.

Nonostante questi continui interventi additivi, gli Accordi di Ristrutturazione non hanno riscontrato nel nostro paese quel favore che era lecito attendersi, rimanendo uno strumento relativamente poco utilizzato se rapportato invece al molto più elevato numero dei procedimenti di concordato incardinati avanti i tribunali.

Il dato appare distonico rispetto a quello relativo alla percentuale di successo, inteso come conseguito risanamento ovvero recupero dell'equilibrio economico-finanziario, degli Accordi di Ristrutturazione rispetto a quella dei Concordati.

Studi empirici condotti da SDA Bocconi[3] e OCI[4], sia pure su campioni limitati, hanno rilevato che la percentuale di buon esito degli Accordi di Ristrutturazione si attesta attorno al 50%, mentre numericamente gli Accordi di Ristrutturazione sono meno di un decimo dei Concordati presentati.

I medesimi studi hanno rilevato che a questo strumento fanno ricorso prevalentemente imprese di dimensioni medio/grandi.

Le ragioni del limitato ricorso a questo strumento dipendono, ad avviso di chi scrive, da caratteristiche intrinseche dell'istituto e da fattori socio-economici.

La natura di strumento "negoziale" di risoluzione della crisi, ne costituisce il pregio ma anche il limite.

Posto che l'accordo deve essere sempre raggiunto con la maggioranza (almeno il 60%), ma non a maggioranza, esso risulta vincolante solo per i creditori che vi aderiscono in ossequio al principio della libera disponibilità dei diritti individuali.

Questo comporta che l'imprenditore che si avvia verso una soluzione negoziale della crisi deve quanto meno essere dotato di una provvista di liquidità sufficiente per poter provvedere nel termine previsto dalla Legge (120 giorni) al pagamento dei creditori non aderenti.

E proprio la prospettiva di un rapido pagamento induce spesso i creditori, generalmente quelli non istituzionali o meno esposti, a non aderire all'accordo.

A questo tipo di *impasse*, ma solo per i creditori di matrice bancaria/finanziaria, il Legislatore ha offerto una prima risposta con l'introduzione dell'art. 182 septies L. fall.

Il problema permane naturalmente per tutti gli altri creditori; e si tratta di un problema spesso difficilmente superabile perché quasi sempre la presa di coscienza da parte dell'imprenditore della situazione di crisi e della necessità di adottare adeguate contromisure è molto ritardata; raramente la

---

[3] Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.fall. V. Conca, A. Danovi, L. Riva - *Un'analisi empirica nei principali Tribunali italiani*, 12 maggio 2015.

[4] *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. – I risultati di un'analisi empirica svolta dall'OCI nel 2016,* di Alberto Tron, in *www.osservatorio-oci.org*

reazione è frutto di una tempestiva ed autonoma consapevolezza, più spesso nasce come necessità di difesa da aggressioni del patrimonio aziendale promosse o minacciate dai creditori.

In breve, come l'esperienza dell'ultimo decennio ha dimostrato, la rilevazione della crisi avviene quando la situazione è quasi sfuggita di mano, la continuità è compromessa, i valori patrimoniali e la capacità produttiva deteriorati.

La mancanza di una adeguata riserva di liquidità e la limitata protezione offerta dallo strumento dell'Accordo di Ristrutturazione rispetto alle iniziative dei creditori (per soli 60 giorni), rendono per lo più impercorribile questa soluzione costringendo il debitore a virare verso l'opzione concordataria.

Il dato relativo alle dimensioni aziendali delle imprese che approcciano questo istituto può forse spiegarsi, da un lato, con una maggior capacità delle aziende strutturate di cogliere, prima che sia troppi tardi, gli incipienti segnali della crisi e, dall'altro, con una minor riluttanza da parte dei creditori di matrice bancaria/finanziaria a negoziare una ristrutturazione del debito (prevalentemente con accordi dilatori) in presenza di esposizioni più significative.

3. Il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi di Impresa e dell'insolvenza

Benchè non si possa che fare riferimento alla normativa vigente, appare utile riferire in quale direzione si è mosso il Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza per tentare di rivitalizzare e rendere più efficace questo istituto.

Il Codice, seguendo indicazioni contenute nella legge-delega n.155/2017, ha introdotto tre diverse tipologie di accordo di ristrutturazione:

1. accordo standard o ordinario (art. 57 D.Lgs. 14/2019), del tutto simile a quello disciplinato dalla legge fallimentare all'art. 182 bis;
2. accordo agevolato (art. 60 D.Lgs. 14/2019), che rappresenta invece una novità rispetto alla disciplina precedente; si tratta di un accordo "semplificato" rispetto a quello ordinario, che da questo si differenzia per le seguenti caratteristiche:

(i) la percentuale richiesta dei creditori aderenti (30% contro il

60% dell'accordo ordinario);

(ii) nessuna moratoria nel pagamento dei creditori estranei agli accordi (invece, prevista nell'accordo ordinario);

(iii) rinuncia alle misure protettive temporanee (che possono essere richieste nell'accordo ordinario).

3. accordo ad efficacia estesa (art. 61 D.Lgs. 14/2019) che riprende parzialmente l'art. 182 septies legge fallimentare, ma con una portata soggettiva più ampia, poiché coinvolge anche i creditori non finanziari. L'accordo ad efficacia estesa postula il rispetto delle seguenti condizioni:

   (i) tutti i creditori appartenenti alla categoria devono essere stati informati dell'avvio delle trattative, messi in condizione di parteciparvi in buona fede e ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti;

   (ii) l'accordo deve avere carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta; inoltre, i creditori vanno soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale;

   (iii) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria devono rappresentare il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;

   (iv) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale

   (v) il debitore deve aver notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Il Codice della Crisi ha quindi tentato di dare una risposta positiva alle voci che da più parti sollecitavano un intervento che potesse dare nuovo (per non dire inedito) slancio ad un istituto le cui potenzialità non sono mai state colte appieno nel nostro paese.

La previsione nel Codice della Crisi di un regime di allerta con il chiaro intento di far emergere precocemente situazioni di potenziale crisi, senza

entrare nel merito dei meccanismi di attivazione del sistema, appare coerente con l'obiettivo di favorire il ricorso a strumenti di risoluzione negoziale della crisi.

L'abbassamento della soglia dei creditori aderenti nell'accordo agevolato e soprattutto l'adozione in via generale di un principio maggioritario nell'accordo ad efficacia estesa ci restituiscono uno strumento modulabile, più flessibile ed adattabile alle varie situazioni che in concreto si possono presentare.

La scelta del Legislatore di rinviare *de plano* l'entrata in vigore dell'intero Codice della Crisi appare giustificata dall'esigenza di evitare che la sperimentazione del nuovo *corpus* di norme venga abortita a causa delle criticità contingenti.

Il rinvio dell'entrata in vigore è parso inevitabile per il sistema di allerta che è stato pensato nell'ottica di un quadro economico stabile, caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale gran parte delle imprese non sia colpita dalla crisi.

La medesima scelta risulta invece meno comprensibile per quelle sezioni del Codice suscettibili di immediata applicazione senza determinare un eccesivo carico di lavoro sugli Uffici.

Per i nuovi Accordi di Ristrutturazione, anziché un rinvio, si sarebbe potuta valutare un'anticipazione dell'entrata in vigore.

In questi termini si può forse parlare di un'occasione mancata.

La disciplina degli Accordi di Ristrutturazione, quella attuale e quella contenuta nel Codice della Crisi, si snoda infatti in due fasi, l'una di natura stragiudiziale, durante la quale l'imprenditore in stato di crisi deve raggiungere un accordo con i propri creditori. L'altra fase, esclusivamente giudiziale, prende avvio con il deposito dell'accordo in Tribunale e l'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese, con la contestuale richiesta da parte dell'imprenditore dell'omologa del Tribunale entro sessanta giorni. Solo eventualmente nella prima fase si può innestare la sollecitazione al Tribunale per ottenere in via anticipata una temporanea protezione.

In linea generale, va quindi osservato come l'intervento del Giudice in relazione agli Accordi di Ristrutturazione è molto meno invasivo e pervasivo che nei procedimenti di concordato e, per altro verso, non sembra che le attività di verifica demandate al Tribunale dal Codice della Crisi siano significativamente diverse da quelle richieste nell'attuale panorama normativo.

4. La disciplina emergenziale degli ADR *in itinere*

Il D.L. 8 aprile 2020, n. 23, all'art. 9, tratteggia una disciplina (estesa anche al concordato preventivo) di carattere emergenziale articolata su tre macro-eccezioni al diritto ordinario: il beneficio di una proroga generalizzata; il privilegio di un termine *extra ordinem* di modifica dell'accordo; l'opportunità di una modifica celere dei tempi di adempimento.

La prima fa fulcro su una proroga *ex lege* dei tempi di adempimento di tutti gli accordi di ristrutturazione; la seconda si impernia sulla concessione di uno spazio per la modifica del piano; la terza nella possibilità di una correzione in corsa del piano, mediante deposito di una memoria prima dell'udienza di omologa, quando la modifica riguarda solo i tempi di adempimento.

Sotto il primo aspetto, rileva il primo comma della norma richiamata, che prevede la proroga *ope legis* di "*sei mesi*" dei termini di adempimento anche degli accordi di ristrutturazione, qualora *"aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 sono prorogati di sei mesi"*. Il primo termine di tale segmento temporale (23 febbraio 2020) è stato autoritativamente scandito come il momento del *"palesarsi dell'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19"* (così la Relazione illustrativa del D.L.) e combacia con la data di emanazione, e di contestuale entrata in vigore, del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, convertito, con modificazioni, dalla L. 5 marzo 2020, n. 13, recante *"Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"*. Il secondo termine, 31 dicembre 2021, fissa prudenzialmente una data lontana nel tempo, essendo ad oggi impronosticabile il decorso della pandemia.

È stata scelta la via comoda della proroga *de jure*, smarcata dalla discrezionalità valutativa del tribunale, proprio in ragione del *lockdown* di sistema cui quasi tutte le attività produttive sono state costrette e dell'impatto diffuso della pandemia

La seconda misura alligna nella concessione, anche per gli accordi di ristrutturazione in corso di omologazione alla data d'esordio (formale) dell'epidemia (23 febbraio 2020), di un termine non superiore a novanta giorni per il deposito di un nuovo accordo, pur all'interno del medesimo procedimento già intrapreso.

In mancanza di una indicazione procedimentale specifica, parrebbe possibile formulare l'istanza di modifica dell'accordo di ristrutturazione finché

il Tribunale non si sia riservato di decidere in ordine a quello già *in itinere* (art. 182, comma 4, l.fall.).

La norma non sembra lasciare margine di discrezionalità al giudice, posto che la formulazione della norma prevede l'emanazione di un *"decreto con cui il Tribunale assegna il termine"*, espressione che sembra non ammettere alternative negative.

Il terzo comma, infine, delinea – per gli accordi di ristrutturazione non ancora omologati – la possibilità di una modifica rapida, che non riguarda le modalità di adempimento e i contenuti della proposta, ma soltanto i tempi di adempimento. In questo caso sarà sufficiente il deposito di una memoria contenente l'indicazione di nuovi termini, corredata da documentazione comprovante la necessità della modifica dei termini. Il differimento dei termini non può essere superiore di sei mesi rispetto alle scadenze originarie.

Per certi aspetti l'art. 9 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, anticipa, semplificandola (come è ovvio, dato il contesto emergenziale) la disciplina relativa alla modifica degli accordi di ristrutturazione (prima e dopo l'omologazione) contenuta nell'art. 58 d. lgs. 14/2019.

5. Conclusioni

Certamente gli accordi di ristrutturazione presentano vantaggi competitivi rispetto al concordato: (i) sono meno onerosi; (ii) presentano una maggiore flessibilità (ad esempio, non soggiacciono all'obbligo del rispetto della *par condicio*) e modulabilità in relazione al caso concreto; (iii) non determinano lo spossessamento, neppure attenuato, del debitore; (iv) il procedimento, nella fase giudiziale, è decisamente più snello e veloce.

È tuttavia difficile immaginare che gli Accordi di Ristrutturazione che, nell'odierna configurazione, non hanno riscosso particolare favore, possano rivelarsi strumento più di tanto efficace nell'attuale contesto economico, di drammatica gravità, se disgiunti da un intervento serio, concreto e rapido di sostegno alle aziende, con mirate politiche sia di supporto finanziario che fiscali.

E' evidente infatti che uno strumento concepito per superare la crisi aziendale non può rivelarsi da solo vincente quando la crisi non riguarda la specifica azienda ma permea a tutti i livelli l'intero tessuto economico.

L'assenza (o forte contrazione) dei ricavi dovuta alla forzata inattività delle imprese a causa del *lockdown* imposto per fronteggiare l'emergenza sanitaria e la difficoltà, in uno scenario economico nazionale ed internazionale del tutto inedito, di formulare ragionevoli ipotesi sul futuro, costituiscono difficoltà di non poco conto per un proficuo ricorso agli Accordi di Ristrutturazione (così come, più in generale, per qualsiasi strumento di regolazione della crisi).

La normativa emergenziale di sostegno alle aziende induce tuttavia a guardare agli accordi di ristrutturazione con rinnovato interesse.

La normativa si è mossa su un duplice binario, da un lato, prevedendo una moratoria *ex lege*, dall'altro favorendo l'accesso al credito grazie al rilascio di una garanzia pubblica.

Nella prima direzione si è mosso l'art. 56 del D.L. 17.3.2020, n. 18 (limiti alla revoca di affidamenti e sospensioni mutui), stabilendo che alle PMI, con esposizioni debitorie "*in bonis*" al 17 marzo 2020 e con sede in Italia, che comunicano a banche e intermediari finanziari di *"aver subito in via temporanea carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia da COVID-19"*:

- non possono essere revocati dal 29 febbraio 2020 al 30 settembre 2020, neanche per la parte non ancora utilizzata, le aperture di credito a revoca e i prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti (i.e. Linee di cassa, Anticipo fatture/Ri.Ba/Export/Contratti, linee di factoring);

- sono prorogati fino al 30 settembre 2020 e alle medesime condizioni (unitamente ai rispettivi elementi accessori e senza alcuna formalità) i prestiti non rateali (es. finimport, finanziamenti bullet);

- viene sospeso, dal 17 marzo (anche se la comunicazione di sospensione è stata presentata dopo e la rata non è stata pagata) al 30 settembre 2020 compreso, il pagamento delle rate di finanziamenti (anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie) e dei canoni di leasing. È facoltà delle imprese richiedere di sospendere soltanto i rimborsi in conto capitale, continuando a pagare la quota interessi. Le sospensioni si applicano anche ai finanziamenti cartolarizzati e ceduti a società veicolo (SPV) *ex lege* n. 130/99.

La moratoria *ex lege* sui finanziamenti determina lo spostamento in avanti, senza alcuna commissione, del piano di ammortamento per un periodo pari alla sospensione accordata.

Sull'altro fronte si è mosso il D.L. 8.4.2020 n. 23, cd. decreto "liquidità",

che, tentando di dare una (prima?) risposta alle criticità sopra evidenziate, al fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese colpite dall'epidemia Covid-19, ha introdotto – *inter alia* - misure urgenti in materia di accesso al credito, di sostegno all'esportazione, all'internazionalizzazione ed agli investimenti delle imprese.

Esula dalle finalità del presente scritto l'analisi circa l'adeguatezza delle predette misure, ma certo la direzione è quella corretta, essendo ormai acquisita la consapevolezza che gli strumenti offerti dal diritto concorsuale, tanto meno gli Accordi di Ristrutturazione, non possono bastare di per sé soli, in molti casi, per superare la crisi.

La moratoria *ex lege* su mutui ed affidamenti consente di acquisire al piano sotteso agli accordi di ristrutturazione un risultato pressoché certo che, in diversa ipotesi, si sarebbe potuto conseguire solo all'esito di una negoziazione.

I finanziamenti garantiti dallo Stato, sotto altro profilo, dovrebbero – almeno tendenzialmente – ridurre la platea dei creditori con i quali dover trattare, così facilitando la conclusione di accordi con i residui creditori e conferendo nuovo *appeal* al mezzo negoziale.

GLI ACCORDI AD EFFICACIA ESTESA ALLA PROVA DEL COVID-19

di Laura De Simone – Presidente di Sezione nel Tribunale di Bergamo

Sommario: **1.** L'attualità degli ADR – **2.** La complessità dell'interlocuzione con il creditore bancario e finanziario – **3.** L'ambito di operatività – **4.** Come e quando opera l'adesione forzosa – **5.** Il procedimento – **6.** Conclusione e prospettive del codice della crisi.

1. L'attualità degli ADR

Mentre la maggior parte delle imprese italiane è chiamata a trovare soluzioni per affrontare le incognite che seguiranno al periodo di *shutdown* totale di attività economiche, produttive e commerciali, imposto dalla pandemia in atto, può rivelarsi utile riesaminare gli istituti del nostro ordinamento concorsuale che potrebbero fornire un supporto per superare, ove possibile, mediante soluzioni concordate, le situazioni di crisi.

Il contesto in cui gli imprenditori si ritrovano oggi era inimmaginabile solo qualche mese fa, e la gravità della crisi che sta per manifestarsi potrebbe imporre a breve di ritenere inadeguate misure di riorganizzazione interna dell'impresa o accordi stragiudiziali. Il Governo sicuramente sta adottando provvedimenti significativi di sostegno alle imprese per contrastare gli effetti dell'epidemia da Covid-19, ma i tempi che saranno necessari per il recupero di un equilibrio economico-finanziario anche delle imprese oggi sane non sono prevedibili e risolvibili mediate decreto legge, per cui il ricorso agli strumenti noti di ristrutturazione dell'indebitamento potrebbe essere vincente.

Merita in particolare rinnovata attenzione l'istituto degli accordi di ri-

strutturazione, che è tra le soluzioni conservative dell'impresa proposte dalla legge fallimentare forse la più duttile e meno utilizzata[1].

L'opzione operativa proposta dall'art.182 *bis* l.fall. lascia l'imprenditore libero di individuare una qualsiasi forma di accordo con i propri creditori per la ristrutturazione dell'indebitamento, purché si tratti di accordo lecito e stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. L'istituto non è mai in concreto decollato dal 2005 ad oggi preferendo di regola i professionisti che assistono gli imprenditori in crisi accedere al binario regolamentato del concordato preventivo, quand'anche comporti

[1] Per approfondimenti sul tema si veda: S.Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il fall.*, n. 8/2005, 137; ID., sub *art. 182* bis, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Torino, 2007, 2533; S.Bonfatti, *Le nuove procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, in *www.dirittobancario.it,* 26 settembre 2018*;* B.Conca, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, *ivi*, 714; M. Arato, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti vs concordato preventivo*, *ivi*, 732; .; F. Di Marzio, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015, n. 6; G.Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Il fall.*, 2005, 1448; Id., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 48; F. Guerrera, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*, 10 dicembre 2012; M.Fabiani*, Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno,* in *www.ilcaso.it*, 14 ottobre 2018; Id., *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Il fall.*, 2018, 296; ID., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Il fallimento*, 2013, 6, 769; G.Falcone, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Le Riforme della Legge Fallimentare*, a cura di A.Didone, Milano, 2009, 1957 ss. L.Panzani, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 219 ss; F.Rolfi- E.Staunovo Polacco- R.Ranalli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Autonomia negoziale e concorsualità*, Milano, 2016; C.Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il fall.*, 2018, 988 ss.; Id., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016.

un ineludibile controllo dell'autorità giudiziaria, soprattutto per le difficoltà che incontrano gli accordi di ristrutturazione nel raccogliere in tempi ragionevoli il consenso dei maggiori creditori. Paradossalmente nel sistema italiano si presenta più piana la strada concorsuale del concordato preventivo, scandita da una tempistica disciplinata dalle norme, anche se per nulla breve, rispetto alla scelta di una convenzione negoziale più libera nei contenuti ma che necessariamente sconta il consenso di gerarchie di dirigenti e consigli di amministrazioni di banche, enti e grandi imprese. È vero che i creditori negli ADR sono chiamati al non facile compito di vagliare il piano industriale e di ristrutturazione che l'imprenditore intende perseguire, o lo scenario liquidatorio che alternativamente viene prospettato, ma i tempi troppo lunghi dei processi decisionali per l'assunzione del rischio impediscono di fatto il raggiungimento dell'obiettivo e riducono enormemente il ricorso allo strumento.

Si consideri che l'impresa in difficoltà che opta per un accordo di ristrutturazione per lo più non è un'impresa che vuole regolare la liquidazione delle proprie attività ma un'impresa che intende ristrutturarsi, tuttavia è evidente che nel tempo in cui contratta l'accordo non può porre in essere operazioni funzionali ad un piano di risanamento, mentre per la stessa sopravvivenza dell'impresa l'orizzonte temporale di risoluzione deve essere brevissimo per essere efficace, snodarsi non già in mesi ma in settimane.

In particolar modo in questo momento, in cui le imprese si trovano d'improvviso a vivere uno scenario di guerra per evitare l'evoluzione negativa della crisi e l'insanabilità del dissesto, è necessario che in maniera veloce e innovativa vengano apprestate soluzioni di efficienza coraggiose che consentano di impostare una ripartenza in una prospettiva di medio e lungo periodo.

2. La complessità dell'interlocuzione con il creditore bancario e finanziario.

In tema di crisi di impresa, quella di creditore è venuta ormai a costituire una qualificazione quasi generica, perché articolata in troppe sfaccettature. I creditori faticano "a fare gruppo" e si smembrano in sottoinsiemi; la prassi indotta dal mercato amplifica il fenomeno nella misura in cui crea quotidianamente una platea di creditori innervata di prerogative accessorie che gli

altri non hanno. Vi sono in particolare creditori che per attività esercitata e per congiuntura sono più tutelati e nell'ipotesi in cui il patrimonio sociale dell'impresa non appare più sufficiente al soddisfacimento di tutte le pretese, lo percepiscono anticipatamente ed agiscono in "autoprotezione" e "autoconservazione": sono essenzialmente, in un contesto di sottocapitalizzazione delle società, i creditori coessenziali al finanziamento del ciclo produttivo, ossia proprio gli istituti di credito.

Questi ultimi hanno poco da rimettere dal naufragio del tavolo delle trattative di componimento avviato dall'imprenditore in difficoltà, posto che alle prime avvisaglie di crisi sono gli unici abilitati a condizionare il sistema, azionando la leva dei tassi di interesse, oppure incrementando la soglia delle garanzie, o altresì ponendo limiti alla distribuzione degli utili, o finanche pretendendo la concessione di diritti di controllo sull'andamento dell'impresa. L'ingegneria finanziaria ha brevettato pure la pratica dei c.d. *covenants*, che sostanziano uno strumento di ingerenza più o meno penetrante sulla libertà gestoria della società, di cui possono servirsi i finanziatori per tutelarsi da scelte rischiose degli amministratori.

Per favorire il superamento del problema, non nuovo, dell'approvazione in tempi spediti di un accordo con i creditori finanziari delle imprese in crisi, il legislatore del 2015 ha introdotto nel nostro ordinamento la previsione dell'art.182 *septies* l.fall.[2] L'innesto di una disposizione *ah hoc* in deroga

[2] Per una trattazione specifica dell'istituto vedi: P.Benazzo, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. Le trattative: l'informazione sul loro avvio e la possibilità di parteciparvi in "buona fede"*, in *Il Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, 779 ss.; A.Di Maio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con gli intermediari finanziari,* Torino, 2019; G. Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2016, 723 ss.; F.Lamanna, *Le classi/categorie nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *www.ilfallimentarista.it,* 7 gennaio 2016; G.Jachia, *Accordi di ristrutturazione e finanziamenti alle imprese in crisi*, Milano, 2016; A. Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, 2; M. Perrino, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1441 ss.; R.Ranalli, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie"* →

parziale alla disciplina generale degli accordi di ristrutturazione dei debiti sembra rispondere all'esigenza riscontrata di scongiurare che banche e intermediari per le ragioni varie, che saranno qui di seguito analizzate, finiscano per far valere una sorta di veto sull'esito proficuo delle trattative finalizzate all'accordo, con grave pregiudizio per l'impresa oltre che per i suoi creditori.

Nella consapevolezza del ruolo fondamentale nell'assetto degli accordi di ristrutturazione dei creditori bancari e finanziari, essendo le aziende italiane notoriamente sottocapitalizzate, la norma disciplina la possibilità per le imprese di ristrutturarsi o di intraprendere la liquidazione a fronte di accordi consensuali con i propri finanziatori, operativi e vincolanti anche in assenza del consenso unanime dei creditori. La disposizione nasce in recepimento dell'indirizzo della Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE, che nell'obiettivo di avviare gli Stati membri verso una normativa omogenea che consenta una ristrutturazione efficace delle imprese in crisi, incentiva l'adozione di piani con l'adesione anche solo da parte di «determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti».

Per comprendere la portata della norma e l'utilità dell'istituto nel contesto attuale è importante partire dalla peculiare conformazione del creditore bancario.

Gli imprenditori italiani per prassi si avvalgono di plurimi finanziamenti ripartiti tra molteplici istituti di credito e questo comporta una parcellizzazione del rischio che ciascuno di essi assume, tanto da potersi permettere una scarsa conoscenza del proprio portafoglio e dei proprio affidati. Ne

n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche, in *www.ilfallimentarista.it*, 23 luglio2015; M. Spiotta, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Sezione I. Profili sostanziali*, in A. Jorio - B. Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, V, Milano, 2017, 183 ss., ivi a 261-285; L.Varotti, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria,* 6, *www.ilcaso.it* , 24 agosto 2015; A.Zorzi, *L"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola in un mercato in evoluzione*, in *Il Fall.*, 2017, 7, 761; Id., *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182-septies l.fall.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Il Fall.*, 2017, I, 405 ss.

consegue che, appena vengono percepiti segnali di crisi ciascun finanziatore anziché cercare di sostenerne un percorso di risoluzione, facilmente si preoccupa di più di contenere le proprie perdite, agisce singolarmente, in via stragiudiziale o giudiziale, finendo molto spesso per accelerare l'aggravamento delle difficoltà e compromettere – volontariamente – la stessa attività d'impresa.

Si aggiunga che anche quando gli imprenditori si determinano, nel momento della necessità, ad aprire una trattativa con i propri sostenitori finanziari per fronteggiare la crisi capita sovente che quelli su cui grava una quota di rischio minore assumano comportamenti opportunistici, magari per spuntare condizioni di poco migliorative, ostacolando di fatto l'azione di risanamento e/o espandendo i tempi in modo insostenibile nell'ottica progettuale di un risanamento.

Non può infine non considerarsi che molti dei crediti nei confronti di imprenditori in difficoltà sono stati oggetto in questi anni di cartolarizzazione e cessione sul mercato. La Banca Centrale Europea ha progressivamente spinto le banche dell'Unione Europea a risolvere il problema dei crediti deteriorati, incidendo gli NPL sulla redditività delle banche e sulla capacità delle medesime di finanziare l'economia. Questo è avvenuto in particolare prima con le Linee guida per le banche sui crediti deteriorati, pubblicate dalla BCE a marzo 2017, poi con l'Addendum alle Linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati, pubblicato a marzo. Si noti che la definizione di credito deteriorato ai fini delle segnalazioni di vigilanza armonizzate è quella individuata dall'EBA, recepita con il Regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 della Commissione Europea, per cui non si operano distinzioni tra i crediti facenti capo a debitori con probabilità di rientro *in bonis* e quelli in crisi irreversibile, ed entrambe le categorie devono sottostare alle stesse regole di accantonamento previste per le banche per le sofferenze classificate tali dopo il 1 aprile 2018[3]. Persino la legislazione

[3] Va ricordato che le banche sono chiamate ad adottare il cosiddetto approccio "di calendario", che consiste nello svalutare gradatamente nel tempo i nuovi NPL fino ad azzerarne il valore alla fine di un determinato periodo, senza tener conto della valutazione contabile dei crediti e delle effettive prospettive di recupero. I crediti deteriorati *post* 1 aprile 2018 devono essere svalutati integralmente entro 2 anni (se non garanti- →

dell'emergenza, quale è il D.L. n.18 del 17.3.2020 (Decreto "cura Italia") all'art. 55 incentiva i creditori a cedere i loro crediti scaduti da oltre 90 giorni i entro il 31.12.2020 al fine di ottenere crediti di imposta.

In ragione di tale normativa di favore, moltissimi crediti anche nei confronti di imprese ancora vitali, quand'anche in difficoltà, sono stati ceduti o lo saranno a breve, finendo nella disponibilità di soggetti molto eterogenei tra loro che sovente non si stanno dimostrando attrezzati o interessati alla gestione delle posizioni, e questo forse anche a causa dei modesti costi d'acquisto. Pure le modifiche soggettive nella titolarità del credito incidono quindi negativamente nella possibilità per gli imprenditori di intavolare una trattativa congiunta con gli interlocutori finanziari che possa concludersi positivamente in tempi rapidi, per cui diviene fondamentale la possibilità di coercizione che offre l'art.182 septies l.fall.

3. L'ambito di operatività.

Passando ad esaminare la disciplina dell'istituto va ricordato che l'art.182 *septies* l.fall. autorizza l'imprenditore in stato di crisi ad estendere l'accordo concluso con la maggioranza dei creditori pure ai creditori bancari ed intermediari finanziari non aderenti. Quand'anche non vi sia un preciso riferimento normativo, i soggetti a cui la norma di riferisce possono ritenersi essere gli istituti di credito iscritti nell'albo dell'art. 13 del D.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106-107 del TUB (per rinvio dall'art. 18 del TUF) per i soggetti abilitati ai servizi di investimento (tra i quali ad esempio le imprese di leasing, i consorzi fidi, le società di factoring, le società che erogano di credito al consumo, le società veicolo impiegate nelle cartolarizzazioni).

In deroga al principio di relatività del contratto di cui all'art.1372 II co

ti) oppure 7 anni (se garantiti) dal momento in cui sono stati classificati come tali. Per una disamina puntuale del tema v. P.Angelini, "*I crediti deteriorati: mercato, regole e rafforzamento del sistema"* intervento al Convegno "*NPL: sfide e opportunità. Requisiti regolamentari, strategie delle banche e dei nuovi operatori"* , Roma, 9 ottobre 2018, sul sito *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2018/Angelini-09102018.pdf*

c.c. e alla disciplina codicistica del contratto a favore di terzi di cui all'art.1411 c.c., la norma che si esamina consente di superare la regola della non vincolatività dell'accordo per i creditori non aderenti di cui all'art. 182 bis l.f., in favore, del principio maggioritario mutuato dal modello concordatario.

L'applicazione degli accordi ad efficacia estesa è tuttavia circoscritta al seguente ambito:

1) ai crediti e ai rapporti giuridici di cui sono titolari le banche e intermediari finanziari, senza specificazioni in ordine all'origine dell'indebitamento, ma con esclusione di qualsiasi differente soggetto;
2) in caso di esposizione dell'imprenditore nei confronti di banche ed intermediari finanziari in misura pari o superiore alla metà dell'indebitamento complessivo aziendale.

Per la quantificazione dell'indebitamento bancario vanno considerati i debiti già scaduti per capitale e interessi ed altresì quelli non ancora scaduti, mentre per i contratti di *leasing* finanziario occorre valutare oltre al debito in linea capitale anche il debito per interessi già maturati alla data di riferimento.

Nel computo non dovrebbe tenersi conto de debiti contestati o in contenzioso salvo che le contestazioni mosse siano palesemente infondate[4].

Più complessa è la valutazione ai fini del calcolo dei debiti potenziali per fideiussioni concesse dall'imprenditore a favore di banche e intermediari finanziari o di altri soggetti (in tal caso al fine del computo del monte debiti) che necessariamente sarà approssimativa, e potrà conteggiarsi sulla base della probabilità di escussione da parte del creditore garantito.

Quanto all'oggetto dell'accordo deve ritenersi che qualsiasi convenzione non espressamente esclusa dalla norma sia consentita per cui sicuramente oggetto della previsione potranno ad esempio essere riscadenziamenti, stralci, modifiche di tassi di interessi, riduzione di tassi, conversione del

[4] Sul tema v.Trib.Bologna, 17 novembre 2011 in *Il Fall.* 2012, 594, con nota di S.Bonfatti, *Pluralità di parti ed oggetto dell'accertamento del tribunale nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art.182 bis l.fall. (e nel concordato preventivo)*

credito in quote di capitale o strumenti finanziari partecipativi[5]. Espressamente prevista è altresì la possibilità di estendere l'ambito applicativo della previsione all'obbligo di consentire l'utilizzo di beni concessi in *leasing*.

Con la convenzione unicamente non potranno essere imposti agli Istituti non aderenti:

a) l'esecuzione di nuove prestazioni ed in particolare l'erogazione di nuovi finanziamenti;

b) la concessione di affidamenti o il mantenimento della possibilità di utilizzare quelli esistenti.

La ragione della importante limitazione è che lo strumento può essere utilizzato solo per rinegoziare i crediti già sorti, non per disciplinare i crediti che possano derivare da contratti da stipularsi successivamente, perché in nessun modo l'accordo ad efficacia estesa deve comportare un aggravamento del rischio per la Banca o l'intermediario finanziario non aderenti.

Quanto al divieto di inserire nell'accordo la possibilità di utilizzo degli affidamenti esistenti, esso deve intendersi riferito agli affidamenti concessi e non utilizzati, posto che appunto non comporta aggravamento del rischio della Banca la conservazione degli utilizzi, sia relativi a linee di cassa che relativi a linee autoliquidanti.

Va anche chiarito che l''accordo ex art.182-*septies* l.fall. non è un accordo di ristrutturazione a sé stante, non è dotato di autonomia, ma è un istituto che può trovare applicazione solo nell'ambito di un accordo a mente dell'art. 182-*bis* l.fall., per cui oltre alle circostanze particolari della normativa speciale che lo caratterizza devono sussistere i presupposti per la disciplina generale degli accordi di ristrutturazione: 1) accordo con almeno il 60% dei creditori; 2) pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese; 3) rispetto del termine di 120 giorni per il pagamento dei creditori estranei all'accordo.

---

[5] R. Ranalli, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *www.ilfallimentarista.it*, 23 luglio2015.

4. Come e quando opera l'adesione forzosa

Il nuovo istituto fa fulcro sull'opportunità di vincolare all'accordo di ristrutturazione, non soltanto i creditori che vi hanno aderito, ma anche coloro che, messi in condizione di partecipare proattivamente alle trattative, abbiano ritenuto di non investirvi e abbiano deciso di non sottoscrivere l'accordo.

Affinché operi l'adesione forzosa dei creditori all'accordo di ristrutturazione è necessario che il debitore, con il ricorso ex art. 182-*bis* l. fall. per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, chieda che gli effetti dell'accordo siano estesi alle banche non aderenti. Occorre a tal fine *in primis* che le banche non aderenti siano inserite in una o più "categorie" di banche aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei e queste "categorie" siano individuate nell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Le "categorie" di creditori bancari sono da costruirsi in ragione di "posizione giuridica ed interessi economici omogenei" per cui possono per similitudine essere richiamati in linea di massima gli stessi criteri utilizzati nella formazione delle classi di creditori nel concordato preventivo[6]. Potranno quindi rilevare ad esempio la presenza o meno di garanzie (reali o personali)[7] ovvero la tipologia del finanziamento (es. anticipazioni bancarie, operazioni autoliquidanti, mutui ipotecari, factoring, fideiussione)[8]. È sig-

[6] E' stato tuttavia autorevolmente osservato che negli accordi di ristrutturazione non valgono le regole di graduazione dei crediti in ragione dell'eventuale causa di prelazione che operano nel concordato per cui il raggruppamento dei creditori dovrebbe avvenire unicamente sulla base dell'interesse economico (M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Concordato preventivo*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati* Scialoja-Branca-Galgano, a cura di De Nova, Bologna, 2014, 210 ss.

