

Il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: novità, agevolazioni e problematiche degli strumenti di risoluzione della crisi

Autore: Fabrizio Florio

In: Diritto civile e commerciale

SOMMARIO: 1. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: strumenti negoziali e non a confronto. - 2. I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti. - 3. La disciplina delle misure protettive nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. - 4. Gli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento. - 5. Le modifiche riguardanti la crisi da sovraindebitamento. - 6. Le potenziali criticità riguardanti la "nuova" liquidazione controllata dei soggetti sovraindebitati (non fallibili).

1.

Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: strumenti negoziali e non a confronto.

Com'è noto, il D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, emanato in attuazione della L. 155 del 19 ottobre 2017, introduce nell'Ordinamento il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (abbreviato "CCI"), che, in considerazione della modifica apportata all'art. 389 dello stesso dall'art. 5 del recentissimo D.L. 23 dell'8 aprile 2020 ("Decreto Liquidità"), entrerà in vigore il 1 settembre 2021 e sostituirà integralmente - per il futuro[1] - la vigente Legge Fallimentare (Regio Decreto 267/42). Probabilmente con tale scelta "forzata", connessa all'attuale emergenza sanitaria e di conseguenza a quella economica che purtroppo si prospetta, si vuole consentire a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo una disciplina consolidata e permettere al sistema economico di superare la fase più acuta dell'emergenza economica. Del resto, è evidente che in un clima di incertezza e di una crisi economica derivante da causa di forza maggiore, di entità rilevante e diverse a seconda della durata dell'emergenza e dell'impatto sui vari settori produttivi, non potrebbero avere un reale significato gli indicatori della crisi ipotizzati; anzi, la loro

“efficacia” probabilmente pregiudicherebbe la ratio della riforma, vale a dire quella di intercettare tempestivamente lo stato di crisi, tramite un sistema di segnalazione tempestiva, e di intervenire tempestivamente sulla stessa, favorendo invece l’apertura di una procedura liquidatoria.

Il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza (che consta di 391 articoli) è, infatti, finalizzato ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione preventiva dell’impresa che versano in stato di crisi, a cui il legislatore della riforma ha conferito una specifica ed autonoma definizione rinvenibile nell’art. 2 del citato codice, da cui si evince che il concetto di “crisi” è strettamente legato a quello di “insolvenza”, differenziandosi esclusivamente per il “dato temporale”. Ed infatti, per “stato di crisi” deve intendersi non già uno stato di difficoltà attuale del soggetto ma una situazione in cui, adottando una visione prospettica della situazione economico-finanziaria, possa probabilmente manifestarsi una “futura insolvenza”. Ai sensi dell’art. 2, lett. a) CCI la crisi è, infatti, definita come lo “stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”, differenziandosi dall’insolvenza poiché quest’ultima, come già oggi previsto dall’art. 5 L.F., è quello stato (attuale) che “si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

Il nuovo codice, maggiormente improntato ad una visione dinamica e prospettica - in luogo di quella troppo “statica” della odierna Legge Fallimentare - della situazione economico-finanziaria con il fine di individuare tempestivamente l’eventuale “stato di insolvenza futuro” (rectius crisi) e consentirne un intervento risolutivo, apporta importanti novità al diritto della crisi e dell’insolvenza, tra cui in particolare l’introduzione delle cd. procedure di allerta[2], fulcro della riforma, nonché ulteriori modifiche agli strumenti di risoluzione della crisi già esistenti da cui si evince l’intento del Legislatore di agevolarne l’accesso.

Tralasciando in questa sede la descrizione delle nuove procedure di allerta, è innanzitutto doveroso, relativamente agli strumenti a disposizione per la risoluzione della crisi, ricordare la distinzione tra gli strumenti “negoziali” (o contrattuali) in senso stretto (ovvero tutti i sistemi di risoluzione della crisi non legati alla liquidazione coatta del patrimonio) e gli strumenti che, pur non essendo strettamente dei contratti, sono comunque dotati di un elemento negoziale - la proposta del debitore - canalizzata poi in una procedura davanti al Tribunale, come nel caso del concordato preventivo, delle procedure da sovraindebitamento, ed oggi **in parte** anche degli accordi di ristrutturazione. Nel caso del concordato preventivo, infatti, i creditori non esprimono un consenso contrattuale rispetto alla proposta ma vi è una votazione, per cui la maggioranza prevale sulla minoranza. Non vi è la presenza di un contratto e la minoranza dissenziente “subisce” la proposta concordataria.