[7] B.Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, 1187, in *Contratto e Impresa*, 2015, 6

[8] Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*, valuta congrua la distinzione delle categorie in relazione alla natura del credito - ipotecario o chirografario - e in relazione alla tipologia dell'operazione fonte del credito versa la debitrice -mutuo o affidamenti su conti correnti, fideiussione - e interesse economico (giustificando la dis- →

nificativo che, in difetto di una "bussola" normativa e in mancanza di preclusioni sul punto, dette categorie appaiono fisiologicamente esposte ad essere esse stesse oggetto di trattative, potendo essere identificate e perimetrate tra le parti dell'accordo in sede di stipula, non predefinite in anticipo: è incentivato, pure in tal senso, un livello della condivisione della pianificazione solutoria della crisi tra imprenditore e creditori ignoto alle dinamiche del concordato preventivo.

Anzi, è da credere che l'obiettivo implicito dell'assenza di una precisa regola di classamento sia plausibilmente proprio quello di sottrarre la correlata attività all'opzione unilaterale del debitore, che il tratto distintivo e il limite intrinseco del concordato preventivo. La perimetrazione delle categorie viene ricondotta nell'alveo di una prerogativa congiunta delle parti aderenti all'accordo: saranno il debitore e i creditori propensi a salvarne l'impresa e a finanziarne la continuità a definire le categorie e a poter assumere, in ultima istanza, la decisione di "forzare" l'adesione della minoranza.

Il confine esterno di quella che potrebbe apparire una "dittatura" della maggioranza – cui sono potenzialmente avulsi neppure accordi di interesse – è marcato in modo netto e preciso dalla giurisdizione, essendo rimessa al tribunale, in sede di omologazione dell'accordo, la verifica sulla corretta formazione delle categorie, quindi sulla circostanza che i creditori ai quali si intende estendere gli effetti dell'intesa abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli dei creditori aderenti e inclusi nella specifica classe.

Si consideri anche che le misure di acceso al credito varate in questi giorni di emergenza nazionale dal Governo per assicurare liquidità alle imprese porteranno all'erogazione da parte del sistema bancario di finanziamenti garantiti in varia misura e con differenti operatività dallo Stato, per cui persino con riferimento a questi crediti che sorgeranno in capo agli Istituti bancari potrà porsi la necessità di eventuale suddivisione in autonome categorie, in ragione del differente interesse economico che le diverse gar-

tinzione tra crediti bancari per affidamenti concessi e crediti per fideiussioni prestate dalle banche in relazioni a operazioni creditizie di cui sono titolari società del gruppo della proponente l'accordo).

anzie potranno comportare.

Lo stesso creditore in ogni caso potrà, in ragione dei plurimi impegni assunti, essere inserito anche in più categorie.

Ulteriore presupposto per l'omologazione dell'accordo con previsione di adesione forzosa è le banche aderenti, facenti parte della stessa "categoria" , rappresentino almeno il 75% de crediti della "categoria". Si noti che la percentuale prevista è significativamente elevata - a fronte dei descritti interessi spesso disallineati che manifestano i creditori bancari - per cui assume particolare importanza un'attenta costruzione delle categorie al cui interno raggruppare crediti omogenei. A tal fine va esplicitato che non tutti i crediti bancari devono necessariamente essere ricompresi in una "categoria"[9], potendo limitarsi la classazione a raggruppare una parte dei crediti per cui si riscontri identità di posizione giuridica e interessi economici del tutto similari.

Peraltro le "categorie" non devono essere formate sin dall'apertura delle trattative con le banche, ben potendo essere impostate successivamente in sede di stipula definitiva dell'accordo e di domanda di omologazione, quando si manifesta chiara l'esigenza di "forzare" l'adesione di un determinato creditore bancario. Va tuttavia evidenziato che qualsiasi sia il momento in cui l'imprenditore valuta di forzare l'adesione delle banche minoritarie utilizzando l'istituto previsto dall' art.182-*septies* l.fall. non potrà essere una sua scelta unilaterale, dovendo necessariamente condividersi questa valutazione con banche aderenti, poiché il raggruppamento dei crediti in "categorie" finisce per caratterizzare l'accordo e le conseguenze che derivano dalla sua omologazione. Ben potrà comunque la scelta essere effettuata anche nella fase finale delle trattative, allorquando si generi una situazione di impasse non risolvibile, che diversamente costringerebbe l'imprenditore ad

[9] *Contra* Trib.Forlì 5 maggio 2016, in *www.ilcaso.it* in cui si afferma che "l'imprenditore che solleciti l'omologa dell'accordo di ristrutturazione raggiunto con i propri creditori finanziari con estensione ai soggetti non aderenti deve perciò suddividere i propri creditori finanziari in categorie omogenee per posizione giuridica e interessi economici e raggiungere un unico accordo con tutti i componenti della categoria, rimanendo preclusa la possibilità di regolare diversamente i singoli rapporti, come invece può avvenire con i creditori finanziari non convenzionati"

affrontare la strada del concordato preventivo, per poi magari, in quella sede, classare i creditori ricercando una omogeneità di interessi economici e di posizione giuridica.

Per avvalersi dello strumento descritto la norma impone che l'imprenditore si comporti con la massima trasparenza e correttezza e ponga tutti i creditori con cui intende concludere l'accordo nelle medesime condizioni. È evidente che la possibilità di imporre un'adesione forzosa incide sull'equilibrio delle posizioni negoziali nell'ambito delle trattative per cui è imprescindibile che i soggetti chiamati a subirne gli effetti siano posti tutti nella condizione di contrattare[10]. Le banche e gli intermediari finanziari devono essere informati dell'avvio delle trattative e chiamati a parteciparvi in buona fede. Per questa ragione l'informativa iniziale non può essere solo di carattere formale ma deve consentire di aprire un dialogo, ricevere controproposte e cercare un componimento delle contrapposte esigenze. A tal fine tutte le banche dovranno aver ricevuto informazioni complete ed aggiornate sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa debitrice, nonché sui termini dell'accordo proposto e si suoi effetti.

Sempre nell'ottica di incentivare un accordo e pretendere da tutti i soggetti coinvolti un comportamento secondo buona fede, il terzo comma dell'art.182-*septies* l.fall. precisa che non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese per cui le "categorie" di crediti potranno essere formate senza considerare le prelazioni medio tempore acquisite.

La buona fede non va riferita soltanto al debitore o ai creditori, ma apprezzata in riferimento all'uno e agli altri[11]. Avuto riguardo al primo, essa

---

[10] Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*, chiarisce bene questo aspetto, affermando che tutti i creditori bancari o intermediari finanziari che la proposta inserisce nell'ambito di un accordo ex art.182 *septies* l.fall., devono essere notiziati della ricaduta dell'accordo sui creditori non aderenti in maniera tale ciascuno sia posto nella condizione di operare una consapevole scelta in ordine alla proposta e alle eventuali scelte difensive (opposizione) da adottare.

[11] S.Leuzzi; *Considerazioni sui non performing loans*, in *www.inExecutivis.it,* 26 marzo

→

implica una cura scrupolosa e non burocratica nella *discosure*, quindi nella somministrazione di informazioni ad appannaggio dei creditori in funzione dell'accordo; avuto riguardo ai secondi, comporta la loro responsabilizzazione, facendoli assurgere ad attori del processo di gestione negoziata della crisi, quindi impegnandoli a precisi oneri comportamentali, che sono rappresentati dall'impiego effettivo e non formale di risorse logistiche e organizzative necessarie alla interlocuzione propositiva e alla neutralizzazione, ove occorra, attraverso il principio di maggioranza, delle posizioni ostruzionistiche, egoistiche e passivamente refrattarie.

Partecipare in buona fede alle trattative significa, in definitiva, assumere posizioni motivate e non assertive in relazione alle proposte del debitore; significa adoperare mezzi calibrati al buon esito delle trattative e del tipo di accordo prospettato; significa individuare le criticità delle prospettazioni del debitore ed avanzare controproposte finanziariamente sostenibili.

Il richiamo alla buona fede disseminato a più riprese nell'art. 182-*septies* l.fall. e il principio di maggioranza su cui rimane incentrata l'epilogo favorevole dell'accordo sembrano ispirati, in altri termini, da un'esigenza convergente, che è quella di incentivare atteggiamenti collaborativi e cooperativi proprio all'interno della cerchia dei creditori professionalmente più qualificati, economicamente più attrezzati e istituzionalmente più adiacenti alla realtà dell'impresa (della quale finanziano l'esercizio): i creditori bancari e finanziari. La buona fede e il principio di maggioranza sono in grado di condizionare in positivo e a livello di sistema le scelte strategiche di questi ultimi, chiamati, per non violare la prima e per non subire passivamente l'applicazione del secondo, a potenziare le risorse destinate alla conduzione accorta e propositiva delle trattative e fluidificare in funzione di esse i propri processi decisionali.

Per l'omologazione dell'accordo dovrà essere garantito alle banche non aderenti un grado di soddisfazione non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. L'espressione utilizzata dalla norma richiama il giudizio di convenienza di cui all'art. 180 IV comma l.fall. ma nel contesto dell'accordo di ristrutturazione l'alternativa potrebbe non essere necessariamente quella fallimentare bensì qualsiasi altra praticabile in ipotesi di

2018

mancato accordo con il singolo creditore[12]. Se tuttavia si considera che nel Codice della crisi l'art.61 che andrà a disciplinare l'istituto porrà come termine di paragone unicamente la soddisfazione del creditore in ipotesi di liquidazione giudiziale, deve ritenersi sin d'ora adottabile il medesimo criterio.

5. Il procedimento

Affinché gli effetti dell'accordo siano estesi alle banche non aderenti il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari previsti dall'art.182 bis l.fall., deve notificare alle banche non aderenti il ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e la relativa documentazione, così da porre questi creditori nella condizione di essere pienamente informati dell'esito delle trattative e delle conseguenze del procedimento.

Entro trenta giorni dalla notificazione il creditore dissenziente/ non aderente potrà proporre opposizione ex art. 182-*bis*, comma 4) l.fall. Si tratta di un presidio di tutela finale del ceto creditorio che bilancia la connotazione "coattiva" dell'accordo. In siffatta ipotesi, infatti, l'omologazione si baserà sul c.d. *cram down* alla stessa stregua di quanto previsto dall'art. 180, IV co., l.fall. in materia di concordato preventivo, il che vuol dire che, diversamente dall'archetipo descritto dall'art. 182-*bis* l.fall., il tribunale dovrà valutare la convenienza economica dell'accordo, confrontandolo con le alternative concretamente praticabili, in guisa da appurare che gli opponenti siano soddisfatti nel quadro di esso in misura non inferiore rispetto ai pronosticabili esiti di queste.

Quanto al controllo del Tribunale, ai fini dell'omologazione, a prescindere dall'opposizione, è prevista: a) una verifica della legittimità della procedura riguardante la corretta formazione delle "categorie" dei creditori' e quindi effettiva omogeneità della posizione giuridica ed economica dei

[12] La giurisprudenza rinvenuta ritiene comunque che il criterio della convenienza dell'accordo per i creditori non aderenti vada verificato nell'alternativa unica della liquidazione fallimentare (Trib.Forlì 5 maggio 2016, *cit.*, Trib.Milano, 16 febbraio 2016, *cit.,* Trib.Padova 31 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*).

creditori ai quali viene chiesto di estendere l'accordo con quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti all'accordo, nonché circa il rispetto del principio di buona fede e di corretta informazione dei creditori ai quali si intende estendere l'accordo[13] b) la verifica di convenienza riguardo ai creditori che subiscono gli effetti di un accordo al quale non hanno aderito, circa la possibilità di soddisfo dei medesimi, sulla base dell'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Difficilmente è immaginabile che il Tribunale sia autonomamente in grado di compiere questa verifica, quand'anche possa esservi il supporto dell'attestazione del professionista designato ai sensi dell'art.182 bis l.fall., per cui deve ritenersi che nella maggior parte dei casi essa sia compiuta da un ausiliario, che appunto il comma IV consente al Tribunale di nominare.

In assenza di esplicite indicazioni normative e in mancanza di una casistica pratica che abbia consentito il formarsi di orientamenti giurisprudenziali in materia non risulta ancora sufficientemente indagato il perimetro del procedimento di omologazione in presenza dell'opposizione che il creditore non aderente potrebbe proporre. Si discute se con l'opposizione il creditore non aderente all'accordo ex art.182 septies l.fall. possa chiedere solo che l'accordo non sia omologato o più limitatamente possa chiedere che non abbia efficacia nei suoi confronti, perché ad esempio egli non rientra nella categoria individuata dal debitore ovvero non è stato adeguatamente informato o posto nella condizione di partecipare alle trattative. In questo secondo caso, in cui l'opponente si limita a chiedere l'inoperatività nei suoi confronti dell'estensione dell'accordo, ove ritenuta ammissibile e fondata, il Tribunale forse ragionevolmente potrà[14], su richiesta del proponente, omologare comunque l'accordo escludendo l'opponente e considerandolo come non aderente, sempre che sia prevista e attuabile la possibilità di soddisfo integrale del medesimo come creditore estraneo.

---

[13] Trib.Forlì 5 maggio 2016, *cit.*, afferma financo la possibilità per il Tribunale di operare "una riclassificazione delle categorie malamente formate".

[14] G. JACHIA, *Accordi di ristrutturazione e finanziamenti alle imprese in crisi*, Milano, 2016, p. 106.

6. Conclusione e prospettive del codice della crisi

Come si è cercato di illustrare in questa breve nota mentre il Governo cerca di affrontare le enormi difficoltà delle imprese italiane con plurimi provvedimenti che comprendono moratorie di pagamenti, rinvii di scadenze, crediti agevolati e garanzie statali, la contingenza storica in cui è stata catapultata la realtà imprenditoriale indotta dall'emergenza sanitaria induce a prudentemente a valutare sin d'ora l'opportunità di l'utilizzo da parte degli imprenditori più attenti degli strumenti operativi previsti dall'ordinamento per le soluzioni negoziate della crisi d'impresa.

Nello specifico si è qui esaminato lo strumento degli accordi con efficacia estesa, istituto ancillare agli accordi di ristrutturazione ma fondamentale in un momento in cui l'indebitamento nei confronti del sistema bancario è destinato ad essere sempre più pressante financo in capo ad aziende sino ad ora sane. Per sopravvivere nel breve periodo al fermo di tutte le attività, gli imprenditori per la più parte dovranno accedere alle facilitazioni creditizie disposte in questi giorni dal Governo, incrementando il proprio indebitamento. Questo impone agli operatori di intravedere all'orizzonte la necessità di percorsi di ristrutturazione, che si auspica siano il più possibile rapidi e destrutturati.

L'art. 182 *septies* l.fall. sul piano dei "tempi" e dei "costi" batte perlomeno potenzialmente il concordato preventivo con continuità aziendale. Sotto il primo profilo perché nasce e cresce in un ambiente destrutturato e non processualmente irreggimentato. Sotto il secondo aspetto perché è slegato dal pagamento dei compensi del commissario giudiziale (e degli altri ausiliari del giudice).

La cifra modesta delle sue esperienze applicative è, allora, ascrivibile unicamente alla farraginosità dei processi decisionali delle banche e degli intermediari. Proprio per la difficoltà di governare in maniera fluida, organica e capillare detti processi, gli istituti creditizi e finanziari appaiono maggiormente disponibili verso un'impresa che imbocchi la via concordataria, rispetto ad un'azienda che prospetti un percorso negoziale di ristrutturazione.

Quali i margini di maggiore operatività che si aprono oggi per gli accordi di ristrutturazione?

Tre essenzialmente.

Il primo attiene alla necessità di gestire in tempi celeri la "riapertura"

delle imprese finanziate anche *ex latere creditoris*. Non è plausibile neppure per le banche e gli intermediari attraversare procedimenti che si protraggono mesi, attendendo di registrare la crisi in una cornice concordataria, indirettamente finendo per sostenerne i costi annessi. La ripresa e il riavvio del ciclo produttivo diventano giocoforza una questione di giorni e ragionevolmente andrebbero programmate in anticipo sull'attenuazione del *lockdown*. È perciò ipotizzabile che le banche e gli intermediari possano decidere di rendersi parte diligente nell'investire risorse sulla predisposizione di apparati logistici e organizzativi idonei a sceverare le realtà industriali e commerciali su cui puntare, da quelle che la pandemia ha definitivamente compromesso, quindi a sostenere una interlocuzione avveduta e agile.

Il secondo attiene al crepuscolo, nella più recente giurisprudenza di legittimità e nella prospettiva del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, della dicotomia fra fattibilità economica e fattibilità giuridica , che deve avere influenzato la propensione al concordato pure degli istituti di credito, verosimilmente indotti dall'avvertito meno pervasivo sindacato del tribunale in ambito concordatario rispetto al perimetro incerto degli accordi di ristrutturazione.

La terza ragionevole spinta dovrebbe promanare dalla buona fede, che è clausola generale idonea a sovraintendere sulla condotta degli istituti di credito e degli intermediari nella fase delle trattative mirate all'accordo. La gestione finanziaria del rilancio dell'economia depressa dal Covid-19 rappresenterà un notevole banco di prova per tali soggetti, che saranno obiettivamente chiamati a governarla secondo un atteggiamento proattivo, oltre che collaborativo. In base al principio in parola ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse altrui, ove ciò non comporti un apprezzabile ed ingiustificato sacrificio dell'interesse proprio, ma addirittura – nel caso della soluzione ristrutturativa negoziata del debito – lo preservi. Ciò implicherà da parte dell'interlocutore bancario un'attenzione agli obblighi di protezione, che si estrinsecherà nella formulazione controproposte e nella manifestazione critica, non assiomatica, dell'eventuale diniego o dissenso. A questo tende la completezza informativa, questo implica la partecipazione in buona fede alle trattative rimarcata dall'art. 182 *septies* l.fall.

Infine, emerge sullo sfondo il Codice della Crisi, la cui entrata in vigore è stata posticipata dall'art. 6 D.L. 8 aprile 2020, n. 23 al 1 settembre 2021, ma che segna sin d'ora la linea d'orizzonte, predisponendo gli operatori verso soluzioni ancora più attente alla conservazione dei valori aziendali.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti non verranno solcati da abbondanti novità (artt. 57-61), arricchendosi, tuttavia, di significative sfaccettature. Tra le più salienti vi è proprio quella sugli gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa con banche e intermediari finanziari, con l'originale opportunità di estenderne gli effetti anche a creditori non aderenti che non appartengano all'anzidetta categoria, per le ipotesi in cui l'accordo abbia carattere non liquidatorio. Uno strumento in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. (concernenti rispettivamente l' "efficacia del contratto" e "contratto a favore di terzi") che da istituto pensato per i finanziatori dell'impresa si aprirà all'universo dei creditori concorsuali, quale che sia la connotazione di questi ultimi. Sarà sufficiente curarsi di annoverarli per interessi economici e posizione giuridica omogenea dentro una categoria, per forzarli come non aderenti entro il perimetro di un accordo stipulato con altri. A condizioni che ricalcano quelle già espresse dal vigente 182 *septies* l.fall., ma acquistano un elemento di prominente originalità: presupposto d'estensione degli effetti alle "altre categorie" è la prosecuzione, in virtù dell'accordo, dell'attività d'impresa .

La salvaguardia del valore azienda, che è il filo conduttore dell'intera riforma, assume pure nel contesto degli accordi di ristrutturazione una centralità cruciale, pur nella costanza di meccanismi e presidi a tutela dei creditori. L'estensione praticabile degli effetti dell'accordo finirà per allargarne a priori i confini d'azione. Naturalmente la performance dello strumento sarà da misurare e soppesare nell'esperienza concreta, ma sulla base di potenzialità che appaiono in astratto formidabili, perché, per molti versi, inedite.

NORMAZIONE D'URGENZA E CONCORDATI IN BIANCO

di Stefania Grasselli – giudice delegato nel Tribunale di Cremona

Sommario: **1.** Premessa – **2.** Quadro normativo – **3.** I termini sospesi – **4.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quello che abbiamo ormai imparato a conoscere come Covid-19, nome familiare ma giammai amico, sembra non far sconti a niente e nessuno.

Nato come emergenza epidemiologica, sta sortendo effetti notevoli anche sul fronte dell'economia, con riflessi non solo nazionali.

Tale sconvolgimento, se è evidente nelle attività produttive *in bonis*, ha un effetto forse ancor più sensibile su quelle realtà imprenditoriali che, già in stato di crisi, necessitano di accedere a forme concorsuali per la definizione della loro situazione debitoria.

Circostanza, questa, oggetto di molteplici interventi da parte del nostro legislatore che, con un susseguirsi di normative emergenziali, è andato ad agire, prima genericamente, poi nel dettaglio, anche sulla disciplina delle procedure concorsuali.

Tuttavia, a fronte di un'iniziale ingerenza puntiforme, comprensibilmente dettata dall'esigenza di essersi trovati a gestire una situazione tanto inaspettata quanto smisurata, si auspica che i prossimi interventi saranno caratterizzati da maggiore unitarietà e coerenza interna, nonché ispirati ad una logica pragmatica e realistica, finalizzata a dare risposte concrete e non

suscettibili di variegate interpretazioni [1].

2. Quadro normativo

In considerazione del susseguirsi dei diversi interventi d'urgenza, appare opportuno, primariamente, ricostruire il quadro normativo in cui ci si muove, per andare, poi, ad analizzare gli adempimenti che caratterizzano la fase "in bianco" del concordato e vedere come ne sono stati influenzati[2].

Tutto è iniziato con il D.L. n. 11 dell'8 marzo 2020, contente solo 6 articoli aventi ad oggetto "*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*", il cui art. 1 prevede il "*differimento ur-*

[1] Anche in dottrina si è ravvisata la necessità di predisporre un corpo unitario di disposizioni volto a regolare in modo organico il complesso sistema delle procedure concorsuali, *tout court* intese. In particolare, si è fatto riferimento al cd. "diritto concorsuale dell'emergenza", ovverosia un insieme di regole speciali, o meglio eccezionali, valide almeno sino alla fine del 2020. Si tratta di un pacchetto di disposizioni che dovrebbero riguardare, *inter alia*, (i) i criteri di valutazione delle poste di bilancio, (ii) la neutralizzazione delle norme in tema di capitale e di scioglimento della società, (iii) lo spostamento in avanti dei termini di adempimento delle obbligazioni dei debitori per i quali è in corso uno degli strumenti di regolazione della crisi (ma da compensare con vantaggi fiscali per i creditori che vedono ritardato l'incasso dei loro crediti), (iv) maggiori e agili agevolazioni nei finanziamenti alla ristrutturazione, (v) rimodulazione temporale dei procedimenti concorsuali. Resta, sullo sfondo, un tema molto delicato e cioè quello della "colpa" nella causazione del dissesto; è a tutti noto che nella nostra tradizione civilistica la non colpevolezza nella causazione del dissesto è fatto irrilevante. Forse questo feticcio andrebbe abbattuto, transitoriamente, ma il tema va affrontato con enorme cautela perché non si corra il rischio di condotte abusive.", M Fabiani, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 27 marzo 2020.

[2] Una lettura articolata e sistematica del quadro normativo emergenziale si rinviene soprattutto in C. D'Arrigo, G. Costantino, G. Fanticini e S. Saija, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, *I quaderni di in Executivis*, su *www.inexecutivis.it*.

gente delle udienze e sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari", interessando il periodo che va dal 9 al 22 marzo 2020.

In particolare, durante il suddetto intervallo, "*le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con le eccezioni indicate all'articolo 2, comma 2, lettera g), sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020*" (comma 1).

A tale disposizione si accompagna quella del comma 2, in base alla quale nel medesimo periodo "*sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1, ferme le eccezioni richiamate. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo*".

Una tale formulazione, in assenza di ulteriori specificazioni, ha sin da subito sciolto le briglie ad una molteplicità di approcci interpretativi, soprattutto in materia concorsuale[3], poiché ci si è chiesti quale fosse l'impatto delle predette norme sui concordati preventivi, specialmente in pendenza dei c.d. "concordati con riserva" o "concordati in bianco" [4].

---

[3] Le tematiche sono affrontate da F. Lamanna, *Le misure temporanee previste dal Decreto Liquidità per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fallimentarista*, 14 aprile 2020. V. Anche G. Lazoppina, *Disposizioni del c.d. "Decreto Liquidità": fallimento, concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione*, in *Il Fallimentarista*, 10 aprile 2020.

[4] Nell'intero contenzioso civile sono sorti dubbi in ordine all'applicabilità generalizzata della sospensione dei termini processuali. Poiché il comma 2, nel prevedere la sospensione dei termini, fa riferimento al compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1, da più parti si è inizialmente ritenuto che la sospensione dei termini processuali potesse essere applicata solo in ordine a quei procedimenti le cui attività di udienza ricadevano nel periodo di sospensione stessa (9 – 22 marzo), non verificandosi in tutti gli altri procedimenti. Di segno contrario è stato l'approccio in base al quale una tale interpretazione avrebbe determinato una ingiustificata disparità di trattamento tra procedimenti a seconda del tempo in cui si colloca l'udienza: se è vero che si è ritenuto opportuno provvedere non solo al rinvio delle udienze ma anche alla sospensione dei termini processuali, sarebbe più ragionevole che la sospensione operi in ordine a tutti i procedimenti, civili e penali e non solo per quelli che abbiano udienze comprese tra il 9 ed il 22 marzo. A sostegno di tale tesi vi è il *leit motiv* che muove l'intera legislazione d'urgenza, che è quello di predisporre misure or-

→

Mossi dalla necessità di dettare disposizioni uniformi, alcuni tribunali si sono espressamente pronunciati in ordine alla sospensione dei termini processuali nelle procedure concorsuali [5] ed, al fine di rimediare alla suddetta lacuna interpretativa, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella relazione accompagnatoria al disegno di legge per la conversione in legge del d. l. 11/2020, del successivo 11 marzo, ha espressamente specificato la portata generale della sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi attività processuale di cui al comma 2 dell'art. 1 del cit. d.l., dovendo considerarsi riferita a tutti i procedimenti e processi civili e penali pendenti, anche quando non sia fissata udienza nel periodo interessato[6].

---

ganizzative che non precludano la prosecuzione dell'attività giudiziaria nelle ipotesi ritenute urgenti ma che, al tempo stesso, evitino assembramenti, così da garantire l'attuazione delle misure igienico-sanitarie imposte per far fronte all'attuale emergenza epidemiologica.

[5] Presso Trib. Cremona, con decreto presidenziale del 10 marzo, sono stati dichiarati sospesi sino al 22 marzo 2020 i termini per il deposito dei piani di concordato *ex* art. 161 comma 6 l. fall. - salva l'ipotesi di pendenza di procedure prefallimentari - nonché per il deposito degli accordi di ristrutturazione dei debiti; presso Trib. Bergamo, con ordine di servizio dell'11 marzo del Pres. della Sez. Procedure esecutive e concorsuali è stata ritenuto applicabile la proroga d'ufficio dei termini per il deposito della documentazione ad integrazione del ricorso in bianco, fermi gli adempimenti informativi di cui al comma 8 dell'art. 161 l. fall. ed ha altresì ritenuto applicabile la sospensione dei termini per le modifiche delle domande di concordato, per il deposito delle relazioni *ex* art.172 l. fall. e per le adesioni alle proposte di concordato; presso Trib. Forlì, con il decreto del 10 marzo ha chiarito che tra i procedimenti civili pendenti i cui termini restano sospesi devono essere fatti rientrare anche le domande di concordato preventivo in cui è pendente il termine *ex* art. 161, comma 6, l. fall., con conseguente proroga di diritto dei termini già concessi per l'arco temporale di 14 giorni; presso Trib. Novara, con decreto del 10 marzo si è precisato che sono assoggettati a sospensione/rinvio anche i termini per il deposito delle domande di insinuazione al passivo, per le impugnazioni *ex* art. 99 l. fall., per il deposito dei piani di concordato *ex* art. 161, comma 6, l. fall., nonché per il deposito degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[6] Una disamina delle problematiche connesse alla sospensione dei termini e alle relative eccezioni è stata immantinente resa da A. Panzarola, M. Farina, *L'emergenza corona-*

→

Le disposizioni di cui al cit. D.L. 11/2020 (artt. 1 e 2) sono state abrogate dal successivo decreto c.d. cura Italia, il n. 18 del 17 marzo 2020, che va a disciplinare il periodo di congelamento allungandolo sino al 15 aprile 2020[7].

In particolare, all'art. 83 si specifica che nel periodo considerato, 9 marzo – 15 aprile, le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020, salvo le eccezioni ivi indicate al comma 3 [8] e che, sino alla stessa data, è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali, ivi includendovi, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto.

A fronte del rapido mutamento del quadro epidemiologico, infatti, si è ritenuto necessario prorogare il termine del 22 marzo al 15 aprile ed, in conseguenza dei diversi dubbi interpretativi sorti, il legislatore ha altresì avvertito l'esigenza di andare a meglio specificare alcune fattispecie, nonché a chiarire la *ratio* dell'intervento, riprendendo quanto disposto negli artt. 1 e 2 del precedente d.l. 11/2020 ed apportandovi le integrazioni necessarie per

---

virus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura, in *Giust.Civ.com*, 18 marzo 2020.

[7] In tema v. M. Giorgetti, *Covid-19 e procedure concorsuali: disciplina e prospettive future,* in *Il Fallimentarista*, 2 aprile 2020.

[8] Tra le eccezioni enucleate nell'art. 83, comma 3, lett. a), D.L. n. 18/2020, che ricomprendono una serie di procedimenti in cui sono implicati i diritti della persona, non vi è riferimento alcuno alle procedure concorsuali. Queste ultime, quindi, conformemente alla prevalente interpretazione che ne è stata data dai tribunali di merito, devono essere fatte rientrare nelle ipotesi di cui alla clausola di chiusura della norma, ossia in quelle in cui la ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. Pertanto, non viene riconosciuta una situazione di urgenza *ex se* alle procedure concorsuali, ma l'eventuale dichiarazione deve essere fatta dal giudice delegato ovvero dal tribunale, in considerazione delle caratteristiche del singolo caso concreto.

il completamento della disciplina emergenziale.

Invero, con il riferimento ai procedimenti civili e penali *tout court*, ha reso evidente la portata, definita "*amplissima*" nella stessa relazione illustrativa, che la sospensione deve avere, andando altresì a dilatarla oltre i confini del procedimento.

Infine, ad un mese dal primo intervento, l'8 aprile 2020 è stato pubblicato il D. L. 23/2020 che, oltre a prorogare il termine del 15 aprile fino all'11 maggio, per la prima volta, è andato a prevedere disposizioni specifiche in materia di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione (art. 9) [9].

Al debitore che ha già ottenuto la concessione dei termini *ex* art. 161, comma 6, l.fall. ed eventualmente anche la successiva proroga, è stata data la possibilità di presentare, prima della scadenza, istanza per la concessione di un'ulteriore proroga, sino ad un massimo di 90 giorni, anche nei casi in cui sia pendente ricorso per la dichiarazione di fallimento [10].

Tuttavia, l'istanza deve indicare gli elementi che rendono necessaria la concessione della proroga, con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID – 19 ed il tribunale, acquisito il parare del commissario giudiziale se nominato, potrà concedere la richiesta proroga se ritiene che l'istanza si basa su concreti e giustificati motivi.

Si aggiunge, inoltre, che rimane ferma l'applicazione dei commi 7 e 8 dell'art. 161 l. fall..

In concreto, questo significa che il debitore che abbia presentato do-

---

[9] Per un commento a caldo in ordine all'approccio del legislatore che, ancora una volta, punta la propria scommessa sul debitore, riconoscendogli una peculiare condizione di temporanea irresponsabilità mediante concessione imperativa del fattore tempo, cfr. M Ferro, *La sopravvivenza della legge fallimentare al Coronavirus: il limbo della giustizia concorsuale dopo il D.L. 23/2020*, in *www.quotidianogiuridico.it* del 10 aprile 2020.

[10] In generale, attraverso il sistema dell'allungamento dei termini si offre al debitore una ciambella di salvataggio per riallineare i piani di concordato – in fase di redazione - alla nuova situazione economica causata da circostanze esogene. Così si esprimono M. Irrera ed E. Fregonara, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, in *www.ilcaso.it*.

manda di concordato in bianco ed a cui sia stata già concessa un'ulteriore proroga, anche in pendenza di istanza di fallimento, può godere non solo della sospensione dei termini processuali fino, attualmente, all'11 maggio, (per un totale di 63 giorni), ma potrà usufruire anche di un ulteriore lasso di tempo, di massimo 90 giorni.

Tale concessione, però, deve inevitabilmente passare attraverso una valutazione accurata da parte degli organi della procedura in ordine all'effettiva esigenza di proroga, potendo il tribunale anche diversamente calibrare il termine da concedere ("*sino* a novanta giorni") [11].

Ci si chiede cosa accada nelle ipotesi in cui il primo termine previsto dall'art. 161, sesto comma, l. fall. non sia ancora trascorso alla data dell'8 aprile 2020. Delle due l'una: o si consente che la proroga ordinaria, motivata anche da ragioni connesse al Covid-19, possa estendersi sino a novanta giorni, oppure vi è da ritenere che il creditore possa chiedere la proroga ordinaria fino a sessanta giorni e poi avvalersi di quella straordinaria fino a novanta giorni ai sensi del quarto comma del cit. art. 9 [12].

Al fine di evitare atteggiamenti discriminatori determinati da circostanze esogene alla volontà del debitore, quale la decorrenza del termine originariamente concesso dal tribunale nel periodo considerato dal D. L., appare ragionevole la seconda opzione. Si consideri infatti che il debitore, in ipotesi di svolgimento fisiologico della procedura, ha diritto ad ottenere la seconda proroga, nei termini e con le modalità di cui all'art. 161 commi 6 o 10, l. fall., a cui il legislatore d'urgenza ha ritenuto opportuno aggiungere un'ulteriore dilazione, di natura eccezionale, sino a 90 giorni; accedere alla prima soluzione sarebbe, perciò, contrario al *favor debitoris* che ispira il le-

[11] A sottolineare l'assenza di automatismo, anche in considerazione dell'esplicito richiamo all'art. 161, comma 6, l. fall. e, quindi, al costrutto interpretativo che lo circonda, si è altresì ritenuto opportuno che l'istanza sia corredata da una illustrazione rappresentativa, da parte del debitore, dell'impiego che intende fare della dilazione temporale e, dunque, dalla rappresentazione, almeno per sommi capi, del nuovo piano o accordo. M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, in *www.quotidianogiuridico.it* del 14 aprile 2020.

[12] Sul punto M. Irrera ed E. Fregonara, *cit.*

gislatore, pregiudicandolo con la concessione di una sola proroga, che peraltro necessita di determinati presupposti giustificativi, ancorché fino a 90 giorni.

Il tutto, altresì, in considerazione dell'attuale sospensione dei termini processuali, per cui il conteggio della prima scadenza ricomincia a decorrere dalla fine della sospensione *ope legis* (attualmente fissata all'11 maggio), a seguito della quale il debitore potrà chiedere la seconda proroga *ex* art. 161, commi 6 o 10 l. fall., nonché, successivamente, la proroga eccezionale dettata dalla decretazione d'urgenza.

Dunque, appare chiaro che il legislatore non vuol vedere nell'emergenza COVID-19 una sorta di "tana libera tutti", ma l'intento è quello di congelare il più possibile le realtà, anche e soprattutto quelle in crisi, al fine di attendere il più generale andamento del mercato.

È probabile che, inoltre, le conseguenze dell'emergenza siano diverse a seconda della situazione su cui questa va ad impattare.