L’accordo di ristrutturazione dei debiti (oggi ancora disciplinato dall’art. 182-bis L.F., mentre dal 1 settembre 2021 dall’art. 57 CCI), invece, è sostanzialmente un contratto[3], in quanto i debitori hanno facoltà di accettare o meno la ristrutturazione del debito. Ai fini dell’omologa è richiesta l’adesione di almeno il 60% dei creditori (ad eccezione di alcune ipotesi che si diranno a breve), ed i creditori che non

aderiscono sono “svincolati” dall’accordo, ovvero non ne sono parte, per cui devono essere pagati integralmente con una sola condizione consentita dal legislatore (già pre-riforma), consistente in una dilazione del pagamento al massimo sino a 120 giorni dall’omologa dell’accordo. Va altresì ricordato che l’accordo di ristrutturazione, avendo natura contrattuale, non è soggetto alle regole della par condicio creditorum[4], per cui si potrebbero falcidiare creditori privilegiati e pagare i chirografari, cosa che non può mai accadere con il concordato preventivo.

Volume consigliato

2.

I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti.

Tra gli strumenti di risoluzione della crisi maggiormente interessati dalla riforma de qua vi sono gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i quali diventano uno strumento di grande (e conveniente) portata applicativa.

In primis la distinzione sopra richiamata circa il carattere contrattuale o meno di tali strumenti subisce, con la riforma, profonde incrinature e deviazioni, poiché anche l’accordo di ristrutturazione diventa un istituto “polivalente”.

Invero, pur mantenendo uno schema contrattuale, vengono **valorizzati** alcuni tipi di accordi di ristrutturazione, denominati “accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa” (art. 61 CCI), che, a certe condizioni[5], hanno effetto non solo per i creditori aderenti ma anche per i creditori estranei all’accordo, imponendo una falcidia anche a questi ultimi. Tra questi, vi sono gli accordi ad efficacia estesa nei confronti delle banche (oggi disciplinato dall’art. 182-septies L.F. assieme alla convenzione di moratoria[6]), le quali potrebbero subire l’accordo, anche se non aderenti, e quindi avere lo stesso trattamento riservato alle banche aderenti; ma soprattutto di rilievo sono gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa nei confronti dell’Amministrazione Finanziaria (art. 48, comma 5, CCI), fattispecie oggi non prevista, cioè che consentono di falcidiare il credito tributario e previdenziale anche senza l’adesione dell’Erario a condizione della maggior convenienza della proposta (fatta all’Erario) rispetto all’alternativa liquidatoria. Tale maggior convenienza deve risultare da una relazione del professionista - che deve essere allegata alla proposta di accordo - e che poi viene valutata d’ufficio dal Giudice, il quale, previa

verifica della convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria (da intendersi come in caso di liquidazione giudiziale), si sostituisce al mancato assenso dell'Erario omologando l'accordo qualora necessario per il raggiungimento del 60%.

L'impostazione dell'art. 61 CCI ricorda quella dell'art. 182-septies del R.D. 267/42, pur differenziandosene per contenuto. Ed infatti la differenza si coglie soprattutto sotto un profilo soggettivo, in quanto la nuova disciplina si contraddistingue per un ampliamento del campo di applicazione, coinvolgendo anche soggetti diversi dai creditori bancari e finanziari, oltre ad inserire il "principio" della convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria ed il requisito del carattere non liquidatorio della proposta di accordo (quest'ultimo - allo stato - derogabile solo se l'efficacia estesa è nei confronti di banche o intermediari finanziari).

Vi sono poi altri casi in cui la percentuale minima per ottenere l'omologa dell'accordo scende al 30% (cd. accordi di ristrutturazione agevolati): tali ipotesi sono state introdotte dalla riforma (art. 60 CCI), e ricorrono qualora il debitore non richieda misure protettive oppure qualora non sia prevista la dilazione del pagamento dei creditori estranei, fermo restando che, anche in tal caso, se per il raggiungimento del 30% serve l'assenso dell'Erario, il Giudice può comunque omologare l'accordo se risulta che la proposta è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria. La ratio di tale disposizione è probabilmente da ricercarsi nel comportamento del Fisco, il quale spesso non dà l'assenso alla proposta; il legislatore, quindi, ha voluto inserire nel nuovo codice uno strumento di favore per l'imprenditore in crisi, spostando sostanzialmente la verifica della convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria sul Giudice, il quale potrà di fatto sostituirsi all'espressione di voto da parte dell'Amministrazione Finanziaria qualora quest'ultima non abbia prestato il consenso o non abbia fornito risposta.

Prima dell'emanazione del decreto legislativo "correttivo" - approvato in esame preliminare il 13 febbraio 2020 dal Consiglio dei Ministri - recante "Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il Codice creava una sorta di paradosso, derivante dal fatto che nel concordato preventivo il credito tributario deve essere trattato alla stregua di tutti i creditori privilegiati. Ciò vuol dire che, nel caso in cui il patrimonio del debitore risulti incapiente, sarà possibile degradare al chirografo il credito privilegiato dell'Amministrazione Finanziaria e prevederne il pagamento sino alla concorrenza del valore stabilito nell'attestazione del professionista.

Di conseguenza, l'Erario avrebbe diritto di esprimere il voto sulla proposta per la parte del credito falcidiata, e non vi era alcuna disposizione - come accadeva già con gli accordi di ristrutturazione dei debiti - che consentiva di pervenire ugualmente all'omologa del concordato preventivo anche senza il consenso dell'Erario, nonostante per natura il concordato preventivo non sia, come visto, uno strumento negoziale a differenza degli accordi di ristrutturazione con i quali, invece, era già prevista una fattispecie di "estensione forzata" dell'accordo anche all'Amministrazione Finanziaria non consenziente. E vi è di più: tale possibilità era addirittura già prevista dall'art. 80, terzo comma, CCI relativamente al concordato minore[7]. Con l'emanazione del richiamato decreto correttivo si è avuto, quindi, un "riallineamento" tra

le procedure prevedendo, tramite la modifica del comma 5 dell'art. 48 CCI, anche nel caso del concordato preventivo la possibilità di ottenerne l'omologa anche senza il consenso dell'Amministrazione Finanziaria, previa valutazione della convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

3.

La disciplina delle misure protettive nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Se da un lato il legislatore della riforma, attraverso le descritte modifiche, amplia le tutele per l'imprenditore al fine di agevolare l'accesso agli strumenti di risoluzione della crisi (specialmente con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa), dall'altro lato fa un "dietrofront" rispetto all'impianto normativo oggi vigente in merito alle misure protettive. Invero, né l'art. 94 CCI, per il concordato preventivo, né l'art. 78 CCI, per il concordato minore, contemplano il divieto automatico di avviare azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore né una automatica improseguibilità delle procedure pendenti, a differenza di quanto oggi previsto dall'art. 168 Legge Fallimentare e dall'art. 10 L. 3/2012. Per beneficiare di tali effetti - decorrenti comunque, per il concordato preventivo, dalla data di iscrizione della domanda nel registro delle imprese (art. 54, comma 2, CCI), e, per il concordato minore, dalla data del decreto del Giudice (art. 78, comma 2, lett. d, CCI) - sarà necessaria, infatti, un'apposita richiesta/istanza da parte del debitore contestualmente al deposito della domanda di cui all'art. 40 CCI (concordato preventivo) o art. 76 CCI (concordato minore), e ciò anche nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, per i quali oggi vige un divieto/sospensione automatico delle azioni esecutive o cautelari per sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (art. 182-bis L.F.).