Prendendo ad esempio un'azienda che ha smesso da tempo la propria attività, produttiva o commerciale e che ha chiesto di accedere alla procedura di concordato preventivo per porre in essere la liquidazione dell'intero suo compendio: in questo caso l'emergenza potrà avere verosimilmente conseguenze in sede di esecuzione del concordato, ossia in considerazione di come il mercato reagirà all'esito dell'emergenza mondiale, a seconda della tipologia di settore in cui i beni dovranno essere allocati.

Tutt'altro scenario si potrebbe aprire qualora la volontà dell'imprenditore sia quella di presentare un concordato in continuità, in quanto, probabilmente, il settore di riferimento ha avuto un arresto senza precedenti, per cui il *business plan* predisposto, vuoi direttamente vuoi da parte dell'ipotetico affittuario, deve essere completamente rivisto perché basato su proiezioni non più ragionevolmente sostenibili.

Perciò, dalla lettura complessiva dell'art. 9 D. L. 23/2020, nei confronti del debitore che si trovi ancora nella fase del concordato in bianco emerge un atteggiamento piuttosto rigoroso [13].

[13] L'art. 9 D. L. 23/2020 così dispone: "*1. I termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione omologati aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2012 sono prorogati di sei mesi.*

→

2. Nei procedimenti per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020 il debitore può presentare, sino all'udienza fissata per l'omologa, istanza al tribunale per la concessione di un termine non superiore a novanta giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato ai sensi dell'articolo 161 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o di un nuovo accordo di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Il termine decorre dalla data del decreto con cui il Tribunale assegna il termine e non è prorogabile. L'istanza è inammissibile se presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze stabilite dall'articolo 177 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

3. Quando il debitore intende modificare unicamente i termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione deposita sino all'udienza fissata per l'omologa una memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini, depositando altresì la documentazione che comprova la necessità della modifica dei termini. Il differimento dei termini non può essere superiore di sei mesi rispetto alle scadenze originarie. Nel procedimento per omologa del concordato preventivo il Tribunale acquisisce il parere del Commissario giudiziale. Il Tribunale, riscontrata la sussistenza dei presupposti di cui agli articoli 180 o 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, procede all'omologa, dando espressamente atto delle nuove scadenze.

4. Il debitore che ha ottenuto la concessione del termine di cui all'articolo 161, comma sesto, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che sia già stato prorogato dal Tribunale, può, prima della scadenza, presentare istanza per la concessione di una ulteriore proroga sino a novanta giorni, anche nei casi in cui è stato depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento. L'istanza indica gli elementi che rendono necessaria la concessione della proroga con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Il Tribunale, acquisito il parere del Commissario giudiziale se nominato, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basa su concreti e giustificati motivi. Si applica l'articolo 161, commi settimo e ottavo, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

5. L'istanza di cui al comma 4 può essere presentata dal debitore che ha ottenuto la concessione del termine di cui all'articolo 182-bis, comma settimo, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Il Tribunale provvede in camera di consiglio omessi gli adempimenti previsti dall'articolo 182-bis, comma settimo, primo periodo, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basa su concreti e giustificati motivi e che continuano a sussistere i presupposti per pervenire a un ac-

→

Per vero, se si è in attesa dell'udienza di omologa, il debitore può presentare istanza o per depositare un nuovo piano, chiedendo un termine di massimo 90 giorni, o per modificare unicamente i termini dell'adempimento, potendoli far slittare sino a 6 mesi, a cui, tuttavia, non corrisponde alcuna particolare indagine da parte del tribunale diversa ed ulteriore da quella che deve già fare *ex* artt. 180 e 182 *bis* l. fall.[14].

È stata inoltre prevista, per la fase di esecuzione, una proroga *ex lege* di 6 mesi dei termini di adempimento in scadenza dal 23 febbraio al 31 dicembre 2021 [15].

Invece, il debitore che si trova ancora nella fase prenotativa, al fine di ottenere la proroga sino a 90 giorni per la presentazione del piano e della proposta, deve documentare e giustificare la richiesta sulla base di oggettive difficoltà conseguenti all'emergenza attuale, che devono essere oggetto di precipua valutazione da parte del commissario giudiziale se nominato e, quindi, del tribunale.

Tale atteggiamento si giustifica sulla considerazione che lo stato di crisi in cui versa adesso un soggetto imprenditoriale che ha già deciso di accedere alla procedura concorsuale, non è stata sicuramente generata dall'attuale *lockdown*, ma se quest'ultimo ne condiziona l'adempimento, deve esserne provato almeno il nesso causale.

---

cordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui all'articolo 182-bis, primo comma del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267."

[14] Non è escluso, in realtà, che l'impresa si trovi costretta, nel brevissimo tempo, a riformulare i piani aziendali e, conseguentemente, pure quelli concordatari, ridefinendo l'assetto dei contratti in corso e individuando soluzioni alternative per l'esecuzione delle prestazioni: v. S. Mattia - L. Saccone, *Coronavirus, accordi commerciali: quando l'impresa è inadempiente*, in *Quotidiano IPSOA* del 2 aprile 2020.

[15] Per M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione, cit.* questa prima parte dell'intervento, per l'assenza di eccezioni soggettive e l'ampiezza temporale, esprime un esempio di diritto dell'economia sbilanciato, ove fornisce certezza giuridica rinunciando ad ogni rappresentazione anche solo dubitabile della crisi da Covid-19, che pure dovrebbe esserne la matrice economica giustificativa.

3. I termini sospesi

Dopo un'iniziale incertezza sull'applicabilità della sospensione dei termini processuali ed i successivi chiarimenti, alla luce delle indicate decretazioni d'emergenza di cui, tuttavia, si è in attesa della loro conversione in legge, è possibile andare ad individuare quali dei termini che interessano la fase "in bianco" del concordato preventivo possono essere considerati sospesi.

Prima dell'intervento del D. L. 23/2020, si sono registrati dubbi interpretativi circa l'operatività della suddetta sospensione rispetto agli obblighi informativi posti in capo al debitore dall'art. 161, comma 8, l. fall. [16], ma a se-

[16] In assenza di ulteriori direttive, difatti, si sono contrapposte due soluzioni esegetiche. A favore della tesi secondo cui la sospensione va estesa anche agli obblighi informativi, militano diversi argomenti.
Intanto, si ritiene che uno schema rigido come quello previsto dalla legge fallimentare, pensato all'interno di un contesto ordinario e fisiologico, non possa trovare idonea applicazione in una situazione di emergenza, prima sanitaria e, quindi, economica, come quella che stiamo vivendo.
In considerazione, poi, delle specifiche prescrizioni dettate in tema di limitazione degli spostamenti e di chiusura di alcune attività produttive e professionali, molti debitori in concordato preventivo possono essere stati costretti a chiudere completamente i cancelli, ovvero a ridurre la funzionalità degli impianti produttivi, nonché possono aver incontrato importanti difficoltà nel continuare a godere dell'apparato amministrativo che lo avrebbe normalmente coadiuvato.
Parimenti difficoltoso è mantenere i contatti con le figure professionali necessarie ed indispensabili per portare avanti gli obblighi nascenti dalle procedure concorsuali, si pensi agli *advisors*, sia legali che commerciali, ai periti ed esperti stimatori od ai diversi consulenti coinvolti.
Inoltre, anche qualora si ravvisasse l'inadempimento agli obblighi informativi, l'attuale situazione di stasi non comporterebbe nemmeno l'attivazione della conseguente fase fallimentare. Invero, in caso di violazione delle prescrizioni informative si applica l'art. 162, commi 2 e 3, l. fall.: decreto di inammissibilità della proposta di concordato con conseguente dichiarazione di fallimento ove, su richiesta del creditore o del pubblico ministero, siano accertati i requisiti soggettivi ed oggettivi di cui agli artt. 1 e 5 l. fall.; ma poiché in questo periodo è sospesa l'attività processuale inerente anche i procedimenti pre-fallimentari, di fatto vanificando la portata sanzionatoria della violazione del 161, comma 8, l. fall., si ritiene un *no sense* la continuazione degli
→

stessi.
Dall'altro lato, però, vi sono altrettante motivazioni che portano a sostenere la tesi contraria, ossia quella della non applicabilità della sospensione ai suddetti termini.
Concentrandosi sulla loro natura giuridica, li si potrebbe definire di natura sostanziale, non processuale e, quindi, non riconducibili nell'alveo di cui all'art. 83 D. L. 18/2020: il loro adempimento ricade in capo all'imprenditore e non necessariamente richiede la collaborazione di professionisti, dovendo lo stesso debitore essere in grado di descrivere non solo la gestione finanziaria dell'azienda, ma anche le attività che sta ponendo in essere ai fini della predisposizione del piano e della proposta concordataria. Tra le informazioni che possono essere fornite senza l'intermediazione di soggetti specializzati, ad esempio, vi è la trasmissione degli estratti dei conti correnti o delle relative movimentazioni, la cui conoscenza, invece, appare fondamentale nell'ottica del controllo che il tribunale deve effettuare in questo stadio "in bianco".
In una fase così delicata come quella che caratterizza il concordato con riserva, in cui il debitore sta ancora sondando le effettive possibilità risolutive della propria situazione debitoria ed in cui, d'altro canto, il tribunale può effettuare un controllo solo per mezzo del commissario giudiziale, valutando le condotte scelte e poste in essere dal debitore istante per stabilirne la bontà nell'ottica concorsuale, l'adempimento degli obblighi informativi appare essere l'unico anello di congiunzione che garantisce l'effettivo rispetto delle norme.
Peraltro, è lo stesso art. 167 l. fall. a prevedere che durante la procedura di concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Ancorché questa norma sia, a livello sistematico, inserita nella fase successiva all'apertura del concordato preventivo, enuncia un principio che, *mutatis mitandis*, ben può essere riprodotto anche nella fase preconcordataria ove, forse, la necessità di effettuare una vigilanza effettiva da parte degli organi della procedura è ancor più stringente. Se, quindi, l'imprenditore non viene spossessato dell'amministrazione dell'azienda che, appunto, continua, ancorché sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, deve essere data a quest'ultimo la concreta possibilità di esercitare tale potere di controllo che, in assenza del flusso di informazioni derivante dalle relazioni periodiche, difficilmente potrebbe concretizzarsi.
Dall'altro lato, però, vi sono altrettante motivazioni che portano a sostenere la tesi contraria, ossia quella della non applicabilità della sospensione ai suddetti termini.
Concentrandosi sulla loro natura giuridica, li si potrebbe definire di natura sostanziale, non processuale e, quindi, non riconducibili nell'alveo di cui all'art. 83 D. L. 18/2020: il loro adempimento ricade in capo all'imprenditore e non necessariamente richiede la collaborazione di professionisti, dovendo lo stesso debitore essere in grado
→

guito della specificazione sulla loro applicazione, ne appare evidente il superamento (art. 9, comma 4, ultimo periodo, D. L. 23/2020).

È chiaro che il famigerato Covid-19 ha gettato nel caos la quasi totalità delle attività aziendali, sia produttive che commerciali, anche se per motivi diversi (interruzione o diminuzione dell'attività, piuttosto che conversione della stessa), ma ciò non esime il debitore dal continuare a tenere al corrente gli organi della procedura in ordine alle conseguenze che tale calamità sta generando nella propria economia.

Anzi, a maggior ragione, vista l'inaspettata situazione di emergenza, appare più che mai necessario ed opportuno che il commissario giudiziale e, quindi, il tribunale, siano aggiornati su come tale circostanza abbia e stia ancora influendo sulla gestione aziendale di un soggetto già in crisi, anche

---

di descrivere non solo la gestione finanziaria dell'azienda, ma anche le attività che sta ponendo in essere ai fini della predisposizione del piano e della proposta concordataria. Tra le informazioni che possono essere fornite senza l'intermediazione di soggetti specializzati, ad esempio, vi è la trasmissione degli estratti dei conti correnti o delle relative movimentazioni, la cui conoscenza, invece, appare fondamentale nell'ottica del controllo che il tribunale deve effettuare in questo stadio "in bianco".
In una fase così delicata come quella che caratterizza il concordato con riserva, in cui il debitore sta ancora sondando le effettive possibilità risolutive della propria situazione debitoria ed in cui, d'altro canto, il tribunale può effettuare un controllo solo per mezzo del commissario giudiziale, valutando le condotte scelte e poste in essere dal debitore istante per stabilirne la bontà nell'ottica concorsuale, l'adempimento degli obblighi informativi appare essere l'unico anello di congiunzione che garantisce l'effettivo rispetto delle norme.
Peraltro, è lo stesso art. 167 l. fall. a prevedere che durante la procedura di concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Ancorché questa norma sia, a livello sistematico, inserita nella fase successiva all'apertura del concordato preventivo, enuncia un principio che, mutatis mitandis, ben può essere riprodotto anche nella fase preconcordataria ove, forse, la necessità di effettuare una vigilanza effettiva da parte degli organi della procedura è ancor più stringente. Se, quindi, l'imprenditore non viene spossessato dell'amministrazione dell'azienda che, appunto, continua, ancorché sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, deve essere data a quest'ultimo la concreta possibilità di esercitare tale potere di controllo che, in assenza del flusso di informazioni derivante dalle relazioni periodiche, difficilmente potrebbe concretizzarsi.

in considerazione della molteplicità di ipotesi imprenditoriali che caratterizza il nostro tessuto produttivo.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che dal momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, il debitore entra sotto l'alveo protettivo di cui all'art. 168 l. fall., i cui benefici si stanno procrastinando, proroga dietro proroga, per un periodo di tempo abbastanza lungo e potenzialmente ancora prorogabile. Da qui l'esigenza di non utilizzare la tanto veritiera quanto generica copertura dell'emergenza Covid-19 come un tappeto sotto cui nascondere situazioni diverse e, probabilmente, non tutte meritevoli di tutela [17].

Peraltro, prevedendo l'art. 9 del d. l. 23/2020 che il tribunale può concedere la proroga ove ne ritenga sussistenti i presupposti, tale decisione non potrà non tener conto dell'adempimento degli obblighi informativi: solo in presenza di un costante monitoraggio circa l'attività posta in essere, le diverse necessità intervenute e le reazioni del debitore a fronte del più generale contesto emergenziale, il tribunale potrà valutare la meritevolezza dell'istanza.

Profilo differente può essere quello attinente al contenuto degli obblighi informativi. Come detto, infatti, a seconda della tipologia di attività, produttiva o commerciale, svolta e dell'intendimento dell'imprenditore (liquidatorio piuttosto che in continuità), le informazioni fornite al tribunale possono essere diversamente calibrate, con conseguente flessibilità di valutazione da parte degli stessi organi della procedura [18].

---

[17] L'instaurazione della procedura di concordato preventivo in bianco mette il debitore in una situazione cd. *automatic stay* che, tuttavia, non lo esime dal continuare a porre in essere tutte le necessarie attività gestorie dell'azienda, siano esse di ordinaria o straordinaria amministrazione, quest'ultime previa la necessaria autorizzazione del tribunale. L'informazione che, quindi, il debitore deve effettuare periodicamente nei confronti degli organi della procedura, più che attività processuale, a cui collegare la sospensione, può essere vista come un corollario della continuazione dell'attività d'impresa.

[18] La norma non specifica in maniera puntuale quali informazioni il debitore sia obbligato a fornire, salvo precisare che devono riguardare anche la gestione finanziaria dell'impresa, così lasciando al tribunale discrezionalità in ordine al loro contenuto,

→

In particolare, in ipotesi di concordato liquidatorio con cessione dei beni, il debitore può limitarsi a fotografare la situazione corrente, ossia che non ha più svolto alcuna attività, essendo sufficiente l'allegazione degli estratti di conto corrente ovvero delle movimentazioni del periodo, al fine di evidenziare la stasi in cui si trova.

Discorso diverso ed, ovviamente, di maggiore interesse ove il debitore intenda proporre un concordato preventivo in continuità: in tal caso, dovrà rendere conto circa l'impatto che la situazione emergenziale sta avendo sulla sua specifica attività, in quanto non è scontato che la stessa abbia dovuto fermarsi o risentire dell'arresto del mercato, magari operando di un settore rimasto piuttosto uguale a se stesso.

Pertanto, qualora intenda continuare direttamente lo svolgimento dell'attività aziendale, sarà opportuno informare circa l'andamento della stessa, la possibilità di avere comunque un supporto amministrativo per la gestione ordinaria o l'eventuale necessità di porre in essere delle attività di straordinaria amministrazione, per le quali è sempre e comunque necessaria la previa autorizzazione del tribunale.

Ma anche nei casi di continuità indiretta spetterà al debitore informare gli organi della procedura circa l'andamento della gestione dell'affittuaria e, soprattutto, circa il corretto e puntuale pagamento dei canoni di affitto o qualsivoglia ulteriore utile informazione.

Indicazioni per le quali, si ripete, il debitore non per forza abbisogna di un complesso apparato amministrativo di supporto, anche in considerazione della necessità di ridurre al minimo gli spostamenti e di rendere il lavoro il più "agile" possibile [19].

Parimenti, anche la forma del deposito telematico da parte dell'*advisor* legale del debitore può momentaneamente essere sostituito con l'inoltro della relazione periodica e della relativa documentazione alla cancelleria fal-

discrezionalità che non potrà non tener conto della dimensione dell'impresa, della complessità delle trattative con i creditori, nonché delle passività ed attività risultanti dai bilanci. I vincoli informativi imposti al debitore possono, quindi, essere individuati, di volta in volta, a seconda della concreta domanda di concordato e, a maggior ragione, potranno essere diversamente valutati in questa congiuntura.

[19] D.P.C.M. dell'11 e del 22 marzo 2020.

limentare mediante posta elettronica certificata, stante l'obbligo della tenuta della p.e.c. normativamente imposto agli imprenditori, sia individuali che collettivi.

Pur tenendo conto di tutte le difficoltà del momento, dunque, l'attuale situazione non deve essere travisata ed utilizzata per porre in essere dei comportamenti pregiudizievoli per la classe creditoria [20].

A tal proposito, infatti, si può ricorrere a quell'indirizzo giurisprudenziale che, in materia concorsuale, attribuisce al silenzio una sua rilevanza ai fini della valutazione di comportamenti fraudolenti *ex* art. 173 l. fall., facendo rientrare tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, non solo quelli scoperti perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori [21].

Il silenzio, dunque, può rilevare ai fini della revoca del concordato preventivo quando è funzionale a fornire ai creditori informazioni fuorvianti, al fine di manipolare il consenso di quelli votanti, così come può rilevare, in questo caso, qualora sia volto ad omettere informazioni che, se conosciute, avrebbero determinato un diverso andamento della procedura.

Passando ad esaminare ulteriori termini che ricadono nella fase del concordato con riserva, omogeneità di orientamenti, invece, si è registrata in

---

[20] In ordine all'interrogativo sulla sorte del debitore allorchè, avendo ricevuto dal tribunale la prescrizione di assolvere obblighi informativi periodici sulla gestione e le attività compiute (primo periodo comma 8 art. 161 l.fall.) e dalla stessa legge l'onere del deposito mensile di relazione sulla situazione finanziaria (da pubblicare nel registro delle imprese, secondo periodo art. cit.), violi di fatto le scadenze e gli adempimenti, probabilmente lo scenario conseguente, qualora il debitore non affianchi l'esercizio di alcuna delle facoltà di cui all'art. 9 commi 2 o 3, può far entrare il procedimento nella fase del giudizio di inammissibilità, una volta selezionata con rigore la inerenza delle omissioni con la perdita di controllo da parte dell'imprenditore di una tenuta regolare e continua di gestione, non rimediata da atti anche solo equipollenti compatibili con l'esercizio allo stato effettivamente consentito dell'attività d'impresa. Così M. Ferro, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione cit.*.

[21] cfr. da ultimo Cass. 26 giugno 2018, n. 16856, in *Italgiure*.

ordine alla sospensione delle udienze in camera di consiglio di cui all'art. 162 l.fall. e degli eventuali termini concessi dal tribunale, salvo che quest'ultimo non ravvisi la necessità di dichiararne l'urgenza in considerazione di criticità da indicare caso per caso.

Del pari sospese devono essere considerate le procedure delle offerte concorrenti di cui all'art. 163 *bis* l. fall. che ricadono nel periodo considerato.

Tali procedimenti, invero, si inseriscono nel più ampio contesto delle procedure competitive per le quali, anche nel settore delle esecuzioni individuali immobiliari, è stata unanimemente disposta la sospensione, in considerazione di una molteplicità di fattori, qui mutuabili [22].

In primis, le procedure di vendita competitiva comportano tutta una serie di attività correlate (eventuale perizia stimativa di confronto, accesso e visita ai beni, accesso presso gli uffici per la partecipazione all'asta) che mal si conciliano con le regole del distanziamento sociale e del divieto di assembramento attualmente imposte.

Inoltre, il mercato, non solo nazionale, sta vivendo una fase molto delicata, patologica, per cui non sarebbe in grado di fornire quella risposta davvero competitiva per la quale è stato pensato l'istituto di cui all'art. 163 *bis* l. fall., essendo l'intero contesto falsato dalla particolare congiuntura che si sta vivendo.

Infine, appare opportuno analizzare la situazione del debitore che, in questo periodo, decida di depositare domanda di concordato prenotativa. Per vero, poiché continua a trovare applicazione la disciplina prevista per l'*automatic stay*, così come confermato anche nella relazione illustrativa del D. L. 23/2020, ben può il debitore decidere di godere dei relativi benefici.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, dunque, il tribunale dovrebbe prevedere una diversa decorrenza dei termini, imponendo degli obblighi informativi che devono essere ottemperati a prescindere da qualsiasi altra determinazione ed, al contempo, assegnando il termine per il deposito della

[22] Sono molteplici le circolari emanate dai singoli tribunali nel settore delle procedure esecutive individuali che hanno disciplinato le conseguenze della decretazione d'urgenza non solo sulle vendite competitive in sé, ma anche su tutte le attività ad esse correlate.

proposta, del piano e della documentazione che inizierà a decorrere dalla fine della sospensione, attualmente fissata all'11 maggio.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto indicato, analizzando non solo il contenuto letterale della decretazione d'emergenza che si è succeduta ma anche la *ratio* generale ad essa sottesa, come più volte evidenziata, soprattutto nelle relazioni accompagnatorie, si evince come si sia voluto congelare la situazione pendente, al fine di non aggravare ulteriormente la condizione dei debitori già in stato di crisi[23].

A fronte di una paralisi dell'intero sistema, che involge diversi punti di vista, bancario, amministrativo, professionale, pretendere la prosecuzione di quelle disposizioni pensate per una soluzione fisiologica della crisi appare del tutto irragionevole.

Accanto alle esaminate disposizioni, ad ogni modo, rimane sempre ferma, ovviamente, la possibilità di adire il tribunale per ottenere l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione che risultino urgenti e funzionali al successivo sviluppo della proposta e del piano.

[23] Si è non a torto osservato P. Valente e N. De Bortoli, *Coronavirus: profili di rischio per le imprese e approcci alla "clinica d'impresa"*, in *Fisco*, 2020, 16, 1520, che nell'attuale contesto di emergenza pandemica ogni impresa dovrebbe considerari "in potenziale crisi" e che i radicali mutamenti negli equilibri di mercato, nonché le conseguenze derivanti dalla contrazione dei consumi, dall'instabilità economica e dalle perturbazioni di carattere finanziario, suggeriscono immediate analisi delle strategie di business, mediante sottoposizione a *stress test* dinamico dell'azienda.

L'IMPATTO DELLA PANDEMIA SUI CONCORDATI PREVENTIVI OMOLOGATI IN CONTINUITÀ DIRETTA: L'INDAGINE, LE SOLUZIONI

di Salvo Leuzzi – Magistrato presso la Corte di Cassazione-
Ufficio del Massimario e del Ruolo

Sommario: **1.** La cornice normativa e il quadro dei problemi – **2.** Le soluzioni ipotizzabili – **3.** La soluzione preferibile – **4.** La fase di esecuzione del concordato in continuità – **5.** L'organizzazione interna dell'impresa – **6.** Factum principis e non imputabilità dell'inadempimento da pandemia – **7.** Natura e implicazioni del piano concordatario – **8.** La prevalenza del fine rispetto al mezzo – **9.** Il filtro delle categorie civilistiche – **10.** Conclusioni.

1. La cornice normativa e il quadro dei problemi

Il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante "*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori, e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*" non include riferimenti alle procedure concorsuali *in itinere*, al netto della riferibilità ad esse della sospensione dei termini dei procedimenti giudiziari in corso di cui agli artt. 83 e ss.[1]. Il decreto stabilisce, peraltro, che la mancata esecuzione o il

[1] A tenore del secondo comma dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi dei procedimenti civili e penali e si intendono sospesi i termini per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi.

ritardo delle prestazioni da effettuarsi in costanza del "blocco" non sono valutabili ai fini dell'imputabilità dell'inadempimento *ex* art. 1218 c.c., oltre che della mora. Si tratta di precetti validi pure sul fronte concordatario.

Marcata è l'influenza in ambito concorsuale del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, contenente "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali.*", il cui art. 5 s'incarica di procrastinare al 1 settembre 2021 l'entrata in vigore del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*"); scelta che, nel tener conto delle lacerazioni del tessuto industriale e commerciale prodotto dalla pandemia, fa salva l'esigenza degli operatori di ricucirlo con gli strumenti usuali, in attesa di una nuova normalità.

Il successivo art. 9, comma 1, del decreto differisce di sei mesi i termini di adempimento dei concordati preventivi omologati (e degli accordi di ristrutturazione) aventi scadenza nel periodo fra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021. Una posticipazione "a tavolino" e generalizzata, dunque, densa di riflessi anche sul fianco della risoluzione *ex* art. 186 l.fall..

Le altre misure immaginate dal legislatore dell'emergenza attengono a procedure concordatarie ancora in gestazione e in attesa di omologa, pronunciata la quale, il decreto d'urgenza non contiene aperture esplicite alle modifiche di piano o alle relative rinegoziazioni.

Solo nei concordati non ancora omologati, pendenti alla data del 23 febbraio 2020, il comma 2 dell'art.9 riconosce al debitore la possibilità di presentare, sino all'udienza *ex* art. 180 l.fall., un'istanza al tribunale finalizzata a depositare un nuovo piano e una nuova proposta in un termine non superiore a novanta giorni e non prorogabile[2].

Sempre l'udienza per l'omologa segna, a tenore del comma 3, lo "spartiacque" entro cui è possibile per il debitore depositare una memoria contenente la sola indicazione modificativa dei termini di adempimento, corredata da documentazione comprovante la necessità della variazione temporale, da trattenere, in ogni caso, entro l'arco di sei mesi rispetto alle origina-

[2] La norma sancisce l'inammissibilità dell'istanza qualora si sia già tenuta l'adunanza dei creditori e non siano state raggiunte le maggioranze di cui all'art. 177 l.fall..

rie scadenze[3].

L'ultima misura agevolativa è una mera opportunità, in base al comma 4, di allungamento del termine del concordato in bianco[4].

D'impatto, invece, pure nell'alveo dei concordati in esecuzione è il successivo art. 10, che detta – da rubrica – "*Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza*". Baricentro della norma è l'universalizzata improcedibilità dei ricorsi per dichiarazione di fallimento depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020. Unica franchigia è la richiesta formulata dal pubblico ministero, che vi abbia trasfuso un'istanza di emissione di provvedimenti cautelari *ex* art. 15, comma 8, l.fall.. L'obiettivo dell'"apertura di credito" privilegiata alla magistratura inquirente non sembra, pertanto, connessa all'esigenza repressiva dei reati, ma alla più larga opportunità di porre un argine a condotte dissipative a danno dei creditori.

La sottrazione quadrimestrale delle imprese ai procedimenti di accertamento dell'insolvenza[5] sottende, a sua volta, una triplice ragione: mira a ri-

---

[3] Nel procedimento per omologa del concordato preventivo il Tribunale acquisisce il parere del Commissario giudiziale. Il Tribunale, riscontrata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 180 procede all'omologa, dando espressamente atto delle nuove scadenze.

[4] Il debitore che ha ottenuto la concessione del termine di cui all'art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che sia già stato prorogato dal Tribunale, può, prima della scadenza, presentare istanza per la concessione di una ulteriore proroga sino a novanta giorni, anche nei casi in cui è stato depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento. L'istanza indica gli elementi che rendono necessaria la concessione della proroga con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Il Tribunale, acquisito il parere del Commissario giudiziale se nominato, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basa su concreti e giustificati motivi. Si applica l'art. 161, commi 7 e 8.

[5] Allo scopo di evitare che tale blocco precluda irreversibilmente la proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate o venga a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum, il secondo comma della norma in commento prevede la sterilizzazione del periodo di blocco sia ai fini del calcolo dell'anno decorrente dalla cancellazione dal registro delle imprese sia ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall'articolo 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 per →

parare gli organismi produttivi dalla pressione spasmodica dei creditori in un periodo di stasi delle attività o di affannata ripresa di esse; scongiura che gli imprenditori paghino, per decozioni innescate da cause esogene all'efficacia della propria gestione, lo scotto dell'autofallimento, che non assicurerebbe vantaggi ai creditori ed esporrebbe la liquidazione dei beni alle insidie di un mercato appena riaperto e fortemente perturbato[6]; protegge gli uffici giudiziari, sprovvisti, a ranghi invariati e con le disfunzionalità collegate all'emergenza, delle risorse per governare una mole sproporzionata di procedure fallimentari.

Non è chiarita l'esatta portata della improcedibilità, non comprendendosi a pieno se le istanze prefallimentari siano destinate ad una definitiva declaratoria di tal segno, tanto da dover essere ripresentate; oppure, se vadano incontro ad una sorta di sospensione impropria, così da essere mantenute in quiescenza per essere ridestate allo spirare del periodo.

Gli artt. da 6 a 8 del decreto intervengono, infine, sul plesso codistico civile, sfumando gli effetti delle sue regole ordinarie, sul presupposto della inettitudine a amministrare una situazione imprevista e capillare di stallo. Sono da leggersi in detto orizzonte sia il blocco delle norme sulla perdita del capitale sociale e sulla responsabilità degli amministratori per gestione non conservativa della società[7]; sia la presunzione di permanenza del *going con-*

---

la proposizione delle azioni revocatorie.

[6] Il blocco si estende a tutte le ipotesi di ricorso, e quindi anche alle istanze di autofallimento, nell'ottica di assicurare agli imprenditori un lasso temporale entro cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esterni.

[7] In forza dell'art. 6: "*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 ter c.c.. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 duodecies c.c.*". Pertanto, con riferimento agli esercizi chiusi entro il 31 dicembre 2020, non si applicheranno le norme del codice civi-

→

cern correlata "in retrospettiva" ai bilanci 2020, qualora la continuità sia messa a repentaglio dal fattore Coronavirus[8]; sia infine la "disattivazione" delle misure sulla postergazione dei finanziamenti dei soci[9]. Si tratta, con buona evidenza, di disposizioni pensate proprio con riferimento ai concordati omologati in continuità, palesandosi non acconce ai concordati funzionali alla liquidazione degli *assets* dell'impresa.

Se quella descritta è la trama delle regole nuove, non è detto che la stessa sia sufficiente. Il banco di prova sarà l'allentamento del *lockdown*, che darà evidenza ai dati reali. Si verificherà a quel punto la dimensione effettiva del problema dei debitori in concordato che, riaprendo i battenti dell'impresa, ritroveranno finanze stravolte dalla pandemia[10]. La quarantena innescherà il ristagno degli scambi e gli imprenditori sconteranno una situazione eccezionale e non "semestrale", con una conseguenza sin d'ora verosimile: salte-

---

le in materia di riduzione del capitale per perrdite e abbassamento del medesimo al di sotto del limite legale. In tal modo, si evita che le perdite di capitale riconducibili all'emergenza sanitaria e verificatesi negli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020 pongano gli amministratori nella condizione di dover chiedere l'immediata messa in liquidazione della società, con volatilizzazione della prospettiva di continuità, pur a fronte di una competitività strutturale ed, anzi, con il rischio di responsabilità ascrivibili alla *governance* per gestione non prudenziale.

8 A mente dell'art. 7: "*Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423 bis, comma primo, n. 1), c.c. può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'art. 106 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente*".

9 In forza dell'art. 8: "*Ai finanziamenti effettuati a favore della società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 quinquies del c.c.*".

10 In tema v. G. Corno e L. Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 26 marzo 2020; M. Giorgetti, *Covid-19: Effetti nell'ambito delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimentarista*, 2 aprile 2020.

ranno le previsioni di piano, ne discenderanno stratificati inadempimenti[11].

Il rinvio di sei mesi degli adempimenti di piano, stabilito *ope legis* e a tappeto, mostra il fiato corto delle applicazioni meccaniche. Non tiene conto della singolarità di una ripartenza post bellica da "Italia anno zero", nel cui quadro ogni impresa deve rintracciare quei dati prognostici che l'eccezionalità rende oscuri e imperscrutabili, ripensare le proprie coordinate finanziarie e operative, scrutare e ritrovare il rapporto tra i flussi al servizio del debito ed il debito da servire.

Cosa fare? Quali percorsi intraprendere? Come reggere l'urto sulla continuità aziendale dello *shock* virale?

Il grande *rebus* ha una duplice superficie, attenendo alla modificabilità in corso d'opera dei piani concordatari in continuità, da una parte, alle regole e agli strumenti secondo cui operativamente gestirla, dall'altra. Il "bonus" dei sei mesi di inadempimento potrebbe rivelarsi asfittico, il "condono" plenario e acritico potrebbe non bastare.

2. Le soluzioni ipotizzabili

In tema di concordati in continuità, alcuni itinerari sulla mappa sono astrattamente possibili.

In un primo orizzonte, posto che l'inadempimento non è imputabile, il concordato dovrebbe proseguire tale e quale e il debitore pagare quel che può. Ci troveremmo dinanzi alla criticità insormontabile di perpetuare alla cieca il destino di imprese in dissesto, cui si concederebbe una larvata remissione parziale dei debiti. Le aziende pagherebbero nei limiti fisiologicamente arbitrari del possibile, falsando il riassetto della concorrenza.

In una seconda prospettiva, la continuità potrebbe cessare e il concordato diventare liquidatorio. Di fatto questo è ciò che già accade ogni volta che il *business plan* non è rispettato e la società accusa perdite che portano alla

[11] Per i concordati non ancora omologati, poiché è ben possibile la rinuncia alla domanda di concordato preventivo sino all'omologa, utilizzando il disposto dell'art. 179, comma 2, l.fall. si potrebbe riportare al voto la modifica della proposta e del piano, idonea ad assorbire il fatto sopravvenuto.

drastica riduzione del capitale e allo scioglimento della società. Nondimeno, i difetti del congegno immaginato paiono evidenti: alterazione della fisionomia del piano; smarcamento extravagante dal limite della percentuale minima del 20%; alcun valore aggiunto rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare.

Secondo una terza impostazione, il debitore potrebbe stipulare un affitto d'azienda in favore di una *newco*, chiedendo l'autofallimento, per ivi addivenire ad un concordato fallimentare "lampo"[12]. Soluzione suggestiva, che forse inciampa su un ostacolo giuridico ed uno endemico: il primo alloggia nella difficoltà di coniugare la rapidità di governo del fenomeno economico con il termine di cui all'art. 124 l.fall.[13]; il secondo si intravede nell'indisponibilità persistente – che il fallimento non raddrizza, semmai aggrava – di un bacino finanziario: il fabbisogno di liquidità non è colmato, al più travasato in un distinto soggetto. Si tratta in ogni caso di una ipotesi operativa che cozza con la scelta legislativa dell'improcedibilità delle istanze anche di autofallimento dal 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 (art. 10 D.L. 8 aprile 2020, n. 23). È prevalsa anche nella normativa dell'emergenza l'idea dell'approccio al fallimento come *extrema ratio* e dell'opportunità di concedere anche agli imprenditori un lasso temporale in cui approfondire la possibilità di ricorrere a strumenti di soluzione della crisi alternativi, per non essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di salute dell'impresa dovuto in gran parte a fattori esogeni.

Secondo un quarto, supponibile scenario, si potrebbe addivenire ad un "concordato sul concordato". Andrebbe consentita l'abdicazione a quello in corso – mediante rinuncia all'esecuzione di esso – e la riformulazione di una nuova proposta, vestita con le nuove condizioni, con un piano confe-

---

[12] F. Fimmanò, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in *Il Caso.it*, 1 aprile 2020.

[13] Ai sensi del primo comma dell'art. 124 l.fall. la proposta di concordato fallimentare non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo, se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento.

zionato su misura. Naturalmente rinuncia e nuovo concordato, per forgiare un effetto catenaccio, dovrebbero essere contestuali[14].

La prospettiva avrebbe il pregio di coinvolgere anche i crediti post concorsuali. Tuttavia, escluso che lo stesso proponente possa chiedere al tribunale una pronuncia che accerti la risoluzione del concordato omologato – il che rappresenterebbe una costruzione barocca – residua la debolezza dogmatica del concepire una rinuncia ad adempiere un obbligo o – il che è lo stesso – ad abbandonare un vincolo. L'architettura sarebbe destinata a franare qualora un creditore soltanto si mettesse di traverso, atteso che la risoluzione del concordato e la declaratoria di fallimento rimarrebbero invocabili, pur nella persistenza, in capo al tribunale, della libertà di apprezzare la maggiore vantaggiosità della nuova proposta secondo il "mantra" del miglior soddisfacimento (della maggioranza) dei creditori. D'altronde, la rilevanza di una crisi insuperata ai fini dell'apertura di un nuovo concorso non è esclusa dal principio di universalità della procedura concorsuale[15], giacchè la stessa Suprema Corte ha ammesso la fallibilità dell'impresa prima della risoluzione del concordato preventivo[16]. In effetti, aperta la strada al

[14] Bisognerebbe poi evitare proposta in bianco per schivare dichiarazioni di inammissibilità, in caso di proposta nel biennio precedente.

[15] Giova osservare che se è vero che, per l'operare del richiamato effetto esdebitatorio, i creditori anteriori non possono fondare la propria azione esecutiva su un titolo formatosi prima del concordato, dovendo l'azione essere accompagnata da un nuovo titolo dimostrativo dell'inadempimento dell'obbligazione concordataria, ciò non significa che, pur con questo limite, l'azione esecutiva dopo l'omologazione del concordato debba essere necessariamente preceduta dalla risoluzione del concordato stesso: v. G. D'Attorre, Concordato omologato e fallimento successivo, in *Dir. Fall.*, 2016, 5, 1338; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, 438.

[16] Secondo l'orientamento sposato dalla Suprema Corte (in particolare, si vedano le pronunce Cass. 17 ottobre 2018, n. 26002; Cass. 11 dicembre 2017, n. 29632; Cass. 17 luglio 2017, n. 17703, tutti in *Italgiure*) il fallimento di un'impresa il cui concordato sia stato omologato ma sia rimasto inadempiuto, sarebbe ammissibile anche in assenza della sua preventiva risoluzione poiché nessuna norma di legge depone in senso contrario. Devesi, infatti, escludersi che la specialità dell'art. 186 abbia portata sop- →

fallimento c.d. "*omisso medio*", un nuovo concordato ben potrebbe essere ritenuto ammissibile, sottendendo una esplicita ammissione d'insolvenza anche in relazione alle obbligazioni conformate nel concordato preventivo divenuto ineseguibile[17]. Ciò dischiuderebbe le problematiche del monte debiti da appostare nel nuovo concordato, probabilmente non quelli originari, ma altresì quelli rimasti estranei, in quanto postumi, al perimetro dell'omologa.

Sullo sfondo, un impaggio vistoso d'ordine pratico: in fase esecutiva la continuità reclama un cambio di rotta da gestire in un torno ristretto di giorni, non può indugiare tra le insidie del processo di concordato, che richiede mesi.

---

pressiva degli artt. 6 e 7 l.fall., costituenti principi cardine del diritto fallimentare che consentono ai soggetti legittimati di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente in presenza di determinati requisiti.

[17] Ancora di recente Cass. 13 luglio 2018, n. 18738, in *Italgiure* ha osservato: "*Il concordato preventivo deve essere risolto, a norma dell'art. 186 l.fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione di soddisfare i creditori nella misura promessa, a meno che l'inadempimento non abbia scarsa importanza, a prescindere da eventuali profili di colpa del debitore, non trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive ma di un istituto avente una natura negoziale contemperata da una disciplina che persegue interessi pubblicistici e conduce, all'esito dell'omologa, alla cristallizzazione di un accordo di natura complessa ove una delle parti (la massa dei creditori) ha consistenza composita e plurisoggettiva*". Nel medesimo senso Cass. 4 marzo 2015, n. 4398, in *Italgiure*. In dottrina, significative le riflessioni di S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato preventivo e la (successiva?) dichiarazione di fallimento: profili ricostruttivi del sistema*, 6 ottobre 2017, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale l'impressione che si ricava da alcune recenti decisioni di merito è quella, secondo la nota terminologia neokantiana, di un "dover essere" implicito nel nostro sistema concorsuale, in base al quale non dovrebbe esistere un concordato inadempiuto senza la possibilità di trasformarlo in fallimento; e ciò - questo è il punto nodale - a prescindere dalla volontà e dall'attivazione dei creditori in tal senso.

3. La soluzione preferibile

Una quinta opzione parrebbe la più plausibile: consentire la modifica del piano, attesa la forza maggiore che ha sancito l'impraticabilità di quello approvato. Bisogna dar modo di cambiare il piano, salvaguardando la proposta, con una variazione limitata ai tempi di adempimento, necessariamente ancorati ad un nuovo programma fattibile. I tempi devono, infatti, essere funzionali al ripristino della marginalità utile alla copertura dei costi ordinari di gestione, quindi alla soddisfazione del ceto creditorio.

Non si nascondono le criticità alla base di questa prospettazione, a tal punto da farne premessa.

Innanzitutto, non c'è una norma "veicolo" che procedimentalizzi, a garanzia dei creditori, la modifica provariazione in corso d'opera. Torniamo al *bug* che affligge da sempre i concordati preventivi: le modifiche del piano non sono regolate e sarebbe opportuno si intervenisse normativamente al fine di consentire la rinegoziazione di quelli in esecuzione.

Fa difetto anche un comitato dei creditori, che possa essere sentito al riguardo. I creditori sono nel loro insieme privi di *voice* nella fase esecutiva.

Nel terreno della risoluzione del concordato preventivo per la sedimentata giurisprudenza di legittimità *tranchant* rileva il fatto oggettivo dell'inadempimento, depurato da riferimenti a stati colposi e congiunture soggettive[18].

Ciò nonostante si è indotti a ritenere che, qualora la proposta rimanga invariata nelle consistenze, le modalità adempitive ricadano nella sfera di chi, dovendo adempiere, è impegnato a realizzare – essenzialmente – un risultato, cui si correla il fascio delle obbligazioni dedotte in proposta.

È la prospettiva ora accolta, nel campo contiguo e gemellare degli accordi di ristrutturazione dei debiti, dall'art. 58, comma 2, CCII (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che prevede, dopo l'omologazione del piano, la possibilità di apportarvi modifiche sostanziali "*idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi*", imponendo al debitore la sola pubblicazione nel registro delle imprese e l'invio di una pec a ciascuno dei creditori[19]. È una prospettiva già

[18] V. Cass. 13 luglio 2018, n. 18738 cit..

[19] Il comma secondo dell'art. 58 CCII dispone: "*Qualora dopo l'omologazione si* →

vigente in materia di sovraindebitamento, a tenore dell'art. 13, comma 4 *ter*, l. 27 gennaio 2012, n. 3, che consente le modifiche del piano del consumatore[20].

4. La fase di esecuzione del concordato in continuità

Il vantaggio reale del concordato preventivo rispetto ad un fallimento in esercizio provvisorio (o supportato da un affitto d'azienda) alligna nell'opportunità di coordinare al suo interno la soddisfazione dei creditori e la perdurante autonomia di gestione dell'attività produttiva in capo all'imprenditore che consegue l'omologa[21]. La continuità concordataria postula fisiologicamente un piano di risanamento di medio periodo ed una tendenziale libertà di governo dell'impresa.

È in quest'ottica che la fase esecutiva del concordato è stata oggetto di esigue attenzioni nella legge fallimentare[22], che infatti vi dedica due sole di-

rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato all'art. 57, comma 4, il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunal, nelle forme di cui all'art. 48".

[20] Il comma 4 *ter* dell'art. 13 l. n. 3/2012 prevede che: "*Quando l'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, quest'ultimo, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, può modificare la proposta e si applicano le disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della presente sezione*".

[21] Un ulteriore vantaggio è nella possibilità stessa che, attraverso una proposta di concordato con continuità aziendale, il debitore trattenga per sé parte della ricchezza prodotta attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa, trattandosi di un fenomeno del tutto normale nelle aziende in funzionamento e che, pertanto, appare tipico della fattispecie regolata dall'art. 186 *bis,* l. fall.: v. tra gli altri M. Fabiani, *La struttura finanziaria del concordato preventivo*, Bologna, 2019, 216.

[22] G. Rado, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2006, 1094; A. Farolfi, *Esecuzione del concordato*, in *Il Fallimentarista*, 14 febbraio 2019.

sposizioni: l'art. 182 l.fall., rivolto al solo concordato con cessione dei beni, e l'art. 185 l.fall. che ascrive al commissario un "servizio" di vigilanza sull'adempimento del concordato, in funzione informativa dei creditori, seppure per il tramite del giudice delegato. Le prescrizioni sciorinate dai commi di quest'ultima norma successivi al primo hanno uno contorno ristretto: valgono a superare l'*impasse* nell'ipotesi del debitore riluttante a dar attuazione alla proposta concorrente dei creditori prevalsa ai voti sulla sua [23].

Fuori da questa fattispecie remota, proprio perché l'attività economica non può imbrigliarsi di troppi lacciuoli, la tutela creditoria è non casualmente rimessa alla vigilanza commissariale e racchiusa nella facoltà dei creditori di invocare la risoluzione del concordato *ex* art. 186 l.fall.[24].

Nel vigilare sull'adempimento, il commissario si atterrà alle previsioni del provvedimento di omologa, che però s'atteggia a fonte regolamentatrice assorbente della fase esecutiva nella sola ipotesi di concordato con cessione

[23] L'art. 3 d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ha integrato l'art. 185 l.fall., aggiungendo quattro nuovi commi per salvaguardare gli interessi del creditore che presenti una proposta di concordato concorrente e, più in generale, di tutti i creditori che possano trarre benefici da una proposta alternativa a quella del debitore. L'art. 185 l.fall., prima dell'ultima riforma, si limitava con il primo comma a prevedere un'attività di sorveglianza del commissario giudiziale per il corretto adempimento del concordato e la segnalazione al giudice delegato di ogni fatto idoneo ad arrecare pregiudizio ai creditori; il secondo comma, mediante richiamo dell'136 l.fall., disponeva il deposito, secondo le modalità stabilite dal giudice delegato, delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali e irreperibili. Sulla novella della norma anzidetta v. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo miniriforma del D.L. n. 83/2015,* Milano, 2015, 25 ss.).
E' ora previsto innanzitutto che il debitore "è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori qualora sia stata approvata e omologata".

[24] Sul rimedio della risoluzione v. G. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 260; F. Casa, *Risoluzione del concordato preventivo e fallimento*, *in Il Fall.*, 2013, 53.

dei beni[25], giacchè nella continuità diretta compete al debitore che rilancia l'azienda selezionare *ab initio* e in esclusiva i meccanismi di adempimento delle obbligazioni concordatarie[26].

L'organo commissariale seguita a svolgere, quale ausiliario del Tribunale, compiti di controllo su amministrazione del patrimonio e gestione dell'impresa (art. 167 l.fall.) e di accertamento della regolarità del comportamento del debitore, ma li espleta a spettro ridotto, dovendo limitarsi ad assicurare un canale informativo ai creditori, in quanto legittimati ad esperire azioni di annullamento o risoluzione[27].

Il presidio di tutela è nelle informazioni, spiccando l'assenza di poteri autorizzativi in capo al giudice sugli atti da compiere – più in generale sulle modalità da rispettare – nella fase di esecuzione concordataria[28]. Neppure l'art. 186 *bis* l.fall. contiene addentellato in materia, ad eccezione del sommario rinvio, contenuto nel comma primo alle norme sul concordato in generale di cui all'art. 160 ss. l.fall., in quanto compatibili. Vi è al fondo la

---

[25] L'art. 182 l.fall. che prevede la nomina di un liquidatore e di un comitato dei creditori attiene ai soli concordati con " cessione dei beni" e che, quindi, richiede la nomina di un liquidatore e di un comitato dei creditori.

[26] Sul concordato in continuità diretta, tra i contributi recenti, v. tra gli altri G. D'Attorre, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 49; M. Fabiani, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 9 dicembre 2016, 8; L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fall.*, 2013, 1227; D. Vattermoli, *Concordato con continuità aziendale, Absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 343 ss.

[27] Sul tema dell'esecuzione in rapporto ai correlati rimedi v. G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, 2009, 1769; S. Usai, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in Cagnasso-Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tomo III, 3735.

[28] Così Trib. Padova, 16 luglio 2015 (Decr.), in *Dir. Fall.*, 2016, 1, 328, con nota di D. Bonaccorsi, *Sui poteri del tribunale in ordine alle modalità di esecuzione del concordato preventivo in continuità omologato, e sulla pubblicità del provvedimento di chiusura, ex art. 181 legge fallim., della procedura concordataria.*

scelta di emancipare il debitore nella gestione, necessariamente fluida e non irregimentata, della fase in esame.

Sintomatico, d'altronde, che gli artt. 185 e 186 l.fall. nulla statuiscano per il caso in cui all'inadempimento delle obbligazioni concordatarie, parziale o totale, non segua un ricorso risolutorio dei creditori. Segnatamente non è previsto alcun intervento del giudice dichiarativo dell'esatta, tanto meno dell'inesatta, esecuzione del concordato: l'art. 185 l.fall., infatti, non richiama il terzo comma dell'art. 136 l.fall., che contempla espressamente, nel concordato fallimentare, l'accertamento della sua completa esecuzione, funzionale, sia all'ordine di svincolo delle cauzioni e della cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia che, più in generale, all'adozione di ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità attuative del concordato.

La scelta legislativa non è accidentale: l'Autorità Giudiziaria dismette ogni ruolo inquisitorio, curandosi di somministrare informazioni, senza entrare nel merito di esse. Il dato normativo è eloquente: "*la procedura di concordato si chiude*" con l'omologazione (art. 181 l.fall.), sicchè la fase esecutiva si sottrae all'egida di principi processual-pubblicistici, per acquistare un definitivo respiro privatistico[29]. Nell'economia di essa, le sole pronunce giurisdizionali (costitutive) rimesse all'Autorità Giudiziaria sono quelle di risoluzione e di annullamento; pronunce escluse ove sia mancata l'iniziativa di uno o più creditori[30].

Di là della risoluzione e dell'annullamento del concordato v'è spazio solo per un'attività d'osservazione "aerea" e "*in prorogatio*" da parte degli organi procedurali, che si esprime in provvedimenti ordinatori, privi del carattere

[29] Naturalmente, il riconoscimento di una prevalente inflessione privatistica del concordato preventivo non può portare ad ignorarne gli altrettanto indiscutibili e persistenti aspetti pubblicistici; basti pensare alla difficoltà, se non impossibilità, di ricondurre alla sola piattaforma contrattuale l'obbligatorietà del concordato omologato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, e, quindi, la deroga alla previsione generale di cui art. 1372 c.c., in virtù del quale il contratto non produce effetti rispetto ai terzi.

[30] Il mero accertamento della mancata o inesatta esecuzione del concordato preventivo, non propedeutico e non agganciato a una domanda (costitutiva) di risoluzione, non è ammissibile perché non espressamente contemplato dalla legge.

di decisorietà e definitività, modificabili e revocabili in ogni tempo, disadatti ad incidere sotto il profilo sostanziale su situazioni di diritto soggettivo e, pertanto, non ricorribili in Cassazione *ex* art. 111 Cost..

5. L'organizzazione interna dell'impresa

L'organizzazione interna alla società di capitali è pervasa da una da una distribuzione intransigente e tipizzata di ruoli e di prerogative. Nelle società per azioni l'art. 2380 *bis* c.c. assegna la gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori; nelle s.r.l. l'art. 2479 c.c. conferisce ai soci un potere assoluto e intrasmissibile. Poiché gli amministratori perseguono di necessità l'interesse sociale, non quello dei creditori, qualsiasi meccanismo statutario di previa consultazione di questi che dovesse esser coniato sul piano statutario a fronte della cornice concordataria non modificherebbe obiettivi e attribuzioni del *management*. Il profilo organizzativo non soffre, infatti, a valle dell'omologazione del concordato, alterazioni, rimanendo il perimetro delle scelte gestorie al riparo da inframettenze dei creditori. Costoro non interloquiscono, potendo unicamente insorgere: vuoi attraverso lo strumento dell'annullamento del concordato, vuoi invocando la risoluzione di questo.

All'ordinamento concorsuale questo apparato dev'essere stato noto: con il decreto di omologazione la procedura di concordato *ex* art. 181 l.fall. "*si chiude*"; il debitore guadagna l'effetto esdebitativo che gli consente di soddisfare i crediti secondo la conformazione che il decreto ne attua quanto a modalità, tempistica e percentuale di pagamento; nel contempo riacquista la piena disponibilità della gestione del suo patrimonio, sottraendosi al c.d. "spossessamento attenuato" e riappropriandosi della facoltà di "capitanare" l'azienda, compiendo qualsivoglia tipo di atto senza necessità di autorizzazione, con l'unico limite di armonizzare la libertà d'impresa con l'adempimento della proposta connessa concordataria, alla stregua degli altri contratti in essere.

Il tribunale può al più procedimentalizzare il controllo, esemplificativamente onerando il debitore della redazione di relazioni economico-finanziarie periodiche che indichino i flussi di cassa realizzati, i risultati conseguenti alle economie di gestione attuate in esecuzione del piano, le differenze registrate rispetto alle previsioni di questo. Tali contributi infor-

mativi potranno mostrare e documentare gli scostamenti intervenuti per voci specifiche, economiche o finanziarie; la diversa consistenza del risultato; la sua divaricazione dalle appostazioni del piano concordatario; qualsiasi altro fatto che possa incidere, direttamente o meno, sul *quomodo* e sui tempi di soddisfazione dei creditori.

Certamente l'attività esecutiva del piano concordatario può assumere una declinazione più o meno dettagliata: può postulare la stipula di una serie di negozi giuridici (assunzione di garanzie, liquidazione di diritti, atti di straordinaria amministrazione); può comportare nel breve operazioni materiali (pagamenti, tenuta e gestione di conti correnti bancari). Il debitore che accede al concordato è facoltizzato a scegliere, infatti, di persuadere i creditori impegnandosi su un programma circostanziato di negozi e operazioni[31]. Ma fuori dagli impegni che descrivono l'orizzonte immediato, l'attività esecutiva del concordato si intreccia inestricabilmente con quella d'impresa, tanto non poter essere organizzata in base a regole giuridiche di condotta, bensì dovendosi intonare a considerazioni di convenienza ed efficienza che, per forza di cose, la condizionano.

Non c'è impresa fuori da questo quadro e il mantenimento *in bonis* del suo titolare non incontra demarcazioni rigide: quest'ultimo, per eseguire il concordato omologato, deve poter disporre senza vincoli dei suoi beni, nel modo che ritiene più appropriato alla congiuntura. Perciò, il commissario giudiziale non può esprimere ingerenze attive sull'operato della *governance*, mentre il tribunale e il giudice delegato non possono essere delegatari di compiti autorizzativi del compimento di atti di straordinaria amministrazione nella fase esecutiva, né tali compiti possono riservare a sé stessi col decreto di omologa.

---

[31] Che mezzi e modalità pianificate possano costituire un tutt'uno proposta di concordato si evince in taluni alcuni casi ricorrenti: dall'attuazione di un finanziamento a condizioni pattuite con il finanziatore; all'attribuzione di tutti o parte dei beni del debitore al garante a certe condizioni contenute in un contratto già stipulato; alla messa in atto di operazioni straordinarie già progettate. Su quest'ultima evenienza v. V. Manzo, *Operazioni straordinarie in esecuzione di concordato preventivo*, in *Notariato*, 2015, 61 ss.; P. Censoni, *Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in crisi*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 853.

6. Factum principis e non imputabilità dell'inadempimento da pandemia

Il blocco delle attività ridurrà i fatturati, assottigliando il margine da destinare ai creditori. Ciò non toglie che la continuità possa rivelarsi idonea a garantire il miglior soddisfacimento. In quest'ottica, è d'uopo consentire all'impresa di diluire, a proposta invariata, i tempi di esecuzione del piano al di là del panorama ristretto dei sei mesi di cui all'art.9 comma 1 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, assumendo che il *factum principis* della messa in quarantena delle imprese escluda la gravità dell'inadempimento, tanto da comportare il rigetto della domanda di risoluzione.

L'insensibilità del concordato preventivo al ritardo nell'adempimento cagionato dal coronavirus si ricava dalla normativa dell'emergenza, ma prima ancora dalle regole generali.

L'art. 91 D.L. 17 marzo 2020 n. 18, prevede l'inserimento all'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, di un comma 6 *bis* a tenore del quale "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt, 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*". L'art. 10 appena evocato ha allungato di sei mesi le scadenze di piano. Ma è nel contesto codicistico civile la chiave di volta.

A tenore dell'art. 1256 c.c., l'obbligazione si estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa "impossibile"; se tale impossibilità è solo temporanea il debitore, nelle more di stessa, non è responsabile del ritardo nell'adempimento.

Tra le cause invocabili di impossibilità rientrano gli ordini o i divieti sopravvenuti dell'autorità amministrativa (c.d. "*factum principis*"), quindi i provvedimenti dettati da interessi generali, che rendano impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato. È circostanza che funge da esimente della responsabilità del debitore, a prescindere dalle previsioni contrattuali in essere.

L'esimente in parola parrebbe rilevare pure in un campo come quello

della risoluzione del concordato preventivo in cui per consolidata giurisprudenza rileva il fatto oggettivo dell'inadempimento[32]. Concorre, infatti, nel caso delle imprese chiuse per Covid-19, l'elemento obiettivo dell'impossibilità di eseguire la prestazione e quello soggettivo dell'assenza di colpa in rapporto alla determinazione dell'evento impeditivo. Quest'ultimo ha conseguenze che scavalcano le barriere semestrali ed impongono una riprogrammazione estesa e profonda.

In ogni caso, l'azione di risoluzione per inadempimento prodottosi per la chiusura forzata da pandemia si palesa alla stregua di strumento fisiologicamente depotenziato. Ai fini della risoluzione del concordato rileva, infatti, il criterio del diritto privato comune dei contratti collegato alla "*non scarsa importanza*" con riferimento al piano complessivamente inteso. Occorre soppesare l'incidenza del fatto pregiudizievole alla base dell'eventuale domanda di risoluzione proposta dal creditore sugli interessi di tutti i creditori concordatari, non solo di quello che invoca il rimedio. Nel concorso, vi è una fisiologica dipendenza di ciascun rapporto dall'altro (e di tutti i rapporti dalla strutturazione prevista piano). Viene in evidenza il "fascio" obbligazioni funzionalmente proiettate alla realizzazione di un risultato finale. La vicenda concordataria è intesa a proteggere gli interessi dell'intero ceto creditorio: vanno perciò considerati gli effetti dello scioglimento del vincolo negoziale, che nella disciplina dei contratti in generale sono normalmente restitutori e ripristinatori e circoscritti alle parti del rapporto contrattuale, ma che nel caso della procedura concorsuale implicano uncomplicato ripristino della situazione anteriore all'omologa[33].

Non va poi trascurato, alla luce della clausola generale di buona fede *ex* artt. 1175 c.c. e 1375 c.c., che (l'istanza di fallimento o) la domanda di risoluzione che il creditore dovesse avanzare si connoterebbe come atto insufficientemente motivato ogni qualvolta il debitore dovesse prospettare una soluzione, la cui ragionevolezza e plausibilità fosse attestata e che si limitasse, per un verso, a rimodulare i tempi di adempimento, senza toccare la misura delle prestazioni, per altro verso, a consentire il risanamento aziendale at-

[32] Cass. 13 luglio 2018, n. 18738, *cit.*.

[33] Il che dovrebbe comportare l'inefficacia degli atti eventualmente posti in essere sino a quel momento in attuazione del piano in considerazione della sua inattuabilità.

traverso una revisione del piano inidonea a pregiudicare i creditori concordatari più di quanto con la liquidazione fallimentare non accadrebbe. L'accordo raggiunto in epoca pre Covid-19 è manifestazione della volontà di negoziare la crisi, con riferimento ad una situazione debitoria. I creditori in concordato, optando per la risoluzione, sembrano contraddire il divieto di *venire contra factum proprium*, ogni qualvolta, accettata la ristrutturazione dei debiti, la scartino in seconda battuta sol perché essa esige per evento congiunturale una ridefinizione delle condizioni temporali in essere.

7. Natura e implicazioni del piano concordatario

Se la proposta contiene la rideterminazione dei rapporti obbligatori intercorrenti tra debitore e creditori, il piano in continuità prevede le azioni indispensabili a generare le risorse necessarie all'adempimento delle obbligazioni concordatarie[34]. La prima senza il secondo è un simulacro. Non è un caso che l'art. 186-*bis*, comma 2, lett. a), l. fall. riempia di dettagli la strutturazione del piano[35].

Proposta e piano sono un binomio: su entrambi si manifesta il voto dei creditori; la ridefinizione del fascio di rapporti obbligatori intercorrenti tra costoro e il debitore e sigillata dall'omologazione non si risolve nell'assioma della prestazione promessa, la quale postula, piuttosto, la pregnanza del quadro funzionale e gestorio che la supporta. Se la proposta è apprezzabile perché il piano è fattibile, ciò non può essere privo di conseguenze sul livello della gestione societaria, che al contenuto del piano deve rimanere into-

[34] Essenziale per la comprensione della nomenclatura: M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fall.*, 2011, 167

[35] Il piano deve contemplare "*un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa ..., delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura*", indicazioni che non possono prescindere da una altrettanto analitica descrizione delle caratteristiche - per natura, dimensioni, organizzazione, estensione territoriale e quant'altro - dell'attività che assorbirà i costi, sarà in grado di generare i ricavi, evidenzierà un certo fabbisogno finanziario.

nata, pure quando cambi registro.

Gli amministratori, qualora accedano ad uno strumento di composizione della crisi aspirando al mantenimento in esercizio dell'attività d'impresa, stipulano con i creditori incisi dagli effetti della ristrutturazione del debito un patto gestorio, che ne limita la discrezionalità. L'""accordo" concordatario finisce per avere ad oggetto non soltanto il trattamento dei crediti, ma anche la gestione dell'impresa[36]. Tutte le volte che la conduzione della società sia condizionata dagli interessi extra-sociali connessi al concordato omologato, questi ultimi possono giustificare l'adozione di una decisione non conforme al piano solo se compatibile con l'interesse dei creditori all'esecuzione delle obbligazioni concordatarie. La vincolatività del piano, al quale i creditori anteriori hanno aderito, esclude la possibilità di dare prevalenza assorbente all'interesse della sola società; una decisione siffatta sarebbe estroflessa rispetto al contenuto del piano.

Quest'ultimo è, in tal senso, parte integrante del telaio organizzativo della società chiamata a darvi ottemperanza, il che ne esalta il livello di cogenza, incentivandone il rispetto. Al piano va riconosciuta una forza in grado di esprimersi anche all'interno della *governance* societaria e di conformare agli interessi dei creditori concordatari lo stesso interesse sociale. Specularmente, però, il piano non può risolversi in un *diktat* invalicabile idoneo a dominare lo stesso interesse sociale, perché ciò esproprierebbe senso e funzione dell'impresa, piegandola verso finalità eccentriche alla sua stessa ragion d'essere.

È ovvio che un piano, specie se si sviluppa nel medio periodo, muove da assunzioni solo ipotizzate su basi probabilistiche che, dunque, per la loro indole, possono richiedere, alla prova dei fatti, d'esser rivedute, qualora si tratti di bilanciare gli obiettivi dell'impresa e la tutela dei creditori concorsuali.

L'irrigidimento gestionale correlato al bilanciamento non è scabroso, per un'evidenza ineludibile: il creditore che si imbarchi nella risoluzione dovrebbe fare ostensione di un concreto interesse ad agire *ex* 100 c.p.c., ragio-

[36] A. Rossi, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2015, 3, 253, accosta il piano ad un *covenant*, tramite il quale un creditore imponga limitazioni gestorie al debitore.

nevolmente degno di nota solo ove lo scostamento dal piano fosse in grado di compromettere la capacità di adempimento delle obbligazioni concordatarie, non già di salvaguardarle, spalmandole nel tempo.

Si cambi il punto di osservazione: i creditori, approvando la proposta di concordato, acconsentono alla programmazione, accettando un determinato profilo di rischio d'impresa, anziché un altro o uno qualsiasi.

È detto profilo a non poter essere stravolto, ma a cambiarne i connotati non è ogni ipotizzabile scostamento: il confine esterno è dato, piuttosto, dall'interruzione di quell'attività d'impresa che costituisce il cuore del piano di risanamento accettato dai creditori[37]. È l'immutazione del *core business* che contrassegnava l'impresa all'interno del piano medesimo ad esporre il concordato alla risoluzione e gli amministratori che ne sono stati gli artefici alla responsabilità, per il danno derivatone ai creditori a seguito dell'eventuale inadempimento delle obbligazioni concordatarie.

In siffatta ipotesi, non può, peraltro, neanche escludersi, in assenza di distinguo espliciti, che il nuovo comma 6 dell'art. 185 l.fall. possa esser fatto valere anche nell'ottica di dare esecuzione a un concordato su proposta del debitore, tanto da ricondurre la società all'esecuzione del piano originario tramite una radicale rimozione dell'organo amministrativo e la nomina di un amministratore giudiziario[38].

---

[37] Né è sempre vero che la vendita dell'azienda esponga comunque la società ad un minore rischio rispetto a quello corso dalla gestione dell'impresa, molto dipendendo dalle condizioni contrattuali contenute nel contratto di cessione; così, un pagamento a termine non garantito si può tradurre in un inadempimento del compratore ovvero clausole di salvaguardia a favore di questo (sulle sopravvenienze passive o sulla "qualità" del patrimonio, ad esempio) possono comportare una consistente riduzione, rispetto alle aspettative, dell'utilità effettivamente appresa dalla società alienante.

[38] Altrimenti non si comprende la ragione per la quale il legislatore non si sia limitato a prevedere, di *default*, che in caso di proposta concorrente la gestione dell'impresa è affidata ad un commissario *ad acta* tenuto a dialogare col terzo proponente, L'interlocuzione sistematica fra amministrazione e proprietà avrebbe sterilizzato i rischi costituzionalmente rilevanti di scorgere nel commissariamento una larvata ablazione del compendio produttivo. Una perplessità affine a quella ora espressa si legge in M. Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di im-*

→

Ma a prescindere da detto strumento, la valvola di salvaguardia dei creditori – ulteriore rispetto al mezzo della risoluzione del concordato – alloggia nel diritto societario e attiene alla responsabilità dei titolari della *governance* ogni qualvolta un'iniziativa di scostamento dal piano si riveli disfunzionale rispetto all'adempimento delle obbligazioni concordatarie, dal momento che nel frangente stesso in cui la assumono essi accettano di rispondere dei risultati della modifica[39].

In effetti, l'omologazione conferisce anche al piano una forza vincolante, in grado di incidere sulla gestione dell'impresa della società debitrice, conformandola. Tuttavia, se è fulcro dell'esecuzione del concordato, il piano è concetto eterodosso rispetto alla sistematica dei giuristi. Sotto il profilo aziendalistico, esso è manifestazione della "programmazione" economico-finanziaria per la gestione della crisi o dell'insolvenza, di cui è responsabile, nelle società di capitali l'organo amministrativo; innestato sul terreno giuridico esso diviene "programma" cogente da realizzare, nel cui quadro rilevano, peraltro, non solo i singoli atti da realizzare, ma il risultato complessivo in esso tradotto.

La circostanza che il piano origini in un ambito che attiene alla fenomenologia economico-imprenditoriale ne segna la perdurante connotazione. In altri termini, la coloritura originale del piano è aziedalistica, la sua attinenza organizzativa. La progettazione imprenditoriale in chiave solutoria della crisi assume rilevanza giuridica in quanto calata dentro una cornice negoziale, espressione di autonomia privata, qual è quella concordataria[40].

---

presa, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 1, 10.

[39] I titolari della *governance* che dovessero travolgere le aspettative che i creditori hanno riposte nell'esecuzione del piano di concordato da loro approvato potrebbero esporsi a responsabilità nei loro confronti: ai sensi dell'art. 2394 c.c., qualora lo scostamento pregiudichi anche l'interesse della società alla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio sociale, ovvero ai sensi degli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c. qualora, com'è possibile, l'interesse dei creditori e quello della società divergano, con i primi che soccombono alle esigenze della seconda.

[40] F. Macario, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in Aa.Vv., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 19, 59 ss. (in precedenza, Id., *Insolven-*

→

Poichè elemento integrante un atto *lato sensu* contrattuale come il concordato, del quale assorbe la dimensione causale, il piano assurge a paradigma cui il debitore e il ceto creditorio fanno convergente riferimento nell'espressione delle proprie valutazioni.

Tutto ciò non è scevro di riflessi rispetto alle tematiche dell'esecuzione concordataria. È sulla base della natura e della portata del piano concordatario che vanno, invero, risolti i problemi connessi all'*an* e al *quomodo* dei suoi adattamenti in sede esecutiva. Il piano non trascende le proprie origini e non è, pertanto, un *business plan* immodificabile, ma un documento enunciante una rotta che, per quanto cogente, è suscettibile d'essere (o dover essere) alla prova dei fatti emendata o disattesa. Esso è destinato a confrontarsi con gli imprevisti del mercato, che ne mettono ininterrottamente alla prova tenuta e adeguatezza, imponendone rimodulazioni. Dinanzi all'incognita del futuro, non valgono i negozi giuridici, ma le capacità predittive, che sono ontologicamente mezzi insufficienti al cospetto della mobilità o liquidità dell'impresa e dei fenomeni umani.

Se un piano non è più in grado di conseguire la finalità adempitiva delle obbligazioni concordatarie o si sta rivelando dannoso per la società ed i suoi creditori (anche successivi al deposito della domanda di concordato), gli amministratori sono finanche tenuti a deviare dal piano, per adottare alternative gestionali adatte a marginalizzare i pregiudizi. Se la continuità soggettiva genera perdite, gli amministratori dovranno provocare l'interruzione dell'attività d'impresa, se non anche lo scioglimento della società, come preteso dall'ultimo comma dell'art. 186 *bis* l.fall.. Vi è, dunque, un preciso dovere di discontinuità, che caratterizza l'operato della *governance* al sopravvenire di uno stato di crisi e che impone loro di reagire prontamente alla modifica del contesto di esercizio dell'attività.