Ciò che però stravolge sostanzialmente la disciplina tracciata al riguardo dalla Legge Fallimentare è l'introduzione di precisi limiti delle misure protettive, in quanto:

1. gli effetti protettivi, per le imprese "non minori"[8], si producono inizialmente per un lasso di tempo pari (al massimo) a trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro imprese, ma la perdurante efficacia degli stessi è soggetta ad una conferma da parte del Giudice, il quale si deve altresì esprimere in ordine alla loro durata che, come previsto dal decreto correttivo del 13 febbraio 2020, non potrà essere superiore a quattro mesi (art. 55, comma 3, CCI);
2. in ogni caso la durata massima complessiva delle misure protettive "non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe" (art. 8 CCI), dovendosi

computare a tal fine anche le misure protettive eventualmente concesse nell'ambito del procedimento di composizione assistita della crisi. Tale novità dovrebbe coinvolgere anche le procedure di composizione di crisi da sovraindebitamento.

Sebbene la ratio sia quella di evitare l'uso (rectius abuso) di tali strumenti solo al fine di ottenere i benefici che ne discendono prima citati - e per tale motivo ciò potrebbe essere coerente con la previsione del comma terzo dell'art. 55 CCI che rimette al Giudice la decisione di confermare o revocare le misure protettive - è altresì vero che limitare la durata delle misure protettive ad un periodo massimo di dodici mesi potrebbe, talvolta, costituire un (grosso) problema, in quanto alcuni creditori, procedendo individualmente sui beni del debitore prima della eventuale omologa, potrebbero ostacolare la proficua prosecuzione degli accordi e/o del concordato. E tale limitazione è stata addirittura rafforzata con il decreto correttivo citato, laddove ha previsto che la conferma del Giudice possa "prolungare" la durata delle misure protettive per un periodo non superiore a quattro mesi, facendo intendere, quindi, che la durata delle stesse potrà essere anche inferiore a dodici mesi.

4.

Gli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento.

Le novità si riscontrano anche relativamente ai piani attestati di risanamento, oggi nominati e disciplinati esclusivamente nella lett. d) del terzo comma dell'art. 67 L.F., che stabilisce l'esenzione da revocatoria fallimentare nel caso in cui gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore siano stati posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento dell'impresa. Detti piani, invece, trovano maggiore spazio nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in quanto il legislatore all'art. 56, rubricato "Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", ne ha introdotto una disciplina autonoma ed analitica.

Resta la previsione dell'esenzione da azione revocatoria (fallimentare e ordinaria) per gli atti, i pagamenti e le garanzie sui beni del debitore posti in essere in esecuzione dei piani attestati di risanamento, ma l'art. 166 CCI, seguendo probabilmente l'impostazione della Corte Suprema di Cassazione[9], introduce una causa di "non esenzione" - che potrebbe far venire meno l'interesse nella scelta di tale strumento a beneficio degli accordi di ristrutturazione dei debiti - consistente nel dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia.

5.

Le modifiche riguardanti la crisi da sovraindebitamento.

Spostando ora il discorso alla disciplina del sovraindebitamento^[10] (fino al 1 settembre 2021, così come per le procedure già avviate sino a tale data, ex L. 3/2012), va detto innanzitutto che la riforma introduce una norma estremamente di favore per i consumatori - cioè coloro che hanno contratto obbligazioni esclusivamente per scopi personali ovvero per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale - vale a dire l'esdebitazione del debitore sovraindebitato incapiente. In particolare, l'art. 283 CCI consente al debitore persona fisica di conseguire, per una sola volta nella vita, la liberazione da tutti i debiti anche senza offrire nulla ai propri creditori, se però ricorrono particolari condizioni (che dovranno essere indicate nella relazione dell'OCC) quali:

1. l'effettiva incapacità di quest'ultimo di offrire qualsiasi utilità (diretta o indiretta), nemmeno in prospettiva futura, in quanto assenti o occorrenti al minimo sostentamento proprio e del nucleo familiare. È comunque fatto salvo l'obbligo per il debitore di provvedere al pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del Giudice nel caso in cui dovessero sopravvenire utilità rilevanti tali da consentire il soddisfacimento dei creditori in misura pari almeno complessivamente al 10%;
2. la meritevolezza del debitore, che a sua volta può intendersi come:
3. l'assenza di atti in frode ai creditori;
4. la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento.