Ora, è evidente che la forza coattiva del piano e la sua attitudine integrativa del contenuto della proposta implica che ciascuno scostamento programmatico possa rappresentare un inadempimento rilevante ai fini della

---

za, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele, in *Riv. soc.*, 2008, 143 s. Il tema è stato ripreso molte volte, potendosi rinviare alla più recente e completa ricostruzione offerta da M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al cod. civ.*, Bologna, 2014, 49 ss.

risoluzione *ex* art. 186 l.fall.. Tuttavia, la sola aspettativa saliente è quella connessa alle prestazioni finali offerte ai creditori: se lo scostamento è strumentale a moderare l'impatto negativo del piano sulle attese di questi e a consentire l'adempimento delle obbligazioni concordatarie, non vi è spazio per la risoluzione, sia in quanto (da un punto di vista processuale) mancherebbe un interesse rilevante *ex* art. 100 c.p.c., sia in quanto (da un punto di vista sostanziale) il cambio di programma non sarebbe in grado di intercettare quella "*non scarsa importanza*" comunque richiesta per la risoluzione.

In definitiva, quantunque il piano ridondi insieme alla proposta in senso conformativo delle obbligazioni concordatarie, resta evidente che la risoluzione costituisca rimedio congeniale al microcosmo degli atti negoziali del diritto privato, piuttosto che al macrocosmo delle attività d'impresa, nella cui orbita rileva la realizzazione delle prestazioni ridefinite dall'omologazione del concordato, non la pedissequa e inappagante osservanza dell'attività pianificata[41].

Nei limiti descritti, va escluso che quelle medesime volontà dei creditori che del concordato hanno suggellato il successo con votazione favorevole debbano ad ogni contingenza economia e ad ogni variazione di piano essere *ex novo* sondate e raccolte[42].

8. La prevalenza del fine rispetto al mezzo

La possibilità per le imprese incolpevolmente inadempienti di addivenire a cornice normativa invariata alla modifica del piano rappresenta la corsia

[41] Qualora siano divenute inverosimili le aspettative di soddisfazione dei crediti recepite dalla proposta concordataria, sarà possibile invocare la risoluzione del concordato, qualunque sia il livello di aderenza dell'attività svolta dalla società al piano di concordato; di converso, qualora dette aspettative siano prossime alla loro realizzazione, non ci sarà scostamento che possa determinare detta risoluzione.

[42] In via di prassi, resta forte l'opportunità di assoggettare l'adattamento del piano ad una nuova attestazione, che recupererebbe tra le regole che hanno contrassegnato la gestazione e l'avallo del piano primigenio, quella essenziale in un'ottica di trasparenza e informazione.

preferibile pure in una prospettiva teleologica.

Il tessuto normativo evidenzia che il legislatore tende a dare più importanza al fine rispetto al mezzo: se il fine della proposta concordataria è attribuire una certa soddisfazione ai creditori, da realizzare attraverso l'esercizio di impresa ed esclude ai sensi dell'art. 185 l.fall. ogni ingerenza commissariale al riguardo, vuol dire che a rilevare, non è tanto come si arrivi ad attuare la proposta concordataria, quanto il mantenimento in sè dell'impegno di pagare i creditori.

Se questa considerazione è credibile, è coerente permettere al debitore di modificare il piano in corso di esecuzione, purchè conservi nella misura gli impegni assunti.

Certo, i creditori si sono espressi e il tribunale ha omologato la proposta anche con riguardo allo strumento che ne attua le previsioni; è altrettanto vero che consentire modifiche in corso d'opera significa riconoscere al debitore uno spazio di manovra in fase esecutiva che anteriormente all'omologa non avrebbe detenuto, perlomeno dopo l'inizio delle operazioni di voto, stante il secondo comma dell'art. 172 l.fall.[43]. Tuttavia, pur intendendo, nonostante la dizione letterale della norma, che essa comprenda, oltre alle modifiche della proposta, anche quelle del piano, il limite si spiega in quanto ai creditori, prima del voto, vanno rappresentate con esattezza la situazione del debitore, le condizioni della proposta e il suo apparato attuativo, come accade durante le trattative di qualsiasi contratto. Ma una volta che il negozio "a maggioranza" abbia raggiunto l'apice dell'omologa, si varca la soglia d'avvio della mera esecuzione, nel cui ambito il meccanismo contrattuale richiede *sic et simpliciter* che l'obbligato adempia. E poiché l'adempimento consiste, in linea di massima, in una prestazione pecuniaria e fungibile, il mezzo attraverso cui il debitore si procura la provvista viene ad appannarsi rispetto all'impellenza della dazione. Se i parametri di accosto ai concordati non sottendono l'esposta duttilità di vedute, tutti i concordati in continuità sono involucri recessivi di fallimenti prossimi venturi. Il rischio, se non il corollario, è in un *default* nazionale e di sistema.

---

[43] Si allude al penultimo periodo dell'art. 172, comma 2, l.fall., a tenore del quale "*Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori*".

9. Il filtro delle categorie civilistiche

L'assenza di una disciplina specifica della fase esecutiva del piano implica che la cornice di questa sia a grandi linee la stessa del contratto in generale e dell'adempimento delle obbligazioni. È al lume delle norme generali sull'inadempimento, sulle sopravvenienze e sulle modificazioni delle circostanze che possono essere filtrate le tematiche connesse alle modifiche *in itinere* del piano.

La fonte delle obbligazioni del debitore in concordato non è integralmente negoziale, innestandosi l'accordo con la maggioranza dei creditori in un percorso giurisdizionale suscettibile di farlo confluire, ai sensi dell'art. 1173 c.c., nel novero degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, non essendo il "contratto" di concordato capace di generare le obbligazioni da solo, in assenza dell'omologazione.

Il legislatore non ha fissato le regole e/o i criteri per l'esecuzione, limitandosi a delineare due percorsi – risoluzione a annullamento – finalizzati a comporre i conflitti che possono manifestarsi nella fase attuativa. Alla base di quegli strumenti resta peraltro il diritto privato.

L'assenza di norme di precetto sull'esecuzione del piano concordatario non sorprende se si considera che lo stesso codice civile non contiene disposizioni sull'esecuzione del contratto "in generale", ad eccezione di quella dell'art. 1375 c.c., che impone il rispetto del principio di buona fede[44]. Piuttosto, le norme sull'esecuzione dei contratti sono esplicitate dal codice nella disciplina dei "singoli contratti". Dal complesso di quelle disposizioni affiora un dato univoco: il termine di riferimento dell'esecuzione (*rectius*, dell'adempimento) non è il contratto, bensì l'obbligazione che ne discende. Il contratto si colloca, d'altronde, sul piano della fattispecie, che una volta perfezionata non è suscettibile di ulteriore "esecuzione". Vale anche per il concordato: è alle obbligazioni e non al contratto che ne rappresenta la fonte,

[44] Il principio di buona fede è più volte richiamato dal legislatore nella parte relativa al contratto, di cui al Titolo II del Libro IV, ma anche nel Titolo I, in apertura della disciplina dell'obbligazione in generale, attraverso la "correttezza" imposta al debitore e al creditore dall'art. 1175 c.c.

che va riferita l'attività esecutiva[45]; in altri termini si dà esecuzione, non al negozio, ma agli obblighi che ne derivano.

Neppure nel diritto delle obbligazioni, può trascurarsi l'esigenza di considerare la realizzazione del "risultato contrattuale", che si sostanza in un'attività di gestione del rapporto nella fase esecutiva che induce a guardare, più che all'adempimento della singola prestazione, alla complessiva attività intesa a dare attuazione agli obblighi contrattualmente assunti, in vista del risultato in premessa.

L'intento delle parti è, infatti, rivolto alla realizzazione di un certo obiettivo pratico conseguibile attraverso la diretta produzione di effetti giuridici. Quando la realizzazione dell'obiettivo preso di mira dalle parti esige il verificarsi di modifiche del mondo esteriore, il legislatore può soltanto predisporre gli strumenti più idonei a permetterne il conseguimento. Con riferimento al concordato preventivo, l'obiettivo pratico è il pagamento dei crediti correlato al superamento della crisi: a venire in rilievo sono, pertanto, le obbligazioni nei confronti dei creditori, valendo il piano a tratteggiare una sorta di perimetro regolamentare, quasi un accordo-quadro dotato di una precisa causa – la regolazione della crisi in chiave recuperatoria dell'azienda – che finisce per permeare tutti gli atti che rendono possibile l'esecuzione del concordato.

Il concordato si accosta, in contrapposizione ai contratti ad esecuzione istantanea, ai c.d. contratti ad esecuzione continuata o periodica o differita, i quali presentano una scissione fra conclusione ed esecuzione del contratto. Nell'accordo concordatario, al pari che in detta categoria di rapporti, la tematica dell'esecuzione acquista una accezione particolare in ragione della presenza di diversi "atti di esecuzione" che attribuiscono significato al rapporto nel suo insieme. Occorre tenere conto dell'interesse oggettivato nel piano, in quanto fondamento di tutti gli atti esecutivi, avvinti dal minimo comune denominatore del risultato finale: il superamento – nel tempo preventivato – della crisi, attraverso il soddisfacimento dei debitori.

In ciascuna programmazione germinano le varianti, posto che la puntuale previsione di tutti gli atti negoziali necessari per realizzare un risultato

[45] P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, 1961, 165

futuro è operazione illusoria[46]. Altrettanto velleitario è analizzare il ventaglio delle possibili evenienze e immaginare di poter amministrare *ex ante* l'incognita degli eventi futuri in un recinto contrattuale (o concordatario).

Da questa circostanza gemmano le norme sulla gestione del rischio contrattuale, rinvenibili nella disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità.

Con riferimento alle sopravvenienze il diritto comune dei contratti è costruito sull'eccezionalità ("eventi straordinari e imprevedibili"), sulla gravità della sproporzione ("eccessiva onerosità") e sull'anomalia rispetto al rischio contrattuale (superamento dell'"alea normale"). Nella dinamica del contratto la soluzione estintiva del vincolo (ossia la risoluzione) ha carattere eccezionale.

Due norme appaiono di assoluta pregnanza sul crinale della riflessione in corso: l'art. 1467 c.c.[47] e l'art. 1256 c.c.[48], che introducono

[46] In termini generali, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, cfr. R. Cooter, U. Mattei, P. Monateri, R. Pardolesi e T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 274, ove si fa notare che elementari constatazioni di carattere economico inducono a ritenere che: (*a*) il contratto 'perfetto' eliminerebbe il problema del rischio (o dei rischi), allocandone le conseguenze esplicitamente sulle parti del contratto, ma (*b*) tale allocazione esplicita e tendenzialmente 'neutralizzante' il rischio (uno degli scopi dei contraenti) è estremamente costosa in termini di trattative, (*c*) al punto da imporre costi di negoziazione (detti anche "costi transattivi", in gergo più propriamente economico) superiori ai benefici, tanto più che (*d*) certamente vi è un limite oltre il quale la prevedibilità (umana) non può spingersi, dovendo i soggetti economici attenersi a criteri di razionalità nel loro operato, sicché (*e*) i contratti (efficienti) non potranno che risultare lacunosi o "imperfetti", almeno con riguardo ai rischi remoti.

[47] La norma dispone che "*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*"

[48] La norma prevede che "*L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imput-*

→

nell'ordinamento uno dei principi fondamentali nella regolazione dei rapporti negoziali: la causa di forza maggiore[49]. Quest'ultima, non esistendone una definizione normativa espressa, può essere ricostruita alla stregua di circostanza esimente rispetto all'inadempimento contrattuale nel momento in cui la sinallagmaticità delle prestazioni venga sovvertita da eventi straordinari ed imprevedibili, tali da squilibrare le forze all'interno del rapporto obbligatorio, impedendone l'esecuzione.

Segnatamente, la sopravvenuta impossibilità di adempiere alla prestazione contrattuale per causa non imputabile al debitore è disciplinata dall'art. 1256 c.c., il quale sancisce la risoluzione del contratto ove l'impossibilità di dare seguito alla prestazione in esso prevista sia determinata da una causa (anche temporanea) inconsueta, imponderabile e – come nel caso dell'epidemia da Covid-19 – non ascrivibile al debitore che la subisce quale evento estraneo rispetto alla propria sfera di azione[50]

Il nostro ordinamento riconosce, dunque, alla parte "vittima" di eventi pregiudizievoli la possibilità di poter ottenere la rimodulazione della prestazione contrattuale divenuta inesigibile. Non può che valere anche con riferimento al debitore in concordato nel senso che, ove le misure dei decreti legge non dovessero rivelarsi sufficienti a garantire la continuazione dei rapporti concordatari, è plausibile che il combinato disposto tra gli art. 1256

abile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla."

[49] Sul tema dell'incidenza del Covid-19 in ambito concorsuale e sul concetto di forza maggiore, interessanti le riflessioni di G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in *www.ilcaso.it,* 2 aprile 2020.

[50] La prima è da intendersi come l'oggettivo verificarsi di un evento esterno che impedisce o rende eccessivamente onerosa la prosecuzione del contratto; mentre l'imprevedibilità è da ricollegarsi necessariamente alla soggettiva capacità di una delle parti di riuscire ad anticipare e prevedere anzitempo il verificarsi di condizioni alteranti il nucleo contrattuale.

c.c. e 1467 c.c. consenta di fare ricorso alla condizione assolutoria della forza maggiore, al fine di ottenere la modifica del piano di concordato, a percentuali di proposta invariate e con mero allungamento dei tempi secondo le esigenze economico-finanziarie innescate dal temporaneo *lockdown*.

In definitiva, tornano utili i principi che reggono il sistema della revisione e dell'adeguamento dei contratti in caso di eventi sopravvenuti, non previsti dai contraenti. L'equa modificazione delle condizioni di piano è congegno che contempera l'esigenza del debitore (e del sistema) di tenere in piedi l'impresa e quella dei creditori a veder condotta innanzi la soddisfazione concorsuale dei propri crediti. Avverso la domanda di risoluzione ovvero, come appare empiricamente più ragionevole, in prevenzione della stessa, il debitore potrà quindi far valere la sopravvenienza, ai fini della modifica del piano in funzione del recupero dell'impresa, non certo per sottrarsi all'impegno assunto.

Sono le richiamate norme codicistiche, allora, a rivelare come possibili – pure sul piano della dogmatica civilistica di base – le modificazioni e/o integrazioni del piano contemplato nel decreto di omologazione. L'analisi condotta è irrobustita se si tiene conto che la chiave di lettura non è soltanto il "rapporto contrattuale", ossia del regolamento d'interessi dei contraenti di cui il piano è ingranaggio essenziale, ma piuttosto la tutela del credito che vi fa da sfondo. Proprio tale obiettivo finale sembra far premio sulla rigidità dell'assetto che il piano ha dato al rapporto, consentendo un più ampio margine di salvataggio e correzione di questo.

E se sul fronte delle categorie civilistiche si intende stabilire quando, in presenza di variazioni del piano funzionali alla realizzazione del risultato programmato del superamento della crisi, non sia necessario ripetere l'itinerario processuale concordatario, non può che farsi riferimento precipuo al criterio quantitativo dell'entità della modifica: se questa è "limitata", in quanto non incidente sulla misura delle prestazioni della proposta, non è necessario sottoporre *ex novo* il concordato al voto dei creditori.

Al criterio esposto deve abbinarsi, peraltro, un parametro qualitativo, che dimora nella necessaria conferma dell'oggetto del contratto: un piano in continuità, non può assumere una declinazione liquidatoria.

Sul medesimo versante pare assumere rilievo la garanzia patrimoniale dei creditori estranei all'area del concordato omologato, i quali non possono vedere ulteriormente assottigliarsi la garanzia patrimoniale generica *ex* art. 2740 c.c. senza un rinnovo inclusivo dell'*iter* concordatario.

10. Conclusioni.

Le possibili opzioni su cui ci si è soffermati non riguardano certamente solo il convulso momento attuale di emergenza sanitaria. Esse sono quelle che l'imprenditore si trova dinanzi ogni qualvolta imbocchi la via del concordato in continuità. Ben difficilmente, infatti, negli anni, il piano iniziale può essere portato a compimento per come inizialmente si mostra. il mercato cambia, si creano nuove opportunità che vanno colte, le dismissioni di beni non strategici che paiono opportune all'inizio, possono in una congiuntura successiva non esserlo più o viversa. L'approccio sistematico alla materia non può trascendere questa constatazione empirica.

In questa prospettiva, la norma cardine dell'art. 186 *bis* l.fall. postula che la variazione in fase esecutiva delle modalità proprie del concordato con continuità aziendale potrà essere ammessa qualora l'aspettativa di soddisfacimento dei creditori sia superiore a quella concretamente attesa dall'alternativa della liquidazione dell'attivo, normalmente in sede fallimentare.

Le modifiche del piano esigono, pertanto, semplicemente un canone di riferimento valutativo. A rappresentarlo è proprio il soddisfacimento dei creditori, che da tempo sembra essersi eretto a "clausola generale" in materia concordataria[51]. Quest'ultimo, oltre a costituire un criterio espresso in talune ipotesi normate[52], si connota quale componente che, accanto alla "regolazione della crisi", finisce per integrare la causa concreta della proposta di concordato[53].

---

[51] Un inquadramento di esso alla stregua di "clausola generale" è perorato acutamente da A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fall.*, 2013, 9, 1099.

[52] I finanziamenti prededucibili (art. 182 *quinquies*, comma 1), il pagamento di crediti anteriori (art. 182 *quinquies*, comma 4), la norma-cardine sul concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis* l.fall.).

[53] In tal senso la nota Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Fall.*, 2013, 149 che scorge in esso il "*riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti*", da individuare volta a volta, senza aprioristiche predeterminazioni, in riferimento alle concrete modalità proposte dal debitore per comporre la propria esposizione, nel-

→

In tal guisa, pare assurgere ad una funzione di orientamento generale in materia concordataria, che in ciascuna sua fase o evoluzione non può che tenere conto delle possibilità di soddisfazione, effettivamente alla portata dell'imprenditore, in funzione della migliore regolazione dei crediti. Il criterio in parola può sovrintendere, dunque, anche alla fase esecutiva, in rapporto alle modifiche di piano che dovessero rendersi ivi necessarie.

La valutazione del miglior soddisfacimento è compiuta certamente dai creditori quale categoria eterogenea in sede di omologa, nondimeno rimane in capo a ciascuno di loro – individualmente – nel contesto dell'esecuzione, ove semplicemente si esprime entro come apprezzamento *ex latere creditoris* dei presupposti di utilizzo dell'azione di risoluzione del concordato e di opportunità dell'esperimento di essa.

Obiettivo comune dei creditori e risultato da essi perseguito è la massima valorizzazione del patrimonio del loro comune debitore, in qualunque modo attuabile e fino al limite dell'importo complessivo dei loro crediti[54]. È perciò dentro l'ambito di applicabilità del rimedio risolutivo del vincolo concordatario che le variazioni necessarie del piano attuate dal debitore sono suscettibili di essere opportunamente sindacate. Per il resto quella disponibilità coincide con una prerogativa dell'imprendore-obbligato, come si è provato a descrivere ed argomentare sotto distinti e convergenti aspetti, che hanno enucleato due soli limiti: il mantenimento della consistenza della proposta e delle percentuali acclusevi; la conservazione del profilo di rischio d'impresa e del *core business* di essa connessi al piano iniziale.

la valutazione prognostica dei creditori.

[54] Così L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 52, che ravvisa l'interesse del gruppo dei creditori alla continuazione dell'impresa, se essa produca ricchezza o comunque abbia un valore positivo (anche nella prospettiva di una ristrutturazione) ed invece alla sua cessazione, se distrugga ricchezza e non sia in grado di tornare a produrne.

FINANZIAMENTI ALL'IMPRESA IN CRISI E MORATORIA ANNUALE EX ART.186 BIS L.FALL.: UNA LETTURA PROSPETTICA

di Bruno Conca – Magistrato nel Tribunale di Torino

Sommario: **1.** Differimento o ripensamento del Codice della crisi? – **2.** Cornice concorsuale invariata e quadri di illiquidità diffusa – **3.** La chiave prospettica degli strumenti di finanziamento delle imprese in crisi – **4.** Luci e ombre nella normazione emergenziale – **5.** Conclusione.

1. Differimento o ripensamento del Codice della crisi?

La pandemia determinata dal diffondersi planetario del virus Covid-19 ha mietuto sul territorio italiano anche una vittima normativa: il Codice della Crisi e dell'Insolvenza dell'Impresa.

È ben vero che, allo stato, il legislatore, con il D.L. 23 dell'8.4.2020 si è limitato ad un "distanziamento sociale" di un anno del complesso articolato normativo, posposto nella sua complessiva entrata in vigore al 1° settembre 2021, ma è più che plausibile ritenere che quello ora disposto non sia altro che il primo di una serie di rinvii che porteranno il Codice della Crisi, per lo meno per come ora conosciuto, su di un binario morto.

Non sarebbe certo questa la perdita più grave per il Paese.

Già prima dell'erompere di questa inopinata emergenza sanitaria, i dubbi ed i timori sull'efficacia degli strumenti di allerta[1], parte qualificante della

[1] Sugli strumenti e le procedure di allerta la letteratura è, ormai, molto ampia. Vedi, per tutti, A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in questa *Rivista*, 2019, 409 ss.; M.S. Spolidoro, *Procedure di allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della cri-*
→

nuova legge (quasi) organica in materia concorsuale, avevano condotto a parziali rinvii e differimenti, ad una tormentata e contrastata elaborazione degli indici e/o indicatori della crisi, mentre si stava per affacciare al cospetto dei Tribunali delle Imprese il problema della diffusa disapplicazione delle prescrizioni già in vigore in materia d'istituzione dell'organo di controllo, da parte di un tessuto imprenditoriale già caratterizzato da una radicata ad ampia inosservanza perfino all'obbligo di deposito dei bilanci[2].

Mai del tutto sopite, infine, le perplessità in ordine alla efficacia del costoso meccanismo dell'OCRI[3], foss'anche quale semplice *metus* tale da stimolare gli imprenditori ad agire in termini veramente precoci, dunque ben anteriori allo stato di crisi quale definito dal Codice, in vista di plausibili soluzioni conservative dei valori aziendali, come pure quelle conseguenti alle non agevoli intersezioni tra l'operato dell'OCRI, gli eventuali tavoli di negoziazione privati con il ceto bancario, il procedimento per la concessione del-

si, in *Riv. Società*, 2019, 253 ss.; L. Panzani, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, a cura di M. Arato - G. Domenichini, Milano, 2017, 65 ss.; P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *NDS*, 2017, 951 ss.; Pilati, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 1038 ss.; S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Milano, 2017, *passim* e spec. 354 ss.; A. Jorio, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 261 ss.

[2] La densità del mutamento di ruolo degli organi di controllo è adombrato, tra gli altri, da N. Abriani e A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile*: prime letture, in *Società*, 2019, 4, 393; S. Leuzzi, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema,* in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2019.

[3] Sul ruolo, il funzionamento, le prospettive degli OCRI v. tra gli altri G. D'Attorre, Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta, in *Fallimento*, 2019, 12, 1429;M. Fabiani, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*; M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D. Lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, 421; V. Zanichelli, Il ruolo degli OCRI, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di *C. D'Arrigo, L. De Simone, F. Di Marzio e S. Leuzzi,* Perugia, 2019, 98 ss.

le misure protettive avanti il Tribunale delle Imprese e l'articolato procedimento unitario.

Ciò che, tuttavia, finisce per mutare nel contesto attuale, è il paradigma stesso del Codice della Crisi.

Il rischio di desertificazione del tessuto imprenditoriale conseguente agli effetti paralizzanti della pandemia e delle costosissime, quando non insostenibili, strategie di prolungato distanziamento sociale già applicate, tuttora propugnate come sola arma di contrasto all'ulteriore ed incontrollata diffusione del virus, rende sostanzialmente irrilevante il tema dell'anticipata emersione della crisi, proponendo invece come impellente l'enigma del mantenimento della continuità in condizioni inusitate di tracollo della domanda ed offerta. In altri termini, il tema, oggi e in futuro, non sarà più quello di monitorare l'andamento economico-finanziario dell'impresa per prevenire o risolvere tempestivamente situazioni di crisi, ma consentirne la sopravvivenza in un quadro di continuità temporaneamente spezzata o insostenibile: la prevenzione della crisi cede inesorabilmente il passo alla resistenza al dissesto.

In tale cornice, l'affermato valore aggiunto di una disciplina organica, come quello nominalistico della rimozione del lemma "*fallimento*" o del superamento di un'intitolazione *d'antan* ("Regio Decreto") appare privo di ogni consistenza, se non accompagnato – come non lo è – da una radicale semplificazione della procedura liquidatoria e da un radicale ripensamento del sistema dell'esdebitazione[4].

2. Cornice concorsuale invariata e quadri di illiquidità diffusa

Deve dunque darsi per scontato che la recessione o depressione economica conseguente alla pandemia dovrà essere affrontato con l'arsenale di strumenti concorsuali già presenti, al più implementati da norme emergenziali

[4] Una rivisitazione a trama storica della genesi e dell'evoluzione del fallimento al di là del dato nominalistico è in F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.

via via emanate[5].

Da questo punto di vista, il D.L. n. 23 dell'8.4.2020 offre importanti spunti e altrettante incertezze interpretative.

Va premesso che, ovviamente, non è il campo della materia concorsuale la prima e più grande emergenza, ovvero quella determinata dalla crisi di cassa e di ricavi, tale da determinare una situazione di dissesto, tanto più diffuso quanto più perdurerà il congelamento delle attività economiche e tanto più irreversibile quanto meno l'ordinamento, pur nelle note condizioni di finanza pubblica, non sarà in grado di assicurare flussi di liquidità sufficienti a non far collassare il tessuto venoso del sistema imprenditoriale.

Va altresì preso atto che, alla luce della condizione di generale illiquidità delle imprese, financo quelle di maggiori dimensioni e sinora solide, le risorse messe in campo, per quanto consistenti, non potranno impedire una mortalità comunque elevata.

È qui che si innesta il rilievo della disciplina concorsuale, chiamata a traghettare numerose realtà imprenditoriali oramai in dissesto in vista di una almeno parziale conservazione dei valori aziendali.

La crisi economico-finanziaria derivante dall'epidemia pone poi rilevanti problemi di adeguamento relativamente ai concordati preventivi e agli accordi di ristrutturazione già proposti o già omologati ed in corso di esecuzione.

Gli effetti del Covid-19 sono ovviamente diversi a seconda che la soluzione della crisi sia di natura sostanzialmente liquidatoria o di risanamento.

Nella prima ipotesi il tema della nuova finanza è sostanzialmente irrilevante, se non nei termini di inaridimento dei flussi conseguenti all'arresto dell'attività liquidatoria, vuoi per il tracollo della domanda, vuoi per l'inopportunità di allocare beni nel pieno della fase recessiva, quasi a determinare una sorta di turbativa d'asta autoprodotta, con grave compromis-

[5] Secondo G. Corno e L. Panzani, *Prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 26 marzo 2020, il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi si giustificava *in nuce* già con l'opportunità di consentire a professionisti e altri gestori della crisi d'impresa di avvalersi di norme che ben conoscono, piuttosto che dover contemporaneamente far fronte alla doppia sfida della crisi economica e di un nuovo sistema di regole.

sione dei valori di realizzo degli *asset*.

Per i piani in continuità siano essi sottesi ad accordi ex art. 182-*bis*, a piani attestati ex art. 67 l.fall., a concordati preventivi, il problema della nuova finanza è invece esiziale, poiché i flussi inevitabilmente cambieranno e la loro contrazione non potrà essere compensata solo "comprando tempo", il che, in ogni caso, dovrà determinare, quanto meno, un mutamento dei piani finanziari di periodo.

3. La chiave prospettica degli strumenti di finanziamento delle imprese in crisi

Ciò premesso, gli strumenti che, a legislazione invariata, vengono in considerazione sono essenzialmente tre, disciplinati dagli articoli 182 *quater*, 182 *quinquies* e 186 *bis* l. fall.

L'art. 182 *quater*, giova ricordare, istituisce il beneficio della prededucibilità in favore dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato, nonché i finanziamenti c.d. funzionali, ove essi siano previsti espressamente nel piano o nell'accordo e la prededuzione sia accordata con il decreto di ammissione al concordato o di omologa dell'accordo[6].

[6] In tema v. La dottrina in tema di finanziamenti alle imprese in crisi, affrontato secondo diversi angoli di visuale e in dipendenza dello strumento di risoluzione della crisi prescelto, è copiosa. Senza pretesa di completezza v, tra i contributi più recenti T. Ariani, *I finanziamenti ai sensi dell'art. 182* quinquies*, comma 1, l.fall. nell'ambito del concordato con riserva*, *Fallimento*, 2017, 100 ss.; A. Zorzi, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: da eccezione a regola di un mercato in evoluzione*, in *Fallimento*, 2017, 761 ss.; R. Bonivento, *I finanziamenti nel concordato preventivo in continuità: correlazione tra impieghi di capitale e fabbisogni finanziari*, in S. Ambrosini (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 610 ss.; A. Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, *ivi*, 823 ss.; C. Scribano, *La finanza interinale nel concordato preventivo fra nuovi interventi d'urgenza e urgenza del debitore in stato di crisi*, *ivi*, 838 ss.; S. Fortunato, C*onsiderazioni sul finanziamento alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 587 ss.; G.B. Nardecchia, *I finan-*

→

L'art. 182 *quinquies* a sua volta prevede la possibilità che il debitore, in via d'urgenza, pendente il termine ex art. 161, comma 6 o 182 *bis*, comma 7, l. fall. venga autorizzato dal tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall., "*funzionali ad urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale*", fino alla scadenza del termine per la presentazione del piano concordatario o dell'accordo di ristrutturazione[7].

È noto che tali norme, già frutto di una ripetuta rielaborazione sin dal 2010, hanno avuto scarsa applicazione, in ragione della relativa scarsità di piani di risanamento a fronte delle soluzioni liquidatorie o di continuità indiretta che, di là del regime giuridico loro applicato, restano liquidatorie da un punto di vista operativo, poiché fondate sulla dismissione dei cespiti e la riallocazione dell'azienda; va poi ricordato che una serie di ragioni strutturali ostano a operazioni di credito alle imprese in crisi: ridotto livello dimensionale delle aziende in crisi, tendenziale avversione al rischio del sistema bancario, già gravato da uno stock di *npl* non ancora smaltito[8], scarsa remuneratività delle operazioni a petto del rischio assunto, specie in assenza

ziamenti prededucibili di cui agli artt. 182 quater *e 182* quinquies *l.fall.*, in questa *Rivista*, 2016, 1105 ss.; D. Giordano, *Le anticipazioni bancarie nel concordato con continuità aziendale*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 65 ss.; M. Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in questa *Rivista*, 2016, 917 ss.; P. Beltrami, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 43 ss.; N. Baccetti, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. Società*, 2016, 635 ss.; A. Tullio, *Finanziamento all'impresa in crisi e merito creditizio: una performance impossibile?*, in *www.ilcaso.it*, 2016, 1 ss.

[7] Di fondamentale importanza sul tema sono anche le *Linee-Guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, II ed., 2015, predisposte dall'Università di Firenze, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e da Assonime. Lo sottolinea, tra gli altri, A. Guiotto, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2017, 10, 1063.

[8] Per un'analisi sulla genesi storica e sulla condizione presente dei crediti deteriorati tra diritto e mercato v., in luogo di altri, S. Leuzzi, *Considerazioni sui non performing loans*, in *InExecutivis*, 26 marzo 2018.

di chiare garanzie in ordine alla tenuta del beneficio della prededucibilità o, quanto meno, della non revocabilità dell'operazione nell'eventuale successivo fallimento, nonché di eventuali contestazioni circa l'usurarietà della stessa; *last but not least,* indeterminatezza ed aleatorietà dei piani, spesso fondati su una rappresentazione ottativa di flussi migliorati, pur in assenza di concrete misure, quali efficaci ristrutturazioni, cambio del managment, ecc.[9].

Il quadro è suscettibile di cambiamento alla luce delle attuali contingenze, posto che è verosimile intendano accedere a soluzioni di *restructuring* anche imprese non precedentemente afflitte da crisi finanziarie, ma colpite dallo shock economico conseguente alla pandemia.

Ribadito, ancora una volta, che i problemi di accesso a nuova finanza ineriscono essenzialmente piani di ristrutturazione o risanamento, non liquidatori, è possibile che facciano ricorso a tali strumenti anche soggetti, a differenza di quelli usualmente costituenti il *parterre* delle imprese in procedura, dotati di apprezzabile merito creditizio ancora un attimo prima della pandemia.

Come cennato, senza alcuna necessità di attendere la sempre più remota entrata in vigore del Codice della Crisi, la legge fallimentare già offre strumenti tecnicamente idonei all'approvvigionamento finanziario dell'impresa in crisi.

L'art. 182-*quinquies*, anzi, si spinge sino a prevedere l'autorizzabilità di

---

[9] Spunti si ad ampio spettro si rinvengono in S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale della crisi*, in *www.ilcaso.it*, I, 12 ottobre 2010, 21; P.F. Censoni, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, 377; R. Amatore, *Finanza esterna nel concordato preventivo*, in *Giustiziacivile.com*, 7 gennaio 2015, 3 ss.; G. Bozza, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fallimento*, 2009, 1442; G. D'Attorre, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fallimento*, 2017, 1015-1022; M. Fabiani, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 41 ss.; G. D'Attorre, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.* 2016, I, 39-63.

finanziamenti interinali, anche in assenza del piano o della proposta di accordo, con mera indicazione della destinazione dei finanziamenti, la specificazione di non essere in grado di reperire risorse altrove e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda[10].

Orbene, se finora tale norma è apparsa alquanto *naive*, poiché di là della narrazione utilizzata per premere sul tribunale al fine di vedersi accordata l'autorizzazione e la conseguente prededucibilità, risultava e risulta implausibile acquisire significative linee di finanziamento da parte di un soggetto che, professandosi nel contempo tecnicamente insolvente, non è in grado di offrire un piano nel quale inscrivere la finanza richiesta e dichiara di non essere neppure in grado di arrivare a proporlo in assenza di quella, domani essa può assumere una valenza effettiva ed ampia nella misura in cui sia richiesta da soggetti meritevoli di credito sino alla pandemia, la cui continuità sia stata messa in crisi solo dalla devastante congiuntura che ne è conseguita e il finanziatore, controgarantito dallo Stato grazie alle misure di cui al D.L. 23/2020, miri essenzialmente ad una copertura giudiziaria dell'operazione, onde evitare di essere successivamente chiamato a rispondere del dissesto o del suo aggravarsi.

È invero paradossale e non privo di una sua tragica ironia il fatto che, dopo decenni spesi ad interrogarsi su di un diritto della crisi e non solo dell'insolvenza, ad oltre un decennio dalla prima, "platonica" introduzione di strumenti normativi volti a finanziare l'impresa *distressed*, il vero banco di prova del finanziamento dell'impresa in procedura concorsuale sarà quello offerto a soggetti divenuti *ex abrupto* insolventi, per effetto di un inimmaginabile shock economico ed anche in assenza di pregresse tensioni finanziarie.

I meccanismi di allerta e di anticipata emersione della crisi, prima ancora di essere resi operativi, già divengono modernariato giuridico, poiché nel medio termine gli sforzi di sistema saranno concentrati a restituire vitalità

[10] Per una ricognizione delle ipotesi operative dell'istituto v. esemplificativamente F.P. Filocamo, *Sub art. 182-quinquies*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, 2624; A. Maffei Alberti, *Sub art. 182 quinquies*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1290 ss.

ad imprese tecnicamente fallite per ragioni squisitamente economiche, in assenza di infusioni finanziarie tali da assicurare loro un orizzonte di vitalità minima sino alla ripresa di una nuova normalità della dinamica domanda-offerta.

Il sistemico dissesto di imprese sane, travolte da una inusitata congiuntura, sgombra il campo dallo stigma della fallibilità ben più della protestata importazione di modelli culturali allogeni e della nominalistica rimozione lessicale della parola fallimento, aprendo i tribunali fallimentari, non più per stentorea proclamazione normativa, ma per insopprimibile esigenza della drammaticità del quadro economico, ad una nuova funzione: quella di offrire una cornice procedimentale (il più possibile agile) ed un luogo neutro in cui permettere a debitore e creditori di trovare soluzioni, vitali per l'uno come per gli altri, a scavallare l'ora più buia.

Ciò comporta un salto culturale per tutti gli attori, ma ha la sua precondizione nell'efficacia degli strumenti normativi e finanziari messi in campo dalla mano pubblica per fronteggiare tale emergenza.

Ancora in disparte, per ora, la riflessione su questi ultimi, è bene comprendere che qualunque offerta di liquidità possa essere messa in campo, essa non sarà sufficiente a coprire le esigenze di tutte le imprese in crisi, anche di quelle già insolventi – non poche – prima della pandemia o di quelle travolte per intrinseca fragilità, non legata allo shock esterno subito, posto che ad esse dovrà fare ricorso gran parte del sistema industriale, anche quello affatto interessato da esigenze di ristrutturazione; a solo titolo d'esempio, sia sufficiente ricordare che proprio in questi giorni è stata completata da parte di FCA la sindacazione di una nuova linea di credito sottoscritta il 25 marzo, dell'importo di 3,5 miliardi di euro, suscettibile di essere tirata in un'unica soluzione e della durata di un anno.

Quanto sopra, se dà il segno delle titaniche esigenze di liquidità che si stanno affacciando per il sistema imprenditoriale nel suo complesso, rende palese che difficilmente vi saranno risorse per sorreggere finanziariamente imprese già destinate a soluzioni concorsuali anteriormente alla pandemia.

Gli strumenti di finanziamento dell'impresa in crisi saranno bensì utili, ma per una platea di soggetti diversi da quelli tradizionalmente destinatari degli stessi, ovvero per imprese munite di un residuo merito creditizio anteriormente alla crisi sanitaria.

Ciò posto, va allora considerato che la valutazione da parte di *advisor*, attestatore, commissario giudiziale e, in ultima analisi, autorità giudiziaria

sarà ontologicamente diversa da quella sinora adottata, poiché non solo e non tanto intesa a strologare in chiave prospettica sui flussi attesi, in certa misura affatto preventivabili in assenza di attendibili previsioni sulla fine della pandemia, sulla sua durata, su probabilità ed entità di nuovi lock-down, ecc., ma diretta ad un'analisi diagnostica sui fondamentali economico-finanziari del debitore.

In altri termini, ciò che si è ricusato di fare nei confronti dei pazienti all'*acmè* dell'emergenza sanitaria – riservare le insufficienti risorse di terapia intensiva ai soggetti con maggiori chances di sopravvivenza – sarà inevitabilmente fatto con riguardo alle esigenze di finanziamento delle imprese cadute in crisi: la gravità delle "patologie pregresse" sarà esiziale.

Di qui l'esigenza, in chiave prospettica, di un intervento affatto organico, ma chiaro, puntuale e mirato sulla procedura di fallimento e di concordato fallimentare per assicurarne la massima semplificazione ed economicità (obiettivi affatto conseguiti dalla "liquidazione giudiziale" disciplinata dal Codice della Crisi), proprio per far fronte in modo efficace al numero di fallimenti di cui saranno investiti i tribunali, tanto più dopo la "ibernazione" delle istanze proposte o proponibili sino a giugno del corrente anno.

L'analisi più in chiave retrospettiva che prognostica del finanziamento, tesa ad una valutazione di sostenibilità del medio termine più che alla restituzione di redditività ad aziende già dissestate finanziariamente avrà tuttavia il beneficio di essere ancorata a dati certi, perché retrospettivi, anziché aleatori, siccome meramente prospettici.

In altri termini: se il futuro già prima della pandemia era difficile da prevedere, il merito di chi chiede di accedere a nuova finanza è invece ben più agevole da scrutinare.

4. Luci e ombre nella normazione emergenziale

Naturalmente tali operazioni difficilmente potrebbero essere condotte in assenza di misure emergenziali.

Il legislatore ha cercato di dare una prima risposta attraverso il d.l. 23 dell'8.4.2020, rispetto al quale, come sempre, possono intravedersi luci ed ombre, facendo affidamento che in sede di conversione la luce possa prevalere sull'oscurità.

In quest'ottica appare in primo luogo essenziale la previsione di cui

all'art. 6, volta alla sospensione sino al 31.12.2020 degli obblighi, *ex* art. 2446 e 2447 cod. civ., di riduzione del capitale per perdite e di riduzione del capitale al di sotto del minimo di legge, per le società *in bonis* sino al 31.12.2019.

Sulla stessa linea l'art. 7, che autorizza la società a redigere il bilancio con i criteri della continuità, anche in assenza – ad oggi – degli stessi, purché fossero presenti sino al 20.2.2020.

Tali previsioni sono essenziali ai fini che ci occupano, perché tali da legittimare operazioni di finanziamento ad ampio spettro in favore d'imprese attualmente prive delle condizioni per proseguire in continuità, poiché la continuità è presunta *ex lege*[11].

Con riguardo agli accordi di ristrutturazione e ai concordati in continuità esse assicurano la precondizione per l'autorizzabilità di finanziamenti in prededuzione.

Se la crisi può dirsi *in re ipsa* alla luce dell'emergenza sanitaria presente, come pure l'esigenza di finanziamento, poiché il tracollo simmetrico di domanda ed offerta si traduce immediatamente in un problema di cassa, la condizione di continuità *ope legis* autorizza la Banca ad accordare ed erogare tali finanziamenti come se la stessa ancora sussistesse e permanesse per la durata dell'operazione.

La valenza di tali norme è però ulteriore per rilievo e per ampiezza ove si consideri che la continuità presunta per legge dovrebbe valere al fine di escludere ogni responsabilità, civile e penale, per concessione abusiva di credito o concorso nel ricorso abusivo al credito, essendo il banchiere legittimato a finanziare un'impresa che *ex lege* viene presunta in condizione di continuità.

Tale effetto è rilevante anche al di fuori del perimetro dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione, valendo altresì per la finanza accordata nei piani attestati, per i quali, di contro, non rileva il beneficio della prededucibilità; è anzi da ritenere che sarà questo l'ambito di elezione del finanziamento dell'impresa in crisi, all'ombra della protezione assicurata dalla sospensione degli obblighi *corporate* ed in assenza dello *strepitus fo-*

[11] In tema v. M. Spiotta, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del Covid-19, in www.ilcaso.it,* 11 aprile 2020**;** M. Di Sarli, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del Coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020.

ri, in certa misura inevitabile in caso di procedura giudiziale

Con l'art. 8 del d.l. 23 si è altresì cercato di favorire il finanziamento domestico, da parte dei soci, mediante la disapplicazione sino al 31.12.2020 della regola della postergazione di cui all'art. 2467 e 2497-quinquies del c.c.

La norma è sicuramente opportuna, perché tale da contribuire al reperimento di risorse finanziarie all'interno della stessa compagine sociale, in tempi più rapidi ed oltre alle possibilità offerte dal finanziamento bancario, ma non è chiaro sino a qual punto la disapplicazione conduca, sia pur interinalmente, ad un diverso statuto del finanziamento da parte dei soci.

Due sono, essenzialmente, i punti non chiariti dalla norma e su cui occorrerebbe fare luce in sede di conversione: se il socio possa assicurarsi o meno ragioni di prelazione sui beni della società e se la restituzione del finanziamento sia comunque revocabile, tenuto conto, fra l'altro, che al cospetto del socio finanziatore la prova della *scientia decoctionis* può dirsi raggiunta *in re ipsa*.

Sin qui le opportunità offerte per le imprese non ancora in procedura, mentre altre sono per quelle già in procedura.

L'articolo 9 del d.l. 23/2020, in particolare, prevede che i termini per l'adempimento dei concordati e degli accordi di ristrutturazione già omologati e con scadenza tra febbraio 2020 e 31.12.2021 siano prorogati di sei mesi.

Nei procedimenti per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23.2.2020, è invece previsto che il debitore possa presentare, sino all'udienza per l'omologa, istanza al tribunale per la concessione di un termine superiore novanta giorni per il deposito di un nuovo piano, di una nuova proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione.

Il nuovo termine, così concesso, non è prorogabile ed esso non è concedibile se vi è già stato il voto contrario dei creditori.

La norma è chiara con riguardo alle procedure pendenti, poiché, sostanzialmente, offre la possibilità di una retrocessione del procedimento in funzione di modifica della proposta e, correttamente, inibisce tale facoltà nel caso di mancato accordo con i creditori.

Il problema maggiore è dato, invece, dalla previsione di cui al primo comma, relativo alla proroga di sei mesi per l'esecuzione del piano.

Di là della durata irrisoria del termine, il problema maggiore è legato al fatto che, con riguardo a piani in continuità, la durata del termine conduce

con sé al mutamento dei flussi, sicché non risolve in un mero slittamento dei termini di adempimento ma, tendenzialmente, in una modifica della proposta e dei livelli di soddisfacimento dei creditori.

Non solo; la modifica del termine in relazione a flussi ridotti o bloccati, in ragione della attuale situazione di *lockdown* e delle conseguenze che ancora esso condurrà dopo la sua cessazione potrà rendere necessario l'accesso a nuova finanza. In tal caso, tuttavia i finanziamenti non godrebbero della prededuzione, siccome non autorizzati in precedenza, trattandosi di concordato o accordo già in fase esecutiva.

Occorre, quindi, che in sede di conversione in legislatore integri la previsione espressamente consentendo la modifica del piano già eseguito, anche con un nuovo vaglio da parte dei creditori, in caso di modifica sostanziale della proposta.

Va detto che alla *vexata quaestio* della modifica post omologa di accordi e concordati anche il Codice della Crisi, pur nell'ampiezza della regolamentazione offerta, non dà risposte articolate e convincenti; potrebbe essere questa l'occasione per risolvere l'annoso problema della rinegoziazione di accordi e concordati rivelatisi economicamente infattibili.

Un ultimo cenno va fatto alla garanzia pubblica di cui all'art. 13 del d.l. 23/2020. Tale norma prevede, modificando una precedente previsione, la copertura con garanzia della SACE di finanziamenti erogati entro il 31.12.2020, di durata non superiore a sei anni e purché il finanziamento rientri in specifici parametri (percentuale del fatturato, costi del personale dell'impresa, ecc.) e con una percentuale massima garantita variabile secondo la dimensione dell'impresa.

Contro tale previsione si sono mosse diverse, non infondate critiche.

La prima, relativa al fatto che il finanziamento controgarantito dallo Stato è assicurato sulla base di parametri dimensionali che prescindono dalle conseguenze del *lockdown* sui flussi, ovviamente diverse a seconda delle categorie (pressoché totale per un tour operator, parziale o inesistente per una società della trasformazione o grande distribuzione della filiera alimentare); la seconda inerisce l'intestazione della posizione di credito direttamente alla banca, con la conseguenza che la misura finisce per salvaguardare più le banche che le imprese, oltre all'incertezza circa il rango privilegiato del credito bancario, a differenza dei crediti di Sace.

La principale questione riguarda però il limite alla garanzia offerta da Sace, che non può essere concessa per posizioni in sofferenza.

Ne segue che ad esse difficilmente potranno fare ricorso imprese in procedura o, è da ritenere, anche in esecuzione di concordato od accordo per il debito pregresso e ristrutturato, in corso di adempimento.

La scelta politica può essere legittima in ragione delle scarsissime probabilità di un *redressement* di società già oggetto di procedure di *restructuring*, ma è evidente che, in tal caso, la via di buona parte di concordati ed accordi di risanamento è definitivamente segnata e indirizzata al fallimento: è dunque opportuno che la scelta sia espressa ed inequivoca.

5. Conclusioni

In conclusione, si può ritenere che il finanziamento all'impresa in crisi, nel presente frangente, possa trovare uno spazio operativo mai avuto, ma proprio perché destinato a soggetti che in crisi od insolventi non sarebbero stati in assenza dello shock pandemico.

Gli strumenti attuali paiono più pragmatici di quelli offerti dal Codice della Crisi, ma solo ove messi a punto nella loro puntuale portata applicativa, al fine di non aggiungere alla crisi di liquidità, anche il marasma interpretativo, patologia pregressa del sistema, come noto esiziale in caso di affezione da Coronavirus.

La transazione fiscale d'emergenza

di Dino Piccagli – Dottore commercialista e revisore contabile

Sommario: **1.** Premessa – **2.** Il trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo in continuità aziendale – **3.** L'analisi puntuale del dettato normativo e la relazione dell'esperto – **4.** Gli scenari da confrontare per la falcidia: finanza endogena ed esogena. L'orientamento dell'Agenzia delle Entrate – **5.** Considerazioni sul trattamento dei c.d. "creditori strategici" – **6**. La procedura di certificazione dei crediti tributari – **7.** La valutazione della proposta di transazione da parte dell'Agenzia delle Entrate – **8.** Unicità del professionista attestatore – **9.** Conclusioni sulla "transazione fiscale" nel concordato preventivo in continuità aziendale – **10.** Cenni sul "trattamento dei crediti tributari e contributivi" negli accordi di ristrutturazione.

1. Premessa

Non vi è dubbio che l'emergenza da Covid-19 rappresenti un contesto assolutamente imprevedibile, senza precedenti e con ricadute pesantissime sul sistema economico e finanziario italiano ed internazionale.

Lo Stato, nel tentativo di restituire slancio alle imprese in molti casi costrette ad una chiusura forzata e prolungata ha predisposto una serie di misure molto importanti a sostegno dell'economia le ultime delle quali coordinate nel D.L. 8 aprile 2020 n. 23.

Ma se anche queste misure dovessero mostrarsi insufficienti o parzialmente efficaci, quali potranno essere gli strumenti a disposizione delle aziende in crisi per evitare il fallimento?

Ad avviso dello scrivente, al fine di garantire continuità a quelle aziende che, traguardavano con sufficiente serenità il 2020 e che, improvvisamente si sono trovate in "crisi da Covid-19", avranno un rilievo significativo i piani attestati (P.A.), gli accordi di ristrutturazione (A.D.R.) ed il concordato preventivo con continuità aziendale (C.P.C.).

Le norme che gli imprenditori in crisi si troveranno a dover applicare saranno quelle, conosciute, della attuale Legge fallimentare in quanto, l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, dato il contesto economico, è stata differita al 1 settembre 2021.

Nell'ambito della risoluzione della crisi d'impresa tramite concordato preventivo con continuità aziendale (art. 186 *bis*. l.fall.) e tramite A.D.R. (art. 182 *bis* l.fall.) già in data odierna, diviene molto importante cercare di definire correttamente i rapporti con il Fisco e con gli Enti previdenziali in quanto, i crediti tributari e contributivi, a causa della scarsa reattività degli enti gestori nell'attività di controllo, spesso assumono dimensioni assai rilevanti e percentualmente molto sensibili.

Questa tendenza non potrà che acuirsi nel contesto attuale, anche alla luce delle nuove norme previste per la sospensione (facoltativa) dei pagamenti fiscali e contributivi disposta dal D.L.8 aprile 2020 n. 23, in vigore dal 9 aprile 2020[1] al fine di contrastare la generalizzata e drammatica situazione di illiquidità attuale delle imprese e, futura, nel caso di una ripresa tiepida o sempre più ritardata dei ricavi di vendita.

Per questa ragione si cercherà in questa sede di definire, senza alcun presunzione di esaustività, alcuni degli aspetti caratteristici della c.d. "transazione fiscale" spesso decisiva per la riuscita di molti concordati ed accordi di ristrutturazione, evidenziando anche questioni ancora non univocamente risolte per permetterne una migliore fruizione ed un più semplice inqua-

[1] Il D.L. 8 aprile 2020 n. 23 ha disposto la sospensione dei versamenti fiscali e contributivi in scadenza ad aprile e maggio 2020 per i soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato con ricavi o compensi inferiori o superiori a 50 milioni di euro, a condizione di aver subito una diminuzione dei ricavi o dei compensi di almeno il 33% per i primi e del 50% per i secondi raffrontato con i corrispondenti mesi dell'anno 2019 relativi: alle ritenute alla fonte sui redditi di lavoro dipendente e assimilato e alle trattenute relative all'addizionale regionale e comunale, che i predetti soggetti operano in qualità di sostituti d'imposta; all'imposta sul valore aggiunto; ai contributi previdenziali e assistenziali, e ai premi per l'assicurazione obbligatoria.

dramento della procedura di risoluzione della crisi individuata, in conformità alle attuali disposizioni di legge ed ai più recenti orientamenti dell'Agenzia delle Entrate.

2. Il trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo in continuità aziendale

La disposizione di cui all'art. 182 *ter* l.fall., rubricata dal 1 gennaio 2017 "Trattamento dei crediti tributari e contributivi" (precedentemente "transazione fiscale", locuzione che ancora sopravvive nel riformato articolo, ai commi quinto e sesto) non rappresenta un istituto autonomamente utilizzabile ma vi può ricorrere l'imprenditore commerciale individuale o collettivo fallibile solo nei casi di concordato preventivo e A.D.R.

Il trattamento dei crediti tributari e contributivi è divenuto un istituto obbligatorio e non più facoltativo come nella previgente normativa, al quale occorrerà ricorrere in tutti i casi in cui vi siano crediti tributari o contributivi da soddisfare in via concordataria o tramite un A.D.R.

Costituiscono l'oggetto della transazione fiscale non tutti i tributi e contributi ma solo:

a) i tributi ed i relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali ed
b) i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e i relativi accessori.

Le Agenzie fiscali alle quali fa riferimento l'art. 182 *ter* l.fall. risultano essere:

- Agenzia delle Entrate
- Agenzia delle Dogane
- Agenzia del Demanio
- Agenzia del Territorio

Di conseguenza i tributi che possono rientrare nella proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi, sono, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- IRPEF (ritenute, addizionali, imposta sostit., ecc.) + accessori (sanzioni, interessi)
- IRES (IRPEG) + accessori (sanzioni, interessi)

- IRAP + accessori (sanzioni, interessi)
- IVA + accessori (sanzioni, interessi)[2]
- Imposta di registro, ipotecaria, catastale, di bollo, su successioni e donazioni, ecc. + accessori (sanzioni, interessi)

Con la locuzione "contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e i relativi accessori" si intendono i:

- Contributi INPS, INAIL, ENPALS + accessori (sanzioni, interessi)

3. L'analisi puntuale del dato normativo e la relazione dell'esperto

Al fine di poter falcidiare i debiti tributari e contributivi, come sopra precisato, è divenuto obbligatorio depositare, insieme alla proposta di trattamento, una relazione giurata redatta da un professionista (in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma 3 lett. d, l.fall.) attestante che la soddisfazione dei crediti tributari e contributivi privilegiati proposta dal debitore non sia inferiore al valore di mercato dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Il professionista attestatore dovrà quindi redigere una relazione di stima, del tutto analoga a quella richiesta dall'art. 160, comma 2, l.fall. per l'ipotesi di incapienza dell'attivo rispetto alla massa dei creditori muniti di una causa di prelazione dalla quale emerga, a seguito della comparazione tra il pagamento proposto con la domanda di concordato e la soddisfazione ricavabile dall'alternativa fallimentare, che la proposta concordataria sia maggiormente satisfattiva dei crediti tributari e contributivi. Il primo periodo del comma 1 dell'art. 182 *ter* l.fall., così recita:

"*Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali (…), se il piano ne prevede la soddisfazione in misura*

[2] Il problema della infalcidiabilità dell'IVA e delle ritenute è stato superato in senso positivo dalla Sent. Corte di Giustizia Europea del 07/04/2016, in *www.dirittoegiustizia.it*

non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d).

La norma in questione ammette quindi la falcidia nei limiti previsti, riferendosi chiaramente ai soli crediti assistiti da privilegio, mentre non prevede alcuna limitazione per la falcidiabilità e la dilazionabilità di pagamento dei crediti tributari e contributivi chirografari, se non quella derivante dal rispetto di quanto prescritto dall'art. 160, ultimo comma, l.fall. e di quanto stabilito nel secondo periodo del comma primo del citato art. 182 *ter* l.fall. che, a chiarimento, si riporta:

"Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole".

Al pari di quanto previsto per la generalità dei crediti privilegiati, la condizione per proporre il pagamento parziale (o dilazionato) dei crediti tributari e contributivi è costituita dall'oggettiva incapienza del valore di realizzo attribuibile ai beni o diritti su cui sussiste la causa di prelazione verificata e quantificata dal professionista attestatore.

All'esito di tale valutazione sarà dunque individuabile la quota di credito che potrà essere soddisfatta a seguito del realizzo dell'attivo e, per differenza, la quota residua degradata al chirografo la quale dovrà essere inserita in una apposita classe nella quale andranno a confluire anche i crediti tributari e contributivi "naturalmente" chirografi, come specificato dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 182 *ter* l.fall. che si riporta: *"Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe*".

4. Gli scenari da confrontare per la falcidia: finanza endogena ed esogena. L'orientamento dell'Agenzia delle Entrate.

L'aspetto più controverso che sino ad ora, ha limitato o reso meno fruibile l'istituto della "transazione fiscale" è rappresentato dalla considerazione sulla natura (finanza endogena od esogena) e sull'utilizzo (criterio di distribuzione) dei flussi di cassa che si generano in un concordato con continuità aziendale.

L'Agenzia delle Entrate si è espressa sul punto con la Circ. 23 luglio 2018 n. 16/E[3] precisando come l'attestatore, nel redigere la sua relazione, debba "*tenere conto anche del maggior apporto patrimoniale rappresentato dai flussi o dagli investimenti generati dalla eventuale continuità aziendale oppure ottenuto all'esito dell'attività liquidatoria gestita in sede concordataria, che non costituisce una risorsa economica nuova ma deve essere considerata finanza endogena, in quanto, ai sensi dell'art. 2740 c.c. l'imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni presenti e futuri*"

L'amministrazione finanziaria ha sempre difeso questo assunto confortata dall'indirizzo giurisprudenziale, pedissequamente invocato in ogni sede, per cui "*la prosecuzione dell'attività di impresa in sede concordataria non può comportare il venir meno della garanzia patrimoniale del debitore che risponde dei suoi debiti con tutti i beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.) non creando la prosecuzione dell'attività di impresa un patrimonio separato o riservato in favore di alcune categorie di creditori (anteriori o posteriori alla domanda di concordato). Ne pare consentito azzerare in sede concordataria il rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.) che è un corollario della responsabilità patrimoniale*"[4].

Secondo l'Agenzia delle Entrate quindi, nell'operare la comparazione, l'attestatore deve partire dalla determinazione di quanto ricavabile dalla liquidazione in ambito fallimentare ma a questo dato deve aggiungere il maggior apporto patrimoniale che deriva dall'esecuzione del concordato.

Da tale assunto discende che le risorse generate in continuità aziendale

---

[3] Circ. 23 luglio 2018 n. 16/E, in *www.agenziaentrate.gov.it*

[4] Trib. Milano 15 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*.

non possono essere utilizzate liberamente dalla società debitrice ma potranno essere utilizzate solo nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione e sino all'esaurimento delle pretese creditorie dell'Erario giacché non sarà possibile pagare i creditori chirografari sino a quando non siano stati tacitati i creditori di grado poziore.

Questo orientamento è stato oggetto di numerose critiche e molte sono state le decisioni in senso opposto[5] le quali hanno invece considerato le risorse originate dalla prosecuzione dell'attività di impresa, risorse esogene o esterne e, proprio per il fatto di non derivare dalla liquidazione dell'attivo patrimoniale esistente alla data di deposito della domanda di concordato, liberamente disponibili per il debitore ossia libere di poter essere utilizzate in sede concordataria senza dover rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione al pari di un apporto esterno al suo patrimonio.

A conforto di questa tesi sta il fatto che, se il professionista attestatore nella sua valutazione di convenienza dovesse tener conto anche dei flussi finanziari generati dalla continuità aziendale o comunque del maggior valore derivante dall'attuazione del piano concordatario in quanto finanza endogena, questo surplus dovrebbe essere destinato integralmente al soddisfacimento dei creditori privilegiati sino alla concorrenza del loro ammontare con la conseguenza che in caso di incapienza dell'attivo si renderebbe obbligatorio un apporto esterno di nuove risorse finanziarie per la soddisfazione dei creditori chirografari.

Ciò varrebbe affermare che, nel caso di ricorso alla transazione fiscale, che già di per sé sottende un attivo patrimoniale concordatario incapiente, la presenza di un apporto esterno diventerebbe una condizione di ammissibilità della proposta concordataria pur in assenza di una precisa disposizione di legge in tal senso.

A miglior specifica: non potendosi utilizzare i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività in quanto destinati ai creditori privilegiati, non residuerebbero risorse per soddisfare, nemmeno parzialmente, i creditori chirografari con l'assurdo che questi ultimi sarebbero quindi chiamati a votare una proposta che non prevede per loro alcuna percentuale di soddi-

[5] Si riportano fra le molte, Trib. Milano 3 novembre 2016, Trib. Treviso 16 novembre 2015, Trib. Rovereto 13 ottobre 2014, tutte in *www.ilcaso.it*.

sfazione e la medesima non potrebbe essere attuata anche nel caso di un trattamento dei crediti tributari e contributivi più favorevole rispetto all'alternativa fallimentare[6].

Rispetto a tale originaria posizione, per la verità sempre meno difendibile, l'Agenzia delle Entrate ha ultimamente mutato orientamento[7], e con documento interno, afferma finalmente che, nonostante non sia in discussione la natura "endogena" dei flussi di cui trattasi, di essi non va tenuto conto ai fini della comparazione con lo scenario fallimentare.

Questa precisazione è estremamente importante ed opportuna perché chiarisce senza lasciare spazi interpretativi i termini del problema.

Il professionista dovrà comparare il pagamento offerto con il soddisfacimento discendente dall'alternativa liquidazione fallimentare, senza tener conto di scenari non realizzabili in tale circostanza, qual è appunto quello della prosecuzione dell'attività attraverso modalità e interventi che sono attuabili solo nel concordato preventivo, e dunque senza considerare i flussi suscettibili di essere generati solo da tale attività.

L'Agenzia ha espresso inoltre parere favorevole all'adozione di una disciplina meno rigida circa la distribuzione ai creditori dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività aziendale sostenendo che il credito erariale può soffrire una compressione rispetto a quanto previsto in applicazione degli artt. 2740 e 2741 c.c. purché suddetto credito venga trattato meglio dei creditori privilegiati di rango inferiore e dei chirografari[8].

Questi mutati orientamenti devono essere colti in senso ampiamente positivo se si considera che, dall'entrata in vigore della riformata "transazione fiscale" (1 gennaio 2017) ed anche successivamente ai chiarimenti contenuti nella circolare n.16/2018, esistevano non poche perplessità legate

---

[6] In questo senso anche S. Morri, *La vexata quaestio del trattamento dei crediti tributari e la transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, 25 marzo 2020.

[7] Vedasi l'esaustivo elaborato di G. Andreani – A. Tubelli, in *Il Fisco*, n. 39/2019, 3741; *Id*, "*La transazione fiscale alla luce dei più recenti indirizzi dell'agenzia delle Entrate*", 25 settembre 2019, in *www.transazione-fiscale.it*

[8] Sul tema della vantaggiosità si veda anche l'importante lavoro di A. Di Falco-G. Rocca, *Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il codice della crisi e dell'insolvenza – I Quaderni n. 79* - S.A.F. - *www.odcec.mi.it*

alla corretta impostazione da attribuire ad un concordato in continuità soprattutto nei casi, peraltro frequenti, di un debito tributario e contributivo così elevato da non poter trascurare la volontà dell'Agenzia delle Entrate.

Il poter considerare i flussi prodotti dalla prosecuzione aziendale con maggiore libertà a patto che il Fisco venga trattato meglio dei creditori privilegiati di rango inferiore e dei chirografari ha risolto in maniera definitiva anche i dubbi interpretativi relativi al trattamento da riservare ai creditori strategici.

5. Considerazioni sul trattamento dei c.d. "creditori strategici"

Per quanto sino ad ora affermato, il soddisfacimento proposto per i crediti tributari privilegiati, in termini di percentuale, tempi di pagamento ed eventuali garanzie offerte, non può essere meno conveniente rispetto a quello proposto ai creditori del medesimo rango o di rango inferiore, mentre il soddisfacimento proposto per i crediti tributari aventi natura chirografaria, o degradati in chirografo, non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Questo aspetto è conciliabile con la previsione dell'art. 182 *quinquies*, comma 5, l.fall.?

L'art. 182 *quinquies*, comma 5, l. fall. consente al debitore di chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Il pagamento dei crediti anteriori viene autorizzato prescindendo dalla natura del credito (il più delle volte chirografaria) al solo fine di permettere la continuità nella fornitura di beni o servizi e quindi in deroga all'ordine delle cause di prelazione previste dalla legge.

Il dubbio lecito consisteva nel valutare, in assenza di una norma specifica, se tali pagamenti potessero costituire una violazione dell'obbligo di trattamento non deteriore dei crediti fiscali e contributivi.

In riferimento a tale aspetto, l'Agenzia delle Entrate ha confermato la legittimità della deroga del principio del divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari a favore dei "creditori strategici", in ragione della essenzialità del loro apporto alla gestione dell'impresa e della salvaguardia della sua prosecuzione. Chiaramente, l'essenzialità delle prestazioni rese dai creditori strategici, deve essere dimostrata in maniera oggettiva, precisa e tangibile nell'ambito della apposita relazione dell'esperto.

6. La procedura di certificazione dei crediti tributari

Il comma 2 dell'art. 182 *ter* l.fall. prevede che *"L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorchè non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonchè dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione"*.

La certificazione citata ha lo scopo di permettere la verifica dell'esatta quantificazione dei debiti tributari e contributivi e viene rilasciata, si ribadisce nella circolare n. 16/2018, senza pregiudizio dell'ulteriore attività accertatrice sempre possibile per l'Agenzia delle Entrate.

Nell'ambito del concordato preventivo, l'ammontare dei crediti tributari da certificare è quello esistente alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese[9].

La stessa regola vale anche in caso di presentazione della domanda "con riserva", prevista dal comma 6 dell'art. 161 l.fall., senza considerare eventua-

[9] L'art. 168 l. fall. comma 1 recita "*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*".

li debiti posteriori.

La procedura da seguire per tale definizione, che di seguito si cerca schematicamente di rappresentare, non è agevole e va condotta, *in primis* dall'advisor finanziario (interessato alla verifica del peso e dell'incidenza del voto dell'Agenzia delle Entrate rispetto al raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta concordataria) ed in seguito, dal professionista attestatore (interessato oltre che al riscontro del "peso", soprattutto alla espressione della convenienza della proposta transattiva rispetto al ricavabile dallo scenario fallimentare), verificando le seguenti fattispecie:

- debiti tributari e contributivi che sono già stati affidati dagli Enti al concessionario per la riscossione e sono già iscritti a ruolo;
- debiti tributari e contributivi che sono già stati affidati dagli Enti al concessionario per la riscossione e non sono ancora stati iscritti a ruolo;

Queste due fattispecie vengono riepilogate nell'estratto di ruolo richiedibile al concessionario per la riscossione,

- debiti tributari e contributivi ancora non affidati dagli Enti al concessionario per la riscossione;
- debiti tributari e contributivi non scaduti risultanti dalle dichiarazioni ancora non presentate e liquidate dagli uffici (per questa ragione, assieme alla proposta di transazione, occorre presentare all'Agenzia delle Entrate le dichiarazioni relative ai periodi di imposta i cui termini non risultano ancora scaduti e da accertare);
- debiti tributari e contributivi in contenzioso (emergono richiedendo il certificato dei carichi pendenti fiscali[10] all'Agenzia delle Entrate).

Se non vi è perfetta corrispondenza tra l'importo dei crediti dichiarato dal debitore e quello certificato dal Fisco è possibile integrare e rettificare la proposta.

[10] Il certificato carichi pendenti dell'Agenzia delle Entrate è un certificato di regolarità fiscale che attesta principalmente l'esistenza di eventuali contestazioni, sia in essere sia già definite con l'Agenzia delle Entrate, per le quali i debiti non sono stati soddisfatti.

Se il debitore non rettifica la proposta, l'Agenzia può agire in via ordinaria, come qualsiasi altro creditore[11], per l'accertamento del maggior credito rivendicato e, in caso di esclusione dal voto del suo credito per tale differenza, può opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato.

Nel caso sussistano crediti tributari in contestazione, la proposta dovrà prevedere lo stanziamento di un'apposita riserva a presidio del rischio di soccombenza.

In questa ipotesi[12], indipendentemente dal voto favorevole o contrario espresso dall'Amministrazione finanziaria, il trattamento del debito tributario (privilegiato o chirografario) proposto in sede di concordato va applicato all'ammontare risultante dalla pronuncia che definisce il giudizio relativo al credito contestato, in quanto i crediti in contenzioso rappresentano comunque crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura e vanno dunque soddisfatti secondo le regole del concorso.

7. La valutazione della proposta di transazione fiscale da parte dell'Agenzia delle Entrate

Sempre nella Circ. 16/E del 23/07/2018, è stato altresì chiarito che l'attestazione del professionista di cui all'art. 182 *ter* l. fall. non vincola l'Amministrazione Finanziaria ad esprimere un voto favorevole. l'Agenzia delle Entrate, analogamente agi altri creditori, potrà, infatti, votare negativamente, ma solo nel caso in cui i valori di liquidazione contenuti nella re-

[11] V. G. La Croce, *Crediti contenziosi, accantonamenti e fattibilità del piano di concordato*, in *Il Fallimento, 2019, 1, 56,* lavoro nel quale l'autore in premessa al commento della Sent. Cass. civ. Sez. I Ord., 13 giugno 2018, n. 15414 definisce il rapporto di specialità fra le norme del diritto tributario e del diritto fallimentare un rapporto di perfetta equipollenza, privo di reciproche interferenze: sulla determinazione dell'*an* e del *quantum* del credito erariale è il diritto tributario a dettare le regole, mentre il suo soddisfacimento concorsuale, nell'entità così determinata, avverrà esclusivamente secondo le regole del diritto fallimentare.

[12] Si rimanda al punto 5.1.5 della circolare n. 16/E/2018 – Il trattamento dei tributi oggetto di contenzioso -

lazione del professionista appaiano sottostimati oppure incompleti, o qualora il piano non appaia fattibile (insostenibile).

Per contro, qualora la richiesta di trattamento dei crediti tributari risulti completa, documentata e adeguatamente argomentata, l'Amministrazione finanziaria ancorchè non vincolata, nell'espressione del voto, si troverà con limitati margini di discrezionalità[13].

8. Unicità del professionista attestatore

L'Agenzia delle Entrate, nella circolare n.16/2018 ha inoltre, precisato come l'art. 182 *ter* l. fall. non impone che l'attestazione relativa al pagamento parziale dei debiti tributari sia redatta distintamente dalla relazione di cui all'art. 161, comma 3, l. fall. (attestazione della veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano), né da quella giurata di generale falcidia dei debiti privilegiati; il professionista può essere unico e, pertanto, predisporre un unico documento nel quale sia effettuato il confronto tra l'ipotesi concordataria e quella liquidatoria, e da cui emerga che la prima soddisfi l'Amministrazione Finanziaria in misura superiore alla seconda.