Appare, dunque, evidente l'attenzione posta dal legislatore per il debitore incapiente, introducendo espressamente una norma a tutela di coloro che, per cause a loro non imputabili, non hanno ulteriori "vie di uscita", concedendo loro la possibilità di lasciarsi definitivamente alle spalle il sovraindebitamento e ripartire con il diritto di avere una vita dignitosa e serena.

Il problema che si pone è, stavolta, dal lato dei creditori, i quali non sarebbero soddisfatti nemmeno in minima parte. Si tratta, di fatto, di un sostanziale "esproprio" del diritto di credito, consentito dalla legge purché vi sia un ristoro e che potrebbe quindi comportare eventuali profili di incostituzionalità.

Per quanto concerne gli altri strumenti di risoluzione della crisi da sovraindebitamento (diversi dal piano

di ristrutturazione dei debiti del consumatore), si nota che scompare la dizione “accordo di ristrutturazione dei debiti” per lasciare spazio all’analogica procedura denominata “concordato minore” (artt. 74 e ss. CCI), utilizzabile solo se questa consente la continuazione dell’attività imprenditoriale o professionale ovvero, nel caso in cui la proposta preveda la cessazione dell’attività, solo se è previsto l’apporto di risorse esterne tali da aumentare in “misura apprezzabile”**[11]** la soddisfazione dei creditori.

Come per il concordato preventivo, il concordato minore contiene una proposta negoziale fatta dal debitore ai creditori, e prevede una conseguente votazione di questi ultimi; se si raggiunge la maggioranza del 50% (come per il concordato preventivo, a differenza del 60% tutt’ora vigente) la proposta di concordato minore viene omologata dal Tribunale con i conseguenti effetti protettivi in sede di eventuale azione revocatoria (in caso di successiva apertura di liquidazione controllata).

Un discorso a parte va effettuato per le imprese agricole, in quanto queste ultime, a prescindere dalle soglie dimensionali, potranno scegliere di utilizzare, quale strumento di risoluzione della crisi più adatto, sia il concordato minore (come oggi è previsto per la proposta di accordo nell’ambito della crisi da sovraindebitamento) sia - e questa è la novità - l’accordo di ristrutturazione dei debiti**[12]**, oggi disciplinato dall’art. 182-bis L.F. e, dal 1 settembre 2021, dagli artt. 57 e ss. del Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza, e che, per le imprese commerciali, è utilizzabile solo per se vengono superati i limiti dimensionali di cui all’art. 1 L.F. ovvero art. 2 CCI**[13]**.

La differenza rilevante, oltre alle percentuali da raggiungere per ottenere l’omologa di una o l’altra procedura, è che nel caso del concordato minore vige il principio del silenzio assenso, mentre nell’accordo di ristrutturazione, essendo come detto un contratto, è necessario il consenso espresso dei creditori (ad eccezione dei casi ad efficacia estesa prima descritti), che devono necessariamente sottoscrivere l’accordo. Tuttavia va detto altresì che il concordato minore è una procedura concorsuale, ed in quanto tale resta soggetto ad una serie di vincoli, quali la disciplina della falcidia dei creditori privilegiati (a certe condizioni, quali l’incapienza sui beni del debitore) oppure il rispetto della par condicio creditorum; vincoli che non esistono negli accordi di ristrutturazione, in quanto vi è una libertà negoziale.

Ci si potrebbe domandare come mai l’impresa agricola potrà usufruire anche degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nonostante resti, generalmente, una impresa non fallibile**[14]**.

La ratio dovrebbe essere quella di consentire anche all’impresa agricola di utilizzare lo strumento della transazione fiscale**[15]**, non previsto nel caso del concordato minore ma solo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

6.

Le potenziali criticità riguardanti la “nuova” liquidazione controllata dei soggetti sovraindebitati (non fallibili).

Se oggi con la Legge n. 3 del 2012 è previsto che la liquidazione del patrimonio (ex artt. 14-ter e ss.) può essere chiesta solo dal debitore (che si tratti di consumatore, di lavoratore autonomo, imprenditore individuale, di impresa agricola o di impresa commerciale “minore”), con l’entrata in vigore del nuovo codice viene introdotta l’iniziativa da parte dei creditori e del Pubblico Ministero (in quest’ultimo solo se si tratta di impresa) per richiedere l’apertura della liquidazione controllata (procedura sostanzialmente analoga al fallimento/liquidazione giudiziale).

La conseguenza è che tale circostanza attenua in modo considerevole – almeno per i fini cui è destinata la procedura coattiva – la differenza tra piccole imprese e grandi imprese, in quanto il mancato superamento dei limiti dimensionali non precluderà ai creditori di chiedere l’apertura di una procedura concorsuale coattiva sul patrimonio dell’impresa, così come viene meno l’importanza dell’esonero da fallimento per le imprese agricole e per le persone fisiche. Ed infatti, a parere di chi scrive, ciò che desta maggiori preoccupazioni è che – almeno da quanto emerge dal tenore letterale dell’art. 268 CCI – quanto detto possa valere anche nei confronti del debitore persona fisica (consumatore), **purché in stato di insolvenza**, visto che non ne è fatta espressa esclusione. Ci si potrebbe, dunque, trovare dinanzi a situazioni (estreme) in cui un creditore qualsiasi – quale ad esempio una banca erogante un mutuo ipotecario per l’acquisto della prima casa – anziché agire individualmente potrà chiedere l’apertura di una procedura concorsuale coattiva sui beni del debitore, con tutte le conseguenze sfavorevoli che ne discendono. Se, quindi, da un lato il legislatore sembra avere un occhio di riguardo per il debitore persona fisica, per le imprese agricole e per le imprese commerciali minori con l’introduzione delle norme sopra descritte, dall’altro lato crea un “controsenso” poiché consente ai creditori di chiedere ad libitum, con l’eccezione derivante dalla verifica dello stato di insolvenza, che il patrimonio venga liquidato coattivamente.

Una lieve mitigazione è contenuta nel decreto correttivo del 13 febbraio 2020, in quanto stabilisce una soglia minima debitoria perché possa procedersi con l’apertura della liquidazione controllata (ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell’istruttoria è inferiore a euro ventimila), così come già oggi è previsto dall’art. 15, comma 9, L.F. per la dichiarazione di fallimento ed in maniera analoga anche dall’art. 49, comma 5, CCI (debiti scaduti e non pagati complessivamente pari ad almeno euro trentamila).

Va altresì osservato come, in merito alla procedura di liquidazione controllata dei soggetti sovraindebitati, la richiesta di apertura da parte dei creditori non sembra disciplinata in modo puntuale, e per quanto

concerne gli aspetti procedurali e con riguardo all'attività dell'Organismo di Composizione della Crisi (OCC). Da un lato, infatti, il decreto correttivo sembra propendere per un'assenza dell'attività dell'OCC quando la richiesta di apertura è effettuata da un creditore, laddove all'art. 270, comma 1, CCI ha previsto che il tribunale possa nominare il liquidatore **confermando** l'OCC in caso di domanda presentata dal debitore. Dall'altro lato, sempre il decreto correttivo del 13 febbraio 2020 ha modificato l'art. 268 CCI, prevedendo che anche in caso di richiesta da parte di un creditore può essere nominato un OCC - presumibilmente dal Tribunale - tuttavia solo se trattasi di debitore persona fisica e solo su richiesta di quest'ultimo, qualora tale nomina sia funzionale ad attestare l'assenza di attivo da distribuire ai creditori, nemmeno recuperabile attraverso azioni giudiziarie, e di conseguenza qualora sia funzionale ad evitare l'apertura della liquidazione controllata poiché certamente infruttuosa.