9. Conclusioni sulla transazione fiscale nel concordato preventivo in continuità aziendale

Si può pertanto concludere che, ai fini dell'approvazione della proposta di transazione fiscale formulata nell'ambito di un concordato preventivo in continuità:

- la comparazione, fra il soddisfacimento dei debiti fiscali offerto con la proposta di transazione fiscale e quello alternativamente conse-

[13] Vedasi G. Sgaravato – E. Sgaravato, *Brevi note in tema di transazione fiscale*, in *Dir. e Prat. Trib., 2019, 1, 378,* lavoro nel il quale viene commentata la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Roma n. 26135 del 2017 che accoglie il ricorso promosso dalla ricorrente avverso il provvedimento di diniego alla proposta di transazione fiscale avanzata all'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 182 *ter* l. fall., ritenendo non sufficientemente e genericamente motivato tale diniego.

guibile dal Fisco mediante la liquidazione del patrimonio dell'impresa, può essere eseguita senza far concorrere tali flussi alla formazione di detto patrimonio;

- è sufficiente prevedere un trattamento dei crediti fiscali più vantaggioso di quello destinato ai crediti privilegiati di grado inferiore e a quelli chirografari, purché sia al tempo stesso migliore rispetto al soddisfacimento che tali crediti riceverebbero mediante l'alternativa liquidazione;
- per i creditori strategici, in ragione della essenzialità del loro apporto alla gestione dell'impresa e della salvaguardia della continuità aziendale si può derogare al divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari se, inoppugnabilmente attestato;
- in caso di contenzioso tributario in essere, la proposta deve contenere riserve capienti per permettere il pagamento dell'importo che verrà definito in funzione delle previsioni di soddisfo relative alla natura del credito (credito tributario privilegiato o chirografario - defalcato o naturale – inserito in apposita classe);
- il parere dell'attestatore non vincola l'Agenzia delle Entrate nell'espressione del voto ma l'amministrazione finanziaria, nel caso di una attestazione irreprensibile ha limitati margini di discrezionalità e deve adeguatamente motivare l'eventuale diniego;
- l'attestatore può essere unico e redigere un unico documento diviso in più parti.

10. Cenni sul "trattamento dei crediti tributari e contributivi" negli accordi di ristrutturazione

L'intero impianto del trattamento dei crediti tributari e contributivi sino ad ora esposto è applicabile al concordato preventivo ed anche all'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* ma, in quest'ultimo caso, con qualche distinguo.

Nell'A.D.R. i creditori possono liberamente e singolarmente prevedere un trattamento dei loro crediti differenziato, indipendentemente da quello convenuto con il debitore dagli altri creditori, privilegiati di grado superiore o inferiore o chirografari che siano.

Restano comunque fermi anche in ipotesi di A.D.R.:

- il divieto di trattamento deteriore dell'erario;
- la necessità che il soddisfacimento dei crediti fiscali proposto sia più conveniente di quello discendente da qualsiasi altra soluzione concretamente praticabile[14]

e questo ultimo aspetto costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.

- Nell' A.D.R. la data di riferimento della certificazione dei crediti tributari è quella di presentazione della proposta di transazione fiscale, fatto salvo l'aggiornamento reso necessario dall'eventuale mancato pagamento di debiti tributari successivi.

Altra differenza non meno importante nel trattamento dei crediti tributari e contributivi fra C.P.C. e A.D.R. è costituita dal fatto che:

- Nel C.P.C., qualora gli enti votino negativamente o non votino, il concordato viene omologato in ogni caso se sono state raggiunte le maggioranze previste e la transazione fiscale contenuta in proposta assume piena efficacia.
- Nell'A.D.R. qualora gli enti non aderiscano o non esprimano la loro volontà rispetto alla proposta di transazione, nel caso in cui l'accordo raggiunga comunque la maggioranza del 60%, l'omologazione dell'accordo non riguarderà gli enti, con la conseguenza che la transazione fiscale contenuta non assumerà efficacia e gli enti dovranno essere pagati integralmente nei 120 giorni successivi all'omologa.

[14] Il perimetro dell'attestazione è, pertanto, più ampio di quello delineato per la transazione fiscale nel concordato preventivo. In buona sostanza, secondo la norma attuale, l'attestatore dovrà dimostrare di fatto tutte le alternative possibili con un relativo commento e dovrà spiegare come è arrivato alla conclusione della convenienza dimostrando, per tutte le ipotesi, l'impatto finanziario a favore dell'ente. L'art. 63 CCII (d.lgs. n. 14 del 2019) prevede, con decorrenza da quando entrerà in vigore, che l'alternativa da considerare sia costituita unicamente dalla liquidazione giudiziale dell'impresa debitrice.

LE IMPRESE MINORI: LE RINNOVATE OPPORTUNITÀ DELLA L. 27 GENNAIO 2012, N. 3

di Marco Bianchi - Dottore commercialista e Revisore legale

Sommario: **1.** Premessa – **2.** Ambito di applicazione della norma – **3.** Accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento – **4.** La liquidazione del patrimonio – **5.** Le procedure in corso di esecuzione – **6.** Conclusioni.

1. Premessa

A causa dell'emergenza Covid-19 molte piccole e medie imprese sono state costrette a cessare la propria attività sia per motivi di legge sia per motivi di reale crisi economica: basti pensare a tutte le imprese del comparto turistico e ricettivo o ai servizi ritenuti non essenziali. Il presente contributo vuole richiamare gli istituti a disposizione per le soluzioni di crisi da sovraindebitamento indicando i limiti e le modalità di applicazione della norma, suggerendone un utilizzo che consenta la prosecuzione dell'attività di impresa piuttosto che la mera liquidazione del patrimonio.

Tornando a rileggere le opportunità offerte alle piccole imprese dalla Legge 3/2012, considerato il rinvio dell'entrata in vigore del codice della crisi al 1 settembre 2021[1], si intendono evidenziare i requisiti per l'ammissione alle procedure disciplinate dalla norma per la soluzione delle crisi aziendali per i soggetti non fallibili e per gli imprenditori agricoli, con particolare at-

[1] Sul sovraindebitamento nel quadro del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza v. A. Crivelli, R. Fontana, S. Leuzzi, A. Napolitano e F. Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento*, Bologna, 2019.

tenzione agli istituti che consentano la prosecuzione dell'attività di impresa o la preservazione della integrità aziendale con successiva cessione del complesso aziendale Le procedure previste dalla Legge 3/2012[2], dettagliate e riviste sulla base all'evoluzione giurisprudenziale, sono di attualità nel periodo emergenziale[3].

L'esposizione si focalizza sull'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento e sulla liquidazione del patrimonio con continuità aziendale, perché queste sembrano essere le uniche possibilità offerte agli imprenditori "sottosoglia" per accedere ad una procedura concorsuale preservando almeno in parte la continuità aziendale.

2. Ambito di applicazione della norma

Solo al fine di consentire una lettura organica della norma pare opportuno ricordare quali siano i soggetti che possono usufruire delle procedure disciplinate dalla Legge 3/2012, in particolare si ricorda che gli unici soggetti esplicitamente normati sono: il consumatore, le imprese agricole e le start-

[2] Cospicua, tanto da non poterla inventariare per intero, la mole dei contributi sul tema. Di recente v: G. D'Attorre-F. Fimmanò, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, 2017. Tra gli altri v.: M. Fabiani, *Crescita economica e crisi da sovraindebitamento*, in *Corriere Giur.*, 2012, 4, 449; A. Pisani Massamormile (a cura di), *La crisi del soggetto non fallibile*, Torino, 2016; A. Caiafa e M. Vaglio (a cura di), *La risoluzione delle crisi da sovraindebitamento*, Roma, 2015; S. Bonfatti, *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in Bonfatti e Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, 33; C. Costa, *Profili problematici della disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. falL.*, 2014, I, 663; S. De Matteis e N. Graziano, *Crisi da sovraindebitamento ovvero il fallimento del consumatore*, Rimini, 2015; F. Di Marzio, F. Macario e G. Terranova, *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013;.

[3] Per una recente ricognizione a largo spettro della giurisprudenza in tema di sovraindebitamento v. R. Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, in *Fallimento*, 2018, 2, 233.

up innovative.[4]

Occorre quindi ricorrere ad un'individuazione delle imprese soggette alla legge fallimentare per individuare di conseguenze quelle che possono accedere alla Legge 3/2012. In particolare si richiama l'art. 1 L.falL. che prevede che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale (ad esclusione degli enti pubblici), i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessi-

[4] All'art. 6 della Legge 3/2012 in particolare si legge: "*Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dalla presente sezione. Con le medesime finalità, il consumatore può anche proporre un piano fondato sulle previsioni di cui all'articolo 7, comma 1, ed avente il contenuto di cui all'articolo 8.*"

Mentre all'art. 7 comma 2-bis è indicato l'imprenditore agricolo: "*Ferma l'applicazione del comma 2, lettere b), c) e d), l'imprenditore agricolo in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di composizione della crisi secondo le disposizioni della presente sezione.*" Si ricorda però che l'imprenditore agricolo può anche beneficiare, ai sensi della legge n. 111/2011, degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis di cui alla legge fallimentare e della transazione fiscale di all'art. 182 ter sempre della legge fallimentare.

Infine, l'art. 31, comma 1, del Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. Decreto Crescita 2.0), convertito nella Legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha stabilito che "*la start-up innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste al Capo II della Legge 27 gennaio 2012, n. 3*". Le start-up innovative, pertanto, non sono soggette alle procedure concorsuali, quali il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa, bensì è previsto il loro assoggettamento, in via esclusiva, ai procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio.

vo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Verificata l'assoggettabilità o meno alla legge fallimentare, resta da individuare quali siano i soggetti che possono accedere alla norma sul sovraindebitamento. Per questo può essere d'aiuto una prima disamina effettuata nelle "Linee Guida sulla crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 27 gennaio 2012 e successive modifiche e integrazioni" a cura della Commissione Crisi da Sovraindebitamento - Area Procedure Concorsuali del Consiglio Nazione dei dottori commercialisti[5]. Tale guida individua, infatti, alcuni soggetti, che potrebbero accedere ai benefici della normativa in questione. Tra questi rientra sicuramente l'imprenditore commerciale sottosoglia, cioè che non raggiunge i limiti indicati dal già richiamato art. 1 L.F. purché sia in grado egli stesso di dimostrare il mancato raggiungimento dei limiti dimensionali imposti dalla norma di legge. Può ricorrere alla Legge 3/2012 l'imprenditore commerciale sopra soglia che si sia cancellato dal registro imprese da oltre un anno (ovviamente non la società cancellata in quanto la cancellazione implica l'estinzione del soggetto). Sono sicuramente assoggettabili alle procedure da sovraindebitamento i professionisti, gli artisti e gli altri lavoratori autonomi ontologicamente sottratti all'area della fallibilità. Anche per le società tra professionisti, esercitando solo ed esclusivamente un'attività strettamente professionale, si dovrebbe concludere per la loro non assoggettabilità alle procedure concorsuali e, per converso, la possibilità di accedere agli istituti di cui alla Legge 3/2012. Si ritiene che anche le associazioni professionali possano accedere alle procedure di sovraindebitamento. Figure sempre più diffuse nella nostra realtà economica sono poi gli enti no-profit, che non sono assoggettabili alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare, e quindi assoggettabili alle procedure di sovraindebitamento.

[5] Reperibile in *www.commercialisti.it*

3. Accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento

Vanno innanzitutto enucleati i requisiti per l'ammissione dell'accordo di composizione della crisi, che è la procedura più indicata per risolvere situazioni di crisi da sovraindebitamento per attività d'impresa di piccole dimensioni o per le attività agricole, anche nel caso in cui la crisi derivi da cause legate all'emergenza sanitaria in corso.

Quanto ai presupposti di ammissibilità della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, l'art. 7 della L. 3/2012 stabilisce che l'accordo è proposto dal debitore con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi e deve assicurare il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili, ai sensi dell'articolo 545 c.p.c. e delle altre disposizioni contenute in leggi speciali.

L'accordo di composizione per poter essere ammesso deve prevedere scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, ed indicare le eventuali garanzie rilasciate per il pagamento dei debiti nonché le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni.

La norma è stata oggetto di un intervento della Corte costituzionale nella parte in cui prevedeva l'integrale soddisfazione dei crediti derivanti da tributi che costituiscono risorse proprie dell'Unione Europea, crediti derivanti dall'imposta sul valore aggiunto, ritenute operate e non versate, potendo al massimo dilazionare il relativo pagamento. La Corte costituzionale ha infatti stabilito che è costituzionalmente illegittimo l'art. 7, comma 1, terzo periodo, della Legge 3/2012, limitatamente alle parole: «all'imposta sul valore aggiunto»[6].

L'accordo di composizione della crisi può inoltre prevedere la non integrale soddisfazione dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché sia assicurato il pagamento del credito in misura non inferiore a quella che si presume realizzabile a seguito di liquidazione del patrimonio, tale valutazione deve essere effettuata dagli organismi di composizione della crisi ed attestata dallo stesso gestore.

L'accordo può infine prevedere che il patrimonio del debitore sia affida-

[6] Corte Cost., 29 Ottobre 2019, n. 245, in *www.ilcaso.it*

to ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti previsti per il curatore fallimentare. Il gestore deve essere nominato dal giudice.

Altri requisiti previsti dalla norma per l'ammissione della procedura vengono richiamati sempre dall'art. 7 L. 3/2012 al comma 2. In particolare, si ricorda che la proposta di accordo è inammissibile quando il debitore ha fatto ricorso, nei precedenti 5 anni, alle procedure per la composizione delle crisi da sovraindebitamento, intendendosi l'inciso "aver fatto ricorso" riferito all'avvenuta effettiva fruizione dell'istituto nei suoi effetti esdebitatori.

Il soggetto richiedente inoltre non deve aver subito per cause a lui imputabili la risoluzione, la revoca e la cessazione dell'omologazione di un precedente accordo, e non deve aver fornito una documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale.

Il contenuto dell'accordo è definito dall'art. 8 della legge. L'accordo deve essere formulato in modo da consentire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti mediante «qualsiasi forma», eventualmente anche attraverso la cessione di crediti futuri[7]. Se i beni e i redditi del debitore non sono tali da garantire tale risultato, egli potrà ricorrere ad uno o più garanti, che dovranno sottoscrivere a loro volta la proposta di accordo e consentire il conferimento, anche parziale, di redditi o beni sufficienti per l'attuabilità dell'accordo medesimo.

È utile a questo punto un richiamo a quanto stabilito dall'art. 8 del Decreto Liquidità[8]. Infatti, tale norma, con l'esigenza di incentivare i canali necessari per assicurare un adeguato rifinanziamento delle imprese, inserisce una disposizione temporanea in materia di finanziamenti alle società disattivando il meccanismo di postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento sino alla data del 31 dicembre 2020. Di tale norma si dovrà pertanto tener conto nella redazione degli accordi, prevedendo per i finanziamenti soci del periodo indica-

[7] V. in tema F. Michelotti, *La costruzione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento,* in *Fallimento*, 2019, 6, 811.

[8] D.L. 8 aprile 2020, n. 23.

to la loro ammissione come crediti chirografari e non come crediti postergati.

Nella proposta di accordo il debitore potrà impegnarsi a non indebitarsi ulteriormente mediante credito al consumo, utilizzo di carte di credito, sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari. Alla luce delle diverse norme disseminate nel Decreto Cura Italia[9] e nel Decreto Liquidità il debitore potrà far ricorso a rifinanziamenti garantiti dallo Stato per poter costruire accordi di composizione della crisi con i propri creditori.

La L. 3/2012 prevede inoltre la possibilità di una moratoria di un anno dall'omologazione dell'accordo con continuazione dell'attività aziendale per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, «salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione»[10]. Tale norma ha dato diversi problemi interpretativi, tant'è che la Cassazione è intervenuta più volte precisando che negli accordi di ristrutturazione dei debiti, è possibile prevedere la dilazione del pagamento dei crediti prelatizi anche oltre il termine di un anno dall'omologazione previsto dall'art. 8, comma 4, della legge n. 3 del 2012, ed al di là delle fattispecie di continuità aziendale, purché si attribuisca ai titolari di tali crediti il diritto di voto a fronte della perdita economica conseguente al ritardo con cui vengono corrisposte le somme ad essi spettanti.[11] Anche altra Cassazione, richiamata dalla precedente, stabilisce che il principio in base al quale nel concordato preventivo è possibile proporre la dilazione del pagamento dei creditori privilegiati o con prelazione, equiparandoli, ai fini del voto, ai chirografari per la perdita derivante dalla dilazione e dunque per la parte del credito in tal modo non interamente soddisfatta, è applicabile agli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento.[12]

L'art. 9 della L. 3/2012 disciplina poi il deposito della proposta presso il tribunale del luogo in cui ha la residenza, o la sede, il debitore. La disposi-

---

[9] D.L. 17 marzo 2020, n. 18

[10] Sul tema della moratoria v. F. Rolfi, *Sovraindebitamento e "moratoria" ultrannuale dei privilegiati tra regole attuali e future*, in *Fallimento*, 2020, 2, 215.

[11] Cass. 28 Ottobre 2019, n. 27544, su *www.ilcaso.it*

[12] Cass.3 Luglio 2019, n. 17834, in *www.ilcaso.it*

zione precisa che la proposta dovrà contenere la ricostruzione della posizione fiscale del debitore e l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti. Alla proposta dovrà inoltre essere allegata la seguente documentazione: l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute; l'elenco dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni; le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; l'attestazione delle fattibilità del piano; l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia. Se il debitore svolge un'attività d'impresa, dovrà depositare anche le scritture contabili degli ultimi tre esercizi.

Tralasciando l'*iter* procedurale previsto dall'art. 10 Legge 3/2012, preme qui evidenziare che l'accordo con i creditori si considera raggiunto solo se la percentuale di creditori favorevoli è superiore al 60%. Non vengono computati ai fini della percentuale stessa quei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca nei confronti dei quali la proposta preveda l'integrale pagamento. Essi non possono pronunciarsi sulla proposta a meno che non rinuncino al diritto di prelazione. Inoltre, non possono pronunciarsi sulla proposta, né sono computati ai fini della determinazione della maggioranza, il coniuge del debitore, i parenti e gli affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno al momento della proposta.

Il termine temporale entro cui i creditori devono fare pervenire all'organismo di composizione della crisi il proprio consenso, è determinato in dieci giorni prima dell'udienza fissata dal giudice. In mancanza di tale comunicazione si ritiene che i creditori abbiano prestato il proprio consenso alla proposta (silenzio-assenso).

Una volta raggiunto l'accordo, questo perde efficacia nei seguenti casi: mancato pagamento entro novanta giorni dalle scadenze previste alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; presenza di atti diretti a frodare i creditori.

L'art. 12 stabilisce che, ove l'accordo sia stato raggiunto, l'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento delle percentuali fissate dall'articolo 11, nonché il testo dell'accordo. Entro dieci giorni al ricevimento della relazione i creditori possono contestare l'accordo; decorso tale termine, l'organismo di composizione invia al giudice la stessa relazione, allegando l'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano e le contestazioni ricevute. Se la prescrit-

ta maggioranza è raggiunta - e se le modalità dell'accordo sono ritenute idonee a soddisfare i crediti impignorabili - il giudice procede all'omologazione dell'accordo e ne dispone la pubblicazione. Se il creditore escluso o che non ha aderito, nonché qualsiasi altro interessato, contesta la convenienza dell'accordo, si può procedere all'omologazione qualora il giudice ritenga che il relativo credito possa essere soddisfatto in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria prevista dalla sezione seconda. L'omologazione deve intervenire entro sei mesi dalla presentazione della proposta.

L'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 10 Legge 3/2012. I creditori con causa o titolo posteriore possono aggredire solo i beni del debitore che non costituiscono oggetto del piano. Tali effetti vengono meno in caso di risoluzione o mancato pagamento di crediti impignorabili e, secondo la modifica, di mancato pagamento di tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, di ritenute operate e non versate. L'accertamento del mancato pagamento è richiesto al tribunale che si pronuncia in camera di consiglio.

Per quanto concerne l'esecuzione dell'accordo, l'art. 13 prevede l'intervento del Giudice investito della procedura solo in ordine alle contestazioni relative alla violazione di diritti soggettivi, nonché sulla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi. Il giudice inoltre autorizza lo svincolo delle somme, la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione e di ogni altro vincolo, sentito il liquidatore e previa verifica di conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano.

Al comma 4-*bis* dello stesso articolo si prevede che i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti dell'accordo siano soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. Tale norma ha suscitato un dibattitto sia in dottrina che in giurisprudenza sulla possibilità di antergare i crediti prededucibili ai crediti ipotecari e derivanti da pegno.

Quando l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, è consentita una modifica della proposta. Tale richiamo della norma appare particolarmente prezioso in questo periodo emergenziale, dove per effetto del *lockdown* molti debitori potrebbero tro-

varsi nell'impossibilità di regolarmente proseguire nell'esecuzione dell'accordo precedentemente omologato. A tal proposito si rinvia ad una recente sentenza del Tribunale di Mantova che, a proposito di un piano del consumatore, stabilisce che per effetto del richiamo contenuto nel comma 4-ter dell'art. 13 alle disposizioni di cui al paragrafo 3 della sezione, vada disposta la comparizione delle parti affinché le stesse e, in particolare i creditori, possano interloquire al riguardo[13]. Allo stesso modo ritiene chi scrive che per un accordo vada concessa, ai creditori, la possibilità di votare la modifica della proposta.

La cessazione degli effetti dell'accordo è disciplinata dall'art. 14 che stabilisce che il tribunale agisce in tal senso, su istanza di qualsiasi creditore, nell'ipotesi in cui sia stato dolosamente "o con colpa grave", aumentato o diminuito il passivo, ovvero sia stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo, ovvero siano simulate dolosamente attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento. Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, non oltre due anni dall'ultimo adempimento previsto.

La risoluzione dell'accordo può aversi invece, previo ricorso di un creditore al tribunale, quando il proponente non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo; oppure non vengono costituite le garanzie promesse; o infine l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore. Il ricorso per la risoluzione deve essere presentato entro sei mesi dalla scoperta o entro il termine perentorio di un anno dalla data dell'ultimo adempimento previsto dall'accordo. La risoluzione non pregiudica comunque i diritti acquisiti da terzi in buona fede.

[13] Trib. Mantova 3 Febbraio 2020, in *www.ilcaso.it*

4. La liquidazione del patrimonio

Procedura alternativa all'accordo di composizione della crisi è la liquidazione del patrimonio, prevista dagli articoli 14-*ter* e seguenti della L. 3/2012[14].

Tralasciando per brevità l'analisi della normativa relativa alla procedura di liquidazione del patrimonio preme qui sottolineare due caratteristiche della stessa procedura: la conversione prevista dall'art. 14 della L. 3/2012 e la liquidazione del patrimonio con continuazione dell'attività d'impresa come prevista da qualche statuizione giurisprudenziale più recente.

Infatti, solo in questi due casi è possibile preservare almeno in parte la continuità aziendale nell'ambito di una procedura di liquidazione del patrimonio.

Nulla vieta che il liquidatore preveda nelle modalità di vendita del patrimonio prima dei tentativi di vendita del complesso aziendale e poi la vendita atomistica dei beni, anche se l'attività nel frattempo si è interrotta magari per effetto del già citato fenomeno del *lockdown*. Questo non preserverebbe la continuità aziendale ma quanto meno consentirebbe la non dispersione del patrimonio aziendale: si pensi per esempio agli esercizi commerciali quali bar, ristoranti o alberghi, forzatamente chiusi per l'emergenza in corso, ma che nell'ambito di una procedura di liquidazione del patrimnio potrebbero essere acquisiti come complessi aziendali (ad esempio: contratto di locazione dell'immobili unitamente ai contratti di lavoro ed ai beni mobili presenti all'interno dell'immobile aziendale). Si ricorda l'orientamento giurisprudenziale per cui non sia possibile accedere alla liquidazione del patrimonio se non vi sia un patrimonio da liquidare, il patrimonio potrà sicuramente coincidere con l'azienda nel suo complesso o con singoli beni e differenti rami aziendali.

Mentre la liquidazione del patrimonio con continuazione dell'attività di impresa sembra l'unica strada percorribile per non perdere definitivamente l'attività di impresa all'interno di una procedura di liquidazione del patrimonio. L'attività può essere proseguita per il periodo dei quattro anni mi-

[14] In tema v., in luogo di molti, S. Leuzzi, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati fra presente e futuro*, in *www.ilcaso.it*

nimi previsti di durata della procedura, con possibilità di cessione dell'azienda anziché dei singoli beni in modo atomistico.

L'opportunità offerta dall'interpretazione giurisprudenziale consente una procedura simile all'esercizio provvisorio nella procedura di fallimento. Si richiama un recente provvedimento di ammissione di una procedura di liquidazione del patrimonio del Tribunale d Mantova che stabilisce che nell'ambito del procedimento per liquidazione del patrimonio deve ritenersi consentito, ai sensi dell'art. 14 quinquies lett. e), l'esercizio provvisorio dell'impresa allorquando dalla sua interruzione possa derivare un danno grave ed esclusivamente con riferimento alla prosecuzione dell'ordinaria attività in essere, con divieto di intraprendere nuovi affari e/o operazioni[15].

Altra particolarità della procedura di liquidazione che qui preme sottolineare è la possibilità della conversione di un accordo di composizione della crisi in liquidazione del patrimonio. Prevede infatti l'articolo 14 quater che il giudice, su istanza del debitore o di uno dei creditori, possa disporre la conversione della procedura di composizione della crisi di cui alla sezione prima in quella di liquidazione del patrimonio nell'ipotesi di annullamento dell'accordo dell'articolo 14-bis, comma 2, lettera a). La conversione è altresì disposta nei casi di cui agli articoli 11, comma 5, e 14-bis, comma 1, nonché di risoluzione dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 2, lettera b), ove determinati da cause imputabili al debitore.

Si richiama qui l'interpretazione estensiva della norma secondo la quale il Tribunale di Mantova[16] ha ritenuto di convertire un accordo di composizione della crisi nel quale non era stato possibile raggiungere la maggioranza prevista dall'art. 11 comma 2 ritenendo che il legislatore abbia voluto regolare la liquidazione come *extrema ratio* nei casi in cui non sia possibile perfezionare le altre forme di composizione della crisi da sovraindebitamento previste dalla sezione I del capo II della citata legge, quali l'accordo con i creditori o il piano del consumatore.[17]

---

[15] Tribunale Mantova, 17 Settembre 2019, est.Bernardi, in *www.ilcaso.it*

[16] Trib. Mantova 29 ottobre 2018, in *www.ilcaso.it.*

[17] Trib. Mantova 29 ottobre 2018, *cit.*

5. Le procedure in corso di esecuzione

Un ultimo aspetto marginalmente affrontato che preme qui richiamare riguarda le procedure di composizione della crisi (accordo o piano del consumatore) che siano in corso di esecuzione in questo particolare momento storico di emergenza sanitaria. In particolare, si rimanda alla lettura del documento della Fondazione Nazionale Commercialisti dal titolo "Emergenza Covid-19: prime indicazioni operative per la gestione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento" dal quale è possibile ricavare alcune preziose indicazioni sui comportamenti suggeriti per le procedure in corso di esecuzione. Il suggerimento proposto dal documento è quello di richiedere al Giudice la sospensione dell'esecuzione degli accordi o dei piani omologati, ma altresì ad accordare al debitore la possibilità di modificare gli stessi, anche successivamente all'omologazione, al fine di agevolarne l'esecuzione e di semplificare, quanto più possibile, la prosecuzione dei procedimenti pendenti. A tal fin il documento allega anche i modelli che gli organismi di composizione della crisi, e per essi i gestori, possono utilizzare per le relative istanze.[18]

6. Conclusioni

Abbiamo ripercorso la normativa dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento e alcuni casi particolari della liquidazione del patrimonio, procedure concorsuali previste dalla Legge 3/2012 a disposizione delle imprese minori.

Abbiamo visto come la giurisprudenza consenta di applicare in modo estensivo la normativa e di poter pensare a piani di ristrutturazione dei debiti anche su archi temporali di 5-7 anni, non solo dei debiti chirografari ma anche privilegiati. Attenendosi alla lettura più restrittiva della norma, alcuni Tribunali non consentono l'applicazione analogica della lettura estensiva data dalla Suprema Corte per i concordati preventivi, applicando quindi il diritto di voto ai creditori privilegiati pagati oltre l'anno.

[18] *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*

L'emergenza sanitaria da Covid-19, con gli strumenti attualmente a disposizione degli imprenditori, consentirebbe di superare l'ostacolo dell'interpretazione restrittiva costruendo un accordo dopo aver ottenuto, attraverso la garanzia statale, un finanziamento per la riattivazione della propria attività. In tal modo, l'accordo di composizione della crisi legato alla concessione di uno dei finanziamenti previsti dalla decretazione emergenziale per le aziende, nel regime legislativo della Legge 3/2012, può supportare la continuazione dell'attività di impresa ed in via residuale la preservazione del patrimonio aziendale nel suo complesso, consentendo al debitore di accedere all'esdebitazione e quindi alla ristrutturazione del debito accumulato per effetto della mancanza di ricavi nel periodo di chiusura forzosa[19].

[19] Sull'istituto dell'esdebitazione, per un panoramica recente, v. S. Pagliantini, *L'esdebitazione tra normativa vigente e Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (D.lgs. n. 14/19), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 3, 684.

CONTRATTI PRIVATISTICI A SUPPORTO DI PIANI ATTESTATI E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

di Pierpaolo Barosi – Notaio

Sommario: **1.** Premessa – **2.** Divieto di patto commissorio e limiti del patto marciano – **3.** Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato – **4.** Pegno mobiliare non possessorio – **5.** Partecipazione al capitale e strumenti finanziari partecipativi: la PMI s.r.l. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa

Gli effetti economici negativi che conseguiranno ad un evento imprevedibile andranno affrontati anche adottando strumenti giuridici diversi da quelli previsti in una "ordinaria" risoluzione della crisi.

In tale visione, verranno illustrati particolari schemi giuridici, sino ad oggi di limitata applicazione, che tuttavia potrebbero costituire il collante tra le diverse esigenze dei creditori e dell'imprenditore, assicurando nel contempo la continuità dell'impresa.

La finalità di questo contributo è di fungere da stimolo a valutare ulteriori modalità dirette ad una risoluzione negoziata della crisi, non esclusivamente di natura liquidatoria, con un concorso (non un conflitto) di interessi tra l'imprenditore ed il creditore.

Al verificarsi quantomeno dello stato di crisi, l'impresa che comunque mantenga i presupposti per la continuità aziendale dovrà valutare l'adozione di idonei strumenti di risoluzione, anche in conformità al dispo-

sto di cui all'art. 2086 c.c.[1].

La peculiare situazione economica e la percezione delle relative conseguenze imporranno uno sforzo imponente finalizzato all'adozione di accordi di natura stragiudiziale, ma per conseguire il risanamento aziendale, garantendo ai creditori l'esecuzione degli impegni o degli accordi assunti, l'impresa dovrà certamente valutare il ricorso al c.d. "piano attestato" (art. 67 comma 3 lettera d) l.fall. - art. 56 C.C.I.I.) ovvero agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* e ss. l.fall. - art. 57 e ss. C.C.I.I.), adottando tipologie negoziali non esclusivamente di natura liquidatoria.

Nella valutazione degli strumenti a supporto del piano o degli accordi l'aspetto economico avrà certamente un ruolo essenziale, tuttavia i terzi potranno concedere ulteriori crediti o rinegoziare obbligazioni pregresse solo a fronte di strumenti giuridici in grado di circoscrivere gli effetti negativi delle procedure esecutive.

Pertanto, oltre a prevedere strumenti giuridici "statici" (destinati esclusivamente a governare l'ordinaria garanzia del credito), gli operatori dovranno valutare anche ulteriori strumenti, che consentano una maggior celerità nel soddisfacimento del debito inadempiuto oppure la trasformazione del credito in capitale di rischio.

I relativi atti a supporto dovranno contemperare plurimi ed eterogenei interessi:

- dell'imprenditore, a mantenere la titolarità e la gestione dell'impresa, salva l'eventuale dismissione di beni non strategici;
- del creditore, a conseguire migliori prospettive di recupero del credito rispetto all'alveo proprio delle procedure esecutive, perlomeno in ordine a tempi ed importi di effettivo realizzo;
- dell'imprenditore e del creditore, a risanare l'azienda, confidando sul maggior valore conseguibile a seguito di una gestione "comune" nel breve-medio periodo.

---

[1] Sulla predisposizione di assetti organizzativi adeguati alla pronta rilevazione della crisi v., tra le più recenti riflessioni N. Abriani e A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.; S. Leuzzi, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2019.

Il c.d. "piano attestato di risanamento" (art. 67 comma 6 l.fall. - art. 56 C.C.I.I.) e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* e ss. l.fall. - art. 57 e ss. C.C.I.I.), costituiscono due figure eccentriche nell'ambito sia del diritto fallimentare tuttora vigente, sia del (futuro e procrastinato) Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza. A caratterizzarle, infatti, sono: da un lato, la mancanza sia dello spossessamento dell'imprenditore nella titolarità dell'azienda e nella gestione dell'impresa sia della nomina di organi di procedura; dall'altro, la deroga al principio della *par condicio creditorum*; da un ultimo lato, infine, la sussistenza di una finalità prevalente non liquidatoria e mirata alla continuità aziendale.

Tali elementi incideranno anche sulla determinazione del contenuto dei contratti a supporto in relazione. Ciò accadrà su quattro versanti: 1) con riferimento alle modalità di accertamento e valutazione degli "adempimenti" del programma del piano attestato o degli accordi di ristrutturazione dei debiti; 2) con riguardo ai criteri di adeguamento ad eventuali modifiche anche migliorative nell'esecuzione; 3) in relazione alla conseguente modifica dei patti, con esclusione di effetti novativi e sempre in esecuzione del programma medesimo; 4) in rapporto all'eventuale inadempimento delle parti, rispetto agli obblighi assunti in relazione al piano attestato o contenuti negli accordi di ristrutturazione, ritenendosi opportuno predisporre atti negoziali idonei a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

Su questa cornice, il presente contributo non affronterà tipologie contrattuali già in uso nella prassi, orientate alla continuità aziendale con un nuovo soggetto, né si soffermerà sugli strumenti segregativi del pari diffusi (atti di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. o *trust*): verranno abbozzati e proposti ulteriori schemi negoziali, da conformare ad ogni particolare esigenza e che potranno coesistere con le tradizionali tipologie negoziali, illustrandone sinteticamente le peculiarità.

2. Divieto di patto commissorio e limiti del patto marciano

Nella concessione di un finanziamento, la principale preoccupazione per il creditore deriva dal rischio degli effetti negativi dell'eventuale fase di recupero coattivo, anche in presenza di garanzie reali (ipoteca e pegno) od anticresi.

L'art. 2744 c.c. vieta ogni patto che trasferisca al creditore la proprietà del bene in garanzia, a seguito del mancato adempimento[2]. La norma (ribadita nel divieto all'art. 1963 c.c.) tende a tutelare il debitore da una indebita coercizione da parte del creditore, nel rispetto della *par conditio creditorum*, evitando di sottrarre un bene alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. ed al di fuori delle cause legittime di prelazione di cui all'art. 2741 c.c..

In realtà, il tipico contratto di compravendita assume un diverso scopo (causa) eterodosso rispetto a quello che è ad esso consustanziale: si declina, infatti, come negozio a garanzia dell'adempimento del debito. Il creditore che acquista la proprietà del bene (in mancanza del pagamento del debito garantito) è essenzialmente un soggetto garantito ed è in tal guisa che si realizza la fattispecie vietata dall'art. 2744 c.c..

Deve ritenersi che il divieto del patto commissorio si estenda a qualsiasi atto diverso dalla vendita (tipico od atipico ancorchè apparentemente lecito) perfezionato in pendenza di un pregresso rapporto obbligatorio e funzionalmente diretto al trasferimento della proprietà del bene al creditore-acquirente, nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore-cedente.