Ancora, si osserva che manca, a parere dello scrivente, una norma che regoli i rapporti (procedurali) tra la richiesta avanzata dai creditori di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di imprese commerciali (teoricamente) minori in luogo della liquidazione controllata, o viceversa, posto che non sempre è agevole per soggetti estranei all'impresa verificare ex ante il superamento delle soglie di fallibilità. Si pensi ad esempio ad una società di persone o ad una ditta individuale: è del tutto evidente che in questi casi, non essendo tali soggetti obbligati alla redazione del bilancio e al deposito presso la Camera di Commercio competente, tali dati debbano desumersi da altri documenti (es. dichiarazioni dei redditi) generalmente non in possesso dei creditori, i quali potrebbero optare per la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale[16]. E sebbene l'effetto sul patrimonio del debitore sia del tutto analogo nelle due procedure liquidatorie, potrebbero esserci invece risvolti differenti in sede penale, se si considera che i reati commessi dall'imprenditore **in liquidazione giudiziale** sono disciplinati dal Titolo IX, Capo I, mentre quelli commessi nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sono disciplinati dal Titolo IX, Capo IV, ed unicamente dall'art. 344 CCI ("Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi), che prevede ipotesi lievemente differenti, pene meno severe, e non comprende tutte le fattispecie disciplinate dal Capo I.

Tralasciando gli aspetti procedurali riguardanti l'apertura della procedura di liquidazione controllata e di liquidazione giudiziale e senza entrare nel merito delle stesse, ciò che si nota facilmente è l'impostazione normativa maggiormente strutturata della liquidazione giudiziale rispetto alla liquidazione controllata, per cui eventuali "vuoti normativi" di quest'ultima potranno essere colmati applicando in via analogica, ove possibile, le disposizioni previste per la procedura maggiore.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla mancanza di una norma che disciplini i "casi di chiusura" oppure di "previsione di insufficiente realizzo", presenti nella liquidazione giudiziale (rispettivamente art. 233 CCI e art. 209 CCI). Ciò lascia intendere che la norma risente ancora dell'influenza della disciplina attuale (artt. 14-ter e ss. L. 3/2012) dove il debitore è l'unico legittimato a chiedere l'apertura della procedura di liquidazione del proprio patrimonio, finalizzata al ristoro, anche in minima parte, dei propri creditori e alla finale esdebitazione. Tuttavia, dal momento che si è data la possibilità anche ai creditori di richiedere l'apertura di detta procedura, non è da escludere che vi potranno essere casi in cui risulti che non potrà essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al

passivo, ovvero che la prosecuzione della procedura non consentirà di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura. In merito agli esempi effettuati, come già accennato, una lieve mitigazione, seppur circoscritta al solo debitore persona fisica - e non se ne comprende la motivazione[17] -, proviene dal nuovo comma terzo dell'art. 268 CCI introdotto dal decreto correttivo del 13 febbraio 2020, il quale ha previsto che "Quando la domanda è proposta da un creditore nei confronti di un debitore persona fisica non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'OCC, su richiesta del debitore, attesta che non è possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori neppure mediante l'esercizio di azioni giudiziarie. [...]".

Al di fuori di quanto evidenziato, va osservato che il decreto correttivo del 13 febbraio 2020 ha attenuato le marcate differenze che si rinvenivano tra le due procedure in merito alla procedura di esdebitazione (Capo X, Sez. I), in quanto sono state interamente estese anche alla liquidazione controllata le condizioni già previste per la liquidazione giudiziale ex art. 280 CCI, aggiungendone una che riguarda la meritevolezza del debitore ("[...] nonché nelle ipotesi in cui il debitore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode"), prima prevista - stranamente - solo per il debitore consumatore (tale circostanza, del resto, è prevista anche dall'art. 69, comma 1, CCI, quale condizione soggettiva ostativa per l'accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore). Invero, vi era una (ingiustificata) disparità di trattamento non solo tra le due procedure liquidatorie ma anche tra i diversi soggetti non fallibili, in quanto l'esdebitazione nella liquidazione controllata era preclusa unicamente nei casi di condanna del debitore, con sentenza passata in giudicato, per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività di impresa, salvo riabilitazione; mentre era preclusa una seconda volta nell'arco di cinque anni, ovvero per più di due volte, unicamente al debitore consumatore.

Volume consigliato

Note

[1] Per le procedure aperte prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, infatti, continuerà ad applicarsi l'attuale legge fallimentare.