La giurisprudenza di legittimità ha statuito come il divieto del patto commissorio vada interpretato estensivamente, valutando non tanto lo schema negoziale adottato, ma anche l'effettiva regolamentazione degli interessi; qualora tra il contratto di finanziamento ed il negozio traslativo sus-

[2] Sul divieto del patto commissorio v., in luogo di molti, C.M. Bianca, *voce Patto commissorio*, in *Noviss. Dig.*, vol. XII, Torino, 1965, 714.; U. Carnevali, *voce Patto commissorio*, in Enc. Dir. XX-XII, Milano, 1982, 502; E. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore. Il divieto del patto commissorio*, in Tratt. Rescigno, 19, Torino, 1985, 434.

sista un vincolo di interdipendenza lesivo del debitore, si integra la fattispecie del patto commissorio[3].

In virtù di tale interpretazione, rafforzata peraltro dall'ulteriore requisito della sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, non può escludersi un patto commissorio vietato anche in relazione a determinati contratti spesso utilizzati nella prassi quale forma di "garanzia impropria", quali ad esempio:

- il *sale and lease back*, il riporto, la vendita con patto di riscatto, i contratti traslativi sottoposti alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore ovvero risolutivamente condizionati all'adempimento del debitore medesimo;

- negozi collegati (qualora il nesso di collegamento e l'intento delle parti svolgano una funzione di garanzia illecita) e contratti obbligatori, quali ad esempio il contratto preliminare di compravendita nonché il mandato ad alienare con rappresentanza od il mandato ad alienare senza rappresentanza (con trasferimento ai sensi dell'art. 1719 c.c.) concesso dal mandante - debitore al mandatario - creditore, qualora il ricavato dal trasferimento a terzi venga destinato al soddisfacimento della ragioni creditorie del mandatario.

In questa cornice concettuale sedimentata, la dottrina e la giurisprudenza hanno, peraltro, riconosciuto l'ammissibilità del c.d. "patto marciano", istituto risalente, che deve il nome ad un passo del giurista Marciano[4] e che di recente è tornato al centro di rilevanti novità legislative[5]. La principale

---

[3] Cass. 5 marzo 2010, n. 5426; Cass. 19 febbraio 2019; n. 4729; Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262, tutte in *Italgiure.*

[4] Il giureconsulto Elio Marciano, nell'età dei Severi (III sec. d.C.), elaborò la convenzione che collegava l'attribuzione del bene dato in garanzia al credito alla stima del giusto prezzo effettuata alla data dell'inadempimento: "*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto praetio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus Rescriperunt*" (*D. 20, 1, 16, 9, Marcianus, Libro singulari ad formulam hypothecariam*).

[5] S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei crediti privilegiati nei confronti di imprese in difficoltà, pegno non possessorio e patto marciano*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della*

→

differenza tra il patto marciano e il patto commissorio alligna nel fatto che solo nel primo il trasferimento del bene dato in garanzia non ha luogo se non a seguito di una stima imparziale effettuata successivamente all'inadempimento, con l'obbligo del creditore di riconoscere al debitore l'eventuale differenza)[6].

Sul piano sistematico, il congegno del "marciano" impernia la propria ammissibilità in quelle disposizioni del codice civile – il riferimento corre agli artt. 1851, 1982, 2084 e 2803 c.c. – che prevedono la realizzazione coattiva del diritto del creditore, ma disciplinandola in gusa da soddisfare la pretesa creditoria nei limiti dell'ammontare del credito vantato.

La struttura negoziale del patto in parola è volta, dunque, ad eliminare qualsiasi possibilità che il creditore sia messo in condizioni di abusare dello stato di bisogno del debitore, ricevendo il diritto di proprietà di un bene di valore notevolmente superiore all'entità del debito, con conseguente sterilizzazione del rischio presidiato dal divieto di cui all'art. 2744 c.c.[7].

In sostanza, la previsione di un procedimento di stima, ancorato a parametri di valutazione neutrali o obiettivi o rimessa alla determinazione di

crisi e disciplina bancariadopo le riforme del 2015 e 2016, 2017, 1265

[6] Sul patto marciano in dottrina v. tra gli altri A Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, Riv. Dir. Civ., 2017, 6, 1398 ; G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino 2017. In giurisprudenza v. Cass. 17 gennaio 2020, n. 844, in *Dejure*, secondo cui "*Il divieto del patto commissorio sancito dall'2744 non opera quando nell'operazione negoziale (nella specie, una vendita immobiliare con funzione di garanzia) sia inserito un patto marciano (in forza del quale, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore vende il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito), trattandosi di clausola lecita, che persegue lo stesso scopo del pegno irregolare ex art. 1851 ed è ispirata alla medesima "ratio" di evitare approfittamenti del creditore in danno del debitore, purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, nel caso ed all'epoca dell'inadempimento, sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento*".

[7] V. G. Fappiano, *Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 2019, 1, 86.

un soggetto terzo sulla base delle proprie conoscenze tecniche (*ex* art. 1349 c.c.) consente di escludere la ricaduta del patto negoziale nell'ambito di applicazione della norma sul patto commissorio.

In buona sostanza, il patto marciano si fonda sempre sul rapporto di connessione tra finanziamento e trasferimento a scopo di garanzia: la struttura negoziale tende invece ad escludere la lesione economica per il debitore, a vantaggio del creditore ed in danno degli eventuali ulteriori creditori.

Pertanto, il patto marciano deve prevedere che il trasferimento della proprietà abbia effetto o si consolidi solo qualora il debitore non abbia regolarmente adempiuto la propria obbligazione, purchè:

- la valutazione del bene oggetto di trasferimento sia effettuata in base a predefiniti procedimenti automatici ed a criteri oggettivi (anche mediante la nomina di uno stimatore terzo ed indipendente);

- il corrispettivo di cessione, destinato all'adempimento, sia parametrato al valore di mercato stimato al momento dell'alienazione (comunque dopo l'inadempimento);

- al debitore venga restituito il maggior valore del corrispettivo dell'alienazione, dedotto il debito da estinguere.

Di qui emerge chiaramente come il meccanismo di valutazione del bene svolga una funzione essenziale, nella distinzione tra patto commissorio e patto marciano: tale meccanismo dovrà naturalmente essere strutturato con criteri predeterminati, tali da consentire al debitore un idoneo strumento compensativo tra la propria obbligazione ed il giusto prezzo dell'alienazione, al pari del procedimento esecutivo.

Pertanto, eventuali accordi che prevedano un trasferimento a scopo di garanzia dovranno necessariamente essere valutati tenendo conto dei requisiti sopra esposti, a seguito di una valutazione che non si limiti alla forma negoziale adottata, ma che accerti la reale finalità dell'operazione.

3. Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato

Il patto marciano è stato recentemente introdotto nel TUB (D.Lgs. 385/1993)[8], essendo ora permesso al creditore-banca di soddisfarsi al di fuori del procedimento di esecuzione, sia pure con una limitata tutela per il debitore titolare dell'immobile.

In particolare, il contratto tipizzato è fondato sui criteri che hanno informato il patto marciano di origine dottrinale, differenziandosi in realtà solo per la specifica qualità del creditore. Né può ritenersi, peraltro, che la previsione del patto marciano "bancario" valga ad escluderee la liceità di un analogo negozio atipico perfezionato con un creditore non istituzionale.

È palese come l'istituto consenta al creditore qualificato di ritenersi maggiormente tutelato nelle proprie ragioni, anche solo per il fatto di non dover affrontare le sgradite conseguenze di natura economica comportate da un'esecuzione coattiva.

L'art. 48 *bis* TUB disciplina lo specifico contratto bancario, con scopo di garanzia, in forza del quale il trasferimento della proprietà di un immobile viene sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore. Segnatamente:

1. tale patto può essere perfezionato tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 TUB, relativamente ad immobili che non siano destinati ad abitazione principale dei soggetti indicati dalla norma medesima;
2. l'inadempimento viene definito dalla medesima norma;
3. la valutazione dell'immobile viene effettuata da un esperto nominato dal Presidente del Tribunale successivamente all'avvenuto in-

[8] In tema v. S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. Fall.*, 2016, 1075; L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 12, 1857 ; A. Dolmetta, *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 4, 811; N. Cipriani, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, Giur. It., 2017, 7, 1715.

adempimento;

4. al titolare dell'immobile viene garantita la restituzione dell'eventuale differenza tra il valore di stima dell'immobile cauzionale e l'ammontare del debito oltre alle spese di trasferimento;
5. il creditore può acquisire la titolarità dell'immobile, a seguito dell'inadempimento e perfezionato l'iter di comunicazione del valore del bene (se inferiore al debito) o di corresponsione della differenza (se superiore al debito); tale facoltà spetta anche a società controllata o collegata rispetto allla banca, pur con specifici requisiti; - ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia viene equiparato all'ipoteca;
6. il patto può essere perfezionato anche in ordine ad un finanziamento garantito da ipoteca, già in essere alla data di entrata in vigore della norma;
7. il trasferimento immobiliare non è precluso dalla pendenza di procedure esecutive individuali (anche ex D.P.R. 602/1973) o di procedura di fallimento a carico del titolare.

4. Pegno mobiliare non possessorio

L'art. 1 del D.L 59/2016 convertito in L. 119/2016, ha introdotto un nuovo contratto di garanzia denominato "Pegno non possessorio"[9].

[9] Sull'istituto di nuovo conio v. tra gli altri A. Nania, *Il pegno non possessorio: un'altra anomalia?*, in *dirittobancario.it*, *approfondimenti* (commento al testo del decreto legge prima della conversione); E. Gabrielli, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 1715 ss.; E. Gabrielli, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 241 ss.; S. Ambrosini, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Crisi imp. fall.*, 2016; G. Barillà, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *G. comm.*, 2017, I, 583 ss.; L. Caputo-M. Caputo, *I pegni. Dal modello tradizionale al nuovo pegno mobiliare non possessorio*, Milano 2017; Napoli 2018; Campobasso, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, 703 ss.; V. Occorsio, *La garanzia mobiliare non possessoria "fluttuante"* →

In realtà tale contratto non trova ad oggi attuazione in quanto l'Agenzia delle Entrate non ha ancora provveduto alla realizzazione del Registro informatizzato, elemento necessario per la costituzione del pegno.

Tuttavia si rende opportuno valutare gli elementi essenziali del contratto, confidando nella definizione del predetto Registro.

Il pegno non possessorio svolge una duplice funzione: il mantenimento della disponibilità del bene in capo al concedente (in ragione dell'esercizio dell'impresa) ed una forma di espropriazione privatistica, sulla falsariga di quanto disposto dal suindicato art. 48 *bis* TUB, a vantaggio del creditore.

La norma prevede che l'imprenditore, a garanzia di crediti concessi anche a terzi (presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito), purchè inerenti all'esercizio dell'impresa, possa costituire in pegno beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili, anche immateriali, registrati.

In particolare:

- il contratto di pegno richiede la forma scritta a pena di nullità, mentre l'efficacia verso i terzi decorre dall'iscrizione nel Registro dei Pegni non possessori; all'iscrizione il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali;

- il concedente è autorizzato a trasformare o alienare i beni gravati da pegno o comunque a disporne, nel rispetto della destinazione economica: il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti novazione della garanzia (in analogia al c.d. "pegno rotativo");

- a seguito dell'inadempimento da parte del debitore, il creditore potrà vendere, mediante procedure competitive o con l'ausilio di soggetti specializzati, previa stima effettuata da operatori esperti, i beni in pegno soddisfacendo il credito sul ricavato, fino alla concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di restituire contestualmente l'eccedenza, ovvero escutere o cedere i crediti oggetto di pegno fino alla concorrenza della somma

---

nella prospettiva delle garanzie reali al finanziamento d'impresa, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 197 ss..

garantita;

- il creditore potrà concedere in locazione il bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino alla relativa concorrenza, a condizione che il contratto di pegno preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; del pari il creditore potrà procedere all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza, purchè il contratto contempli i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene in egno e dell'obbligazione garantita;

- il diritto di escussione del creditore pignoratizio prevale sulla procedura di esecuzione forzata e sulle procedure concorsuali, purchè la garanzia sia iscritta anteriormente: agli effetti di cui agli artt. 66 e 67 l.fall. il pegno non possessorio è equiparato al pegno tradizionale.

5. Partecipazione al capitale e strumenti finanziari partecipativi: la PMI s.r.l.

A partire dalla riforma del diritto fallimentare del 2005-2007 si è registrata una crescente valorizzazione dell'autonomia privata rispetto alla concezione in precedena ancora marcatamente "dirigista" delle procedure concorsuali quale veniva in rilievo nella vecchia legge fallimentare. Il baricentro del sistema si è spostato dall'eterotutela giudiziale dei creditori alla loro autotutela informata: è questa una delle "cifre" maggiormente caratterizzanti il nuovo impianto normativo, è questa, in particolare, la caratteristica saliente rinvenibile nel procedimento di affronto della crisi d'impresa di più diffuso utilizzo negli ultimi due lustri: il concordato preventivo.

L'esigenza e l'opportunità di procedere con operazioni di natura societaria emerge dalla stessa normativa in tema e, segnatamente, dall'art. 160 l.fall., è previsto che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti possa avvenire in "*qualsiasi forma*", anche mediante 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 (lett. a).

Deve, conseguentemente, essere valutata l'opportunità di dare seguito, direttamente od indirettamente, alla continuità aziendale, in concorso con i creditori, ovvero mediante finanza esterna, da reperire attraverso offerta di quote a una pluralità di soggetti.

A tal fine vengono di seguito evidenziate talune norme in materia di PMI s.r.l., da valutarsi tenendo conto, in particolare, della responsabilità nella gestione dell'impresa e della remunerazione del capitale di rischio.

La PMI s.r.l. è stata introdotta con l'art. 57 del D.L. 50/2017 (convertito in L. 96/2017), sullo schema delle *Start Up* e PMI innovative (art. 26 D.L. 179/2012 convertito in L. 221/2012)[10].

L'ambito di applicazione delle norme in materia di PMI in generale, fissato nella Raccomandazione del 6 maggio 2003 (Racc. 2003/361/CE), richiede la contemporanea sussistenza dei seguenti requisiti:

- svolgimento di una attività economica (in senso ampio);
- parametri operativi e patrimoniali (meno di 250 dipendenti, fatturato annuo non superiore a euro 50.000.000 e totale di bilancio annuo non superiore a euro 43.000.000);
- difetto di appartenenza ad un gruppo che superi i precedenti requisiti.

Nello specifico, la PMI in forma di s.r.l. non costituisce un nuovo tipo societario, bensì una ulteriore connotazione del modello civilistico di s.r.l., destinata a superare il rigidismo delle norme ordinarie: le norme trovano applicazione sia per le società di nuova costituzione, sia per le società già esistenti in forma di srl ordinaria.

In particolare, le deroghe al regime civilistico (categorie di quote, operazioni su quote, modalità di raccolta di capitali mediante piattaforme o crowdfunding), sono finalizzate a consentire alle PMI s.r.l. di ampliare gli strumenti di finanziamento, al di fuori dei ristretti ambiti sino ad ora concessi.

Con ogni evidenza, a sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. l'atto costitutivo della s.r.l. può prevedere l'attribuzione di diritti particolari al singolo socio, in ordine all'amministrazione della società ed alla distribuzione degli utili: tali diritti sono, tuttavia, strettamente connessi al singolo socio, sussistendo

[10] In tema v. M. Maltoni, P. Spada, *L'impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.* 2013, I, 1113 ss.; P. Benazzo, *La start up innovativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 101 ss.; M. Cian, *Le start up innovative a responsabilità limitata; partecipazioni, altri rapporti partecipativi e confini del tipo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1178 ss.; M. Cossu, *Nuovi modelli di s.r.l. nella legislazione italiana recente*, in Banca Corsa Tit. Cred., 2015, I, 448 ss.;

un particolare "*intuitus personae*".

Al contrario, nella normativa in materia di PMI s.r.l. viene superato il concetto della rilevanza individualistica del socio, mediante la creazione di categorie di quote fornite di diritti diversi, caratterizzate dalla depersonalizzazione del titolare della singola partecipazione: tali categorie possono essere definite in sede di costituzione della società o di aumento del capitale sociale a titolo oneroso.

Conseguentemente, stante la diversa connotazione rispetto ai diritti di cui all'art. 2468 c.c.:

- i diversi diritti attengono in maniera oggettiva alla specifica categoria di quote, a prescindere dall'identità soggettiva del socio;

- il singolo socio potrà essere titolare di una pluralità di quote, sia appartenenti a categorie distinte, sia di natura civilistica ed anche con attribuzione dei diritti di cui all'art. 2468 c.c.;

- in caso di trasferimento della quota appartenente ad una categoria, i diversi diritti in quanto connessi alla quota medesima e non al relativo titolare, si trasferiscono automaticamente in capo al cessionario, salva diversa disposizione statutaria;

- in deroga alle norme della s.r.l. civilistica, si ritiene ammissibile il voto cd. "divergente" (ovvero il socio potrà esercitare il diritto di voto distintamente, rispetto ad ogni ad ogni singola tipologia di quota di cui è titolare) nonché del diritto recesso, sempre relativamente ad ogni quota, sia essa ordinaria o di categoria.

La PMI dischiude opportunità operative originali e finora sconosciute.

In effetti, le s.r.l.-PMI, a seguito della normativa recata dal d.l. n. 50/2017 e dal D.Lgs. n. 129/2017, approdano ad una sorta di equiparazione funzionale alle "grandi" s.p.a., sotto una pluralità di convergenti ed importanti profili.

Innanzitutto, è loro permesso di suddividere il proprio capitale in "categorie" di quote caratterizzate dall'attribuzione di diritti diversificati tra l'una e l'altra di esse.

In secondo luogo, è permesso il riconoscimento contrassegnare le singole categorie di quote di limitazioni relative al diritto di voto.

Ancora, è consentito il compimento da parte dell'ente di operazioni sulle proprie quote , attraverso il relativo acquisto; in alternativa, è ipotizzabile che la società presti garanzia finanziaria ai fini dell'acquisizione delle quote medesime in attuazione di piani di incentivazione di dipendenti, collabora-

tori e amministratori.

Nulla esclude, inoltre, la praticabilità, da parte della PMI, di un'offerta al pubblico di quote di partecipazione al capitale sociale.

Il riassetto dell'ordinamento societario italiano è all'evidenza radicale.

In particolare, a risaltare, rispetto alla via imboccata nel 2003, è il ribaltamento dello schema: in allora, il legislatore aveva inteso superare il pluridecennale appiattimento della s.r.l. sulla s.p.a.; per converso, con la normativa sulla s.r.l.-PMI la rotta viene invertita, posto che la s.r.l. torna a connotarsi, per certi versi, alla stregua di "piccola s.p.a." rispondente ad una disciplina estroflessa rispetto a quella del codice civile, al quale finisce per essere "consegnata" una porzione circoscritta del tipo societario in parola: la s.r.l. di grandi dimensioni.

Sotto altra angolazione, in controtendenza rispetto alle riforme che hanno progressivamente sganciato la s.r.l. dagli archetipi della società azionaria, il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, si cura di consentire a tutte le PMI organizzate in forma di s.r.l. di adottare una struttura partecipativa rispondente a modalità e logiche proprie della s.p.a. e ciò – si badi bene – a prescindere dalla data di costituzione e dall'innovatività dell'oggetto sociale o dell'attività esercitata.

La nuova s.r.l.-PMI si palesa, quindi, potenzialmente in grado di imperniarsi su categorie di partecipazioni stadardizzate, dotate di diritti speciali non necessariamente connessi all'entità del conferimento, omogenei all'interno della stessa classe, ma disomogenei rispetto alle altre eventuali classi.

La nuova s.r.l.-PMI si consegna a nuove e articolate prospettive, potendo tramutarsi da società "chiusa", con categorie di quote dotate di diritti speciali, in società "aperta", preordinata alla raccolta di capitali tra una moltitudine di risparmiatori, con definitivo affievolimento della distinzione tipologica tra la s.p.a., incline per natura al mercato, e la s.r.l., tradizionalmente estranea alle contrattazioni sul capitale di rischio[11].

Se quanto detto vale su un piano di architettura generale del sistema, rimane, del pari, evidente che la libera determinazione dei diversi diritti continui, pur in assenza di norme specifiche, a scontare taluni limiti. La volontà

[11] In tema, acute riflessioni sono rese da M. Di Martino, Tipico e transtipico nelle categorie speciali di quote delle s.r.l. PMI, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 6, 1485.

delle parti deve invero "sintonizzarsi" con i principi generali in materia societaria, il che non è privo di corollari: vuol dire per esempio che il contenuto dei diritti connessi alla partecipazione non potrà eludere le norme in materia di patto leonino (art. 2265 c.c.), i precetti sul recesso *ex* art. 2473 c.c., le disposizioni in materia di omogeneità dei diritti patrimoniali ed amministrativi all'interno della medesima categoria nonché di pagamento dei dividendi solo in caso di utili conseguiti.

Ma quali sono allora – a volerle schematizzare – le tipologie "possibili" dei diritti di categoria? Ne è stata resa, di recente, un'utile mappatura[12], che può essere ripresa.

Rilevano certamente i diritti patrimoniali in relazione agli utili, con attribuzione degli stessi in misura non proporzionale alla partecipazione, nonchè con postergazione rispetto alle perdite o con preferenza nella distribuzione rispetto ad altre categorie o soci, oppure condizionata ad un particolare evento: si tenga in considerazione che tali diritti dovrebbero compensare la limitazione o l'esclusione di ulteriori diritti di natura anche non patrimoniale.

Inoltre, vengono in evidenza i diritti di voto, ad esempio con attribuzione ad una categoria di quote del diritto di voto in misura non proporzionale alla partecipazione, in analogia al disposto di cui all'art. 2351 c.c. in materia di s.p.a..

È poi praticabile senz'altro l'esclusione del diritto di voto od anche il solo "depotenziamento" di esso, "comprimibile" entro una misura inferiore all'entità della quota o "incanalabile" all'interno di una previsione che ne subordina l'esercizio a verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative e lo limita a taluni argomenti soltanto.

È, altresì, ammissibile la previsione del voto "a scalare", ove il voto spettante al socio viene ad essere ridotto proporzionalmente all'incremento della quota; del pari è immaginabile la possibilità del "voto contingentato", con un tetto massimo di partecipazione oltre il quale il voto del socio non può

[12] Gli orientamenti sono condensati nei documenti del Consiglio Notarile di Milano - Massime - Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezia, disponibili alla consultazione su https://*www.notaitriveneto.it/massime-triveneto-commissione-societa.php*.

essere esercitato.

Vi è spazio per l'enucleazione di diritti di voto in misura superiore rispetto all'entità della quota: è il caso del c.d. "voto maggiorato" (ad esempio quale premio spettante in base al periodo di detenzione della quota od ad altri criteri di fidelizzazione del socio); analogamente è ipotizzabile il congegno del c.d. "voto plurimo" (numericamente superiore al diritto di voto spettante ad altri soci o categorie), in analogia al disposto di cui agli artt. 127-*quinquies* e 127 *sexies* TUF (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Le limitazioni al diritto di voto possono anche incidere sulle materie attinenti l'amministrazione ed il controllo della società, tra cui la scelta e la nomina di uno o più componenti dell'Organo Amministrativo e dell'Organo di Controllo o del Revisore; specifici atti di gestione, imponendosi autorizzazioni o pareri preventivi e finanche vincolanti (purchè non sia violato il disposto di cui all'art. 2475 c.c.).

Sono poi immaginabili altri meccanismi, tra cui: quello dei diritti connessi alla circolazione delle quote, ad esempio (attivamente) con attribuzione solo a talune categorie di diritti di prelazione o gradimento, ovvero (passivamente) assoggettando solo talune categorie o soci a tali obblighi, a vantaggio di altri soci o categorie; quello dei diritti comportanti l'esclusione a partecipare all'assemblea (per categorie prive del diritto di voto) od al diritto di avere dagli amministratori notizie sugli affari sociali e di consultare i documenti relativi all'amministrazione nel periodo in cui l'organo di controllo della gestione sia nominato e svolga le proprie funzioni, con limitazione od esclusione di tali diritti per altre categorie di quote.

Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'oggettiva caratterizzazione delle categorie si riflette anche nei diritti spettanti ai soci in caso di aumento di capitale:

- al titolare di quote "di categoria" non spetta il diritto di ottenere l'emissione di nuove quote della medesima categoria e del pari ogni socio può sottoscrivere qualsiasi quota di categoria od ordinaria, di nuova emissione;

- la delibera di aumento di capitale potrà determinare le categorie delle nuove quote che dovranno essere offerte ai soci: il diritto di prelazione spetterà in misura proporzionale alle quote detenute dal socio, senza distinguersi le quote ordinarie dalle quote di una o più categorie. Invero la delibera, in caso di emissione di quote di una specifica categoria, può comunque fissare diverse modalità di opzione, anche limitandone l'ambito a favore dei soli

soci della medesima categoria;

- l'emissione delle quote di categoria è subordinata al consenso del socio titolare di diritti ex art. 2468 c.c. o del titolare di quote di altra categoria, qualora i diritti diversi delle quote di nuova emissione vengano a pregiudicare l'esercizio dei diritti già spettanti ai soci con diritto di recesso ai soci che non abbiano acconsentito.

Stante la natura oggettiva della specifica categoria di quote, il socio titolare di diverse partecipazioni può concedere in pegno o usufrutto od esercitare il diritto di recesso in ordine alla quota di una o più categorie e mantenere la titolarità delle quote di altre categorie: parimenti, il socio moroso rispetto ad una quota di categoria non subisce i conseguenti effetti in relazione ai diritti spettanti su altre quote regolarmente liberate.

Un ulteriore approfondimento deve riguardare i margini entro cui possono svolgersi le operazioni sulle proprie partecipazioni.

In deroga al divieto di cui all'art. 2474 c.c., la PMI s.r.l. può compiere operazioni sulle proprie partecipazioni purchè l'operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali (ad esempio consulenti).

In tal caso, la società potrà fidelizzare i suindicati soggetti, in relazione alle prestazioni effettuate, al raggiungimento di determinati obiettivi senza dover sostenere i relativi costi in fase iniziale.

Eventuali operazioni possono consistere nell'acquisto di proprie quote oppure nella concessione di finanziamenti o di garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di quote proprie.

È plausibile ritenere applicabile l'analoga normativa prevista in materia di s.p.a. ed in particolare l'acquisto delle proprie partecipazioni:

- dovrà avvenire nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, risultanti dall'ultimo bilancio approvato e nel rispetto del combinato disposto di cui agli art. 2424 bis ultimo comma e 2478 bis c.c.;

- dovrà avere ad oggetto quote interamente liberate;

- determina che il diritto agli utili ed il diritto di opzione sulle quote di nuova emissione in caso di aumento di capitale vengano assegnati agli altri soci proporzionalmente alle loro quote;

- comporta la sospensione del diritto di voto, anche se dette quote proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo dei quorum costitutivi e de-

liberativi.

Infine, un'attenzione spiccata andrà diretta al *crowdfunding*[13].

In deroga al rigido sistema civilistico della s.r.l. in materia di operazioni sul capitale, le PMI s.r.l., possono ricorrere al *crowdfunding*, quale particolare modalità di raccolta di fondi presso il pubblico, al fine di soddisfare le esigenze finanziarie (a titolo di investimenti in strumenti partecipativi o di capitale od di finanziamenti collettivi).

Tale strumento consente di reperire risorse finanziarie mediante siti internet ("piattaforme" o "portali"), gestite da soggetti autorizzati, istituiti bancari o SIM: il tutto è sottoposto al controllo della Consob, che mediante appositi Regolamenti ne ha definito le modalità operative anche a tutela dei partecipanti all'operazione

Tra le varie figure di *crowdfunding* a cui possano accedere la PMI s.r.l. si evidenziano:

- *lending crowdfunding* che consente alle imprese (business l.c.) di reperire finanziamenti on - line ed al di fuori dell'ambito bancario, presso soggetti anche non istituzionali;

- *equity crowdfunding*, diretto all'emissioni di nuove quote sempre a soggetti anche non istituzionali, prevedendo se del caso categorie di quote,

---

[13] In tema di *crowdfunding* v S. Son Turan, *Financial Innovation - Crowdfunding: Friend or Foe?*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, n. 195/2015, 353; M. Cholakova, B. Clarysse, "*Does the Possibility to Make Equity Investments in Crowdfunding Projects Crowd Out Reward Based Investments",* in *Entrepreneurship Theory and Practice*, 2015, 145; A. Agrawal, C. Catalini, A. Goldfarb, *Some simple economic crowdfunding, NBER Working Paper No. 19133*, 2013, Cambridge; Mollick, "*The dynamics of crowdfunding*", in *Journal of Business Venturing*, n. 29/2014, pagg. 1-16;. Per una disamina delle posizioni della Commissione Europea in materia di *crowdfunding* v. *Commission Staff Working Document - Crowdfunding in the EU Capital Market*, Brussels, 3 maggio 2016 [SWD(2016) 154 *final*]. Per una ricognizione del *crowdfunding* in Europa in relazione a stato dell'arte legislativo, prassi ed esperienze applicative v. *Review of crowdfunding regulation*, in *www.europeancrowdfunding.net*. Per l'esperienza italiana v. il *Position Paper* della Consob, L'*equity crowdfunding* - Analisi sintetica della normativa e aspetti operativi del 2016 e il documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti del 31 luglio 2015, *Il crowdfunding: quadro normativo, aspetti operativi e opportunità.*

con diritti amministrativi e/o patrimoniali che siano parametrati ad una variegata tipologia di investitori.

In applicazione al Regolamento UE n. 2017/1129 ed in deroga all'art. 2468 c.c., la PMI s.r.l. può collocare tramite portali le proprie partecipazioni o strumenti finanziari partecipativi, ricorrendo all'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

L'*equity crowdfunding* costituisce una particolare modalità di esecuzione dell'aumento di capitale sociale. La società potrà quindi deliberare detto aumento, definendo importi, termini e modalità come per ogni operazione sul capitale, in ossequio alle norme civilistiche e statutarie: la sottoscrizione di detto aumento viene offerta al pubblico, mediante un gestore di apposita piattaforma *on - line*.

In luogo dell'organo amministrativo, il gestore della piattaforma provvede alle formalità di informativa e di raccolta delle sottoscrizioni.

Le somme dei sottoscrittori non sono acquisite dal gestore, ma vengono versate su apposito rapporto bancario intestato all'emittente, indisponibile sino al termine dell'operazione di aumento di capitale.

Si precisa che le modalità di aumento di capitale, sia ordinario che mediante piattaforma *on - line*, dovranno tenere in conto le esigenze finanziarie dell'impresa, come previste dal piano attestato o dagli accordi di ristrutturazione, ma allo stesso tempo stimolare l'interesse degli investitori non istituzionali.

A tal proposito e tenendo in conto le finalità dell'impresa emittente, la deliberazione di aumento di capitale a titolo oneroso potrà prevedere:

- l'emissione di categorie di quote con specifici diritti, ad esempio con preferenza alla distribuzione degli utili e quindi alla remunerazione dell'investimento collettivo, rispetto all'attribuzione di diritti amministrativi che possano incidere sulla governance dei soci fondatori;
- l'esecuzione dell'aumento modulata in relazione agli impegni economici assunti.

In particolare, ai sensi dell'art. 2481 *bis* c.c., l'aumento potrà essere deliberato:

- a) in forma inscindibile, qualora l'importo dell'aumento di capitale si renda totalmente necessario all'operazione di risanamento, in quanto detto aumento si considera perfezionato soltanto al ricorrere del duplice requisito dell'integrale sottoscrizione dell'aumento entro il termine previsto per la raccolta delle sottoscrizioni;

- b) in forma scindibile, se espressamente previsto dalla deliberazione: se l'aumento di capitale non risulti integralmente sottoscritto nel termine stabilito dalla delibera, il capitale verrà aumentato dell'importo pari alle sottoscrizioni raccolte.

- c) in forma mista, qualora sia comunque necessario raggiungere un importo minimo a sostegno dell'operazione di risanamento e confidando sulla parte di aumento scindibile, come strumento alternativo al finanziamento ordinario.

Due osservazioni ancora:

L'aumento in forma scindibile consente di determinare i tempi di esecuzione, prevedendo ad esempio la "progressività" dell'aumento (fissando più termini di scadenza) oppure aumenti "per *tranches*", (l'operazione di aumento di capitale, seppur unitaria, viene suddivisa in varie porzioni ed articolata in più scadenze predeterminate): ciò si rende opportuno nell'ipotesi in cui debbano far combaciare i termini dei versamenti dei sottoscrittori con il programma dei pagamenti a cui la società emittente deve adempiere.

In tal modo l'aumento di capitale è unico, ma ad esecuzione differita nel tempo; diversamente, in caso di una pluralità di aumenti di capitali, tra loro autonomi, la società affronterebbe ogni volta l'alea della decisione dei soci, senza poter garantire l'esatto adempimento programmato.

Si potranno infine congegnare sottoscrizioni di capitale ad efficacia immediata, nel cui quadro il socio acquisisca immantinente i diritti correlati alla partecipazione sottoscritta, tanto da poterli esercitare nei limiti di essa in pendenza del termine finale fissato per l'aumento ed in anticipo sulle ulteriori sottoscrizioni da parte di terzi.

6. Conclusioni

Le fattispecie proposte sono strumenti di supporto rispetto ai tradizionali elementi che caratterizzano i programmi di risoluzione della crisi. Soprattutto essi rappresentano mezzi nuovi in un perimetro frastagliato ed eterogeneo quale sarà quello tracciato dall'attuale pandemia. Un perimetro nel quale le scelte dovranno dosare tradizione e innovazione, percorsi collaudati e traiettorie originali.

In tal senso, è certamente un profilo da valutare con attenzione quello connesso al ricorso a forme certamente poco diffuse e tuttavia astrattamen-

te idonee a dare governo all'esigenza di un soddisfacimento "migliorativo" delle ragioni creditorie, in termini di realizzo e di relativa tempistica.

Nel contempo, considerazione rinnovata andrebbe rivolta alla normativa delle PMI s.r.l., che per la loro dirompente affinità col modello delle s.p.a. aperte al pubblico finiscono per sottendere potenzialità di contemperamento delle esigenze di risanamento dell'impresa e di salvaguardia delle posizioni dei creditori, che si mostrano sovente interessati ad esprimere – pur senza assunzione di un ruolo gestorio diretto – un controllo serrato ed "interno" sulle fasi di attuazione del piano concordatario e degli accordi, fasi "contrattualizzate", in quanto contrassegnate da un ruolo recessivo e marginale del giudice.

Le PMI s.r.l. rappresentano un veicolo da sperimentare in un diritto della crisi che imporrà scelte avvenute, ma anche versatili e ecclettiche. Esse rappresentano un mezzo di trasformazione possibile del finanziamento in capitale di rischio e di rimodulazione dei diritti delle categorie, attraverso quote e strumenti finanziari. E costituiscono, altresì, l'occasione per sperimentare un nuovo *marketplace* della crisi, per l'attitudine ad intercettare, attraverso il *crowdfunding*, una platea platea di investitori e finanziatori ben più estesa di quella finora sondata.

Il volume, nato nel contesto del Centro Sudi Diritto della Crisi e dell'Insolvenza, contiene alcuni contributi interpretativi sui tanti snodi problematici della continuità aziendale ai tempi del Covid-19. Le analisi degli autori si concentrano sulle misure e le esigenze, le criticità e gli strumenti che il diritto concorsuale e quello dell'emergenza mettono a disposizione dei professionisti e degli imprenditori. Il risultato è una cornice articolata e plurale di spunti e di riflessioni, che vuol essere una chiave di lettura critica, ma essenzialmente propositiva, sui temi della salvaguardia del fenomeno-impresa e della tutela reali degli interessi che coinvolge.