[2] Applicabili sia agli imprenditori individuali sia agli imprenditori collettivi. L'imprenditore individuale deve infatti adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte. L'imprenditore collettivo deve, in termini analoghi, adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Si precisa che già l'art. 11 del Decreto Legge 2 marzo 2020, n. 9, recante Misure urgenti di sostegno per

famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, aveva previsto un differimento degli effetti dei nuovi sistemi di allerta di sei mesi per tutte le imprese italiane di qualunque dimensione, mentre l'art. 5 del D.L. 23 dell'8 aprile 2020 ha modificato l'art. 389, comma 1, CCI prevedendo che il D.lgs. 14/2019 entra in vigore l'1 settembre 2021, per cui anche le segnalazioni agli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI), che dovevano essere inizialmente istituiti entro il 15 agosto 2020 presso ciascuna camera di commercio, dovranno effettuarsi a decorrere dal 1 settembre 2021.

Altre disposizioni, quali ad es. l'adozione, da parte dell'imprenditore, di un adeguato assetto organizzativo ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi (art. 2086 del codice civile, modificato dall'art. 375 CCI), sono già in vigore dal 16 marzo 2019, in quanto fatte salve anche dalla modifica di cui all'art. 5 D.L. 23/2020.

[3] Il vantaggio, rispetto ad una ipotesi di accordo stragiudiziale, è evidente: grazie all'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti si ottengono diversi benefici, tra cui le misure cautelari protettive (su istanza di parte), l'esenzione da azione revocatoria relativamente agli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato (nel caso in cui vada male l'accordo e si va in fallimento), nonché l'esenzione da sanzioni penali (bancarotta fraudolenta preferenziale) ex art. 324 CCI (oggi art. 217-bis L.F.).

[4] Nel quadro normativo delineato, infatti, manca un provvedimento di apertura al quale facciano seguito progressivi adempimenti giudiziali, così come manca la nomina di organi di gestione o di controllo dell'impresa in crisi, la quale resta nelle mani dell'imprenditore (che, quindi, non subisce lo spossessamento, anche attenuato) sotto la sua esclusiva responsabilità. Questi accordi - come detto - non coinvolgono la massa dei creditori in quanto tali, ovvero non si riverberano erga omnes, ma restano limitati, in applicazione di principi di natura contrattuale, ai creditori aderenti. Ciò comporta la non applicabilità del principio di concorsualità sistematizzata tipico delle procedure concorsuali vere e proprie, con la conseguenza che i creditori non aderenti sono comunque liberi di aggredire ed escutere il patrimonio del debitore anche successivamente all'omologazione dell'accordo e le parti contraenti sono libere di prevedere trattamenti diversificati tra creditori di pari rango anche in assenza di omogeneità giuridica e di interessi economici. In tale ottica, l'accordo di ristrutturazione è stato considerato un istituto di natura esclusivamente privatistica che vincola, in applicazione di principi di natura contrattuale (così Trib. Bologna 17 novembre 2011); D. FICO, Accordo di ristrutturazione e par condicio creditorum, 26 Maggio 2016, <http://ilfallimentarista.it/articoli/quesiti-operativi/accordo-di-ristrutturazione-e-par-condicio-creditorum>.

[5] Queste sono quelle dettate in maniera dettagliata dal comma 2 dell'art. 61 CCI, ovvero:

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

1. b) l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84, comma 2;
2. c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;
3. d) 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;
4. e) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo [...].

[6] L'elemento innovativo che emerge rispetto alla vigente disciplina è rappresentato dalla scelta di separare gli accordi di ristrutturazione (art. 61) dalla convenzione di moratoria (art. 62), pur rispondendo entrambi gli istituti ad una finalità sostanzialmente comune.

[7] “[...] Il giudice omologa altresì il concordato minore anche in mancanza di adesione da parte dell’amministrazione finanziaria quando l’adesione è determinante ai fini del raggiungimento della percentuale di cui all’art. 79, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze, sul punto, della specifica relazione dell’OCC, la proposta di soddisfacimento dell’amministrazione è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria [...]”.

[8] Il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore ed il concordato minore, infatti, non sono disciplinati dagli articoli 40 CCI (“Domanda di accesso alla procedura”), 54 CCI (“Misure cautelari e protettive”) e 55 CCI (“Procedimento”) ma trovano una autonoma disciplina nel Capo II del Titolo IV (artt. 65 - 83 CCI), ivi inclusa quella relativa alle misure protettive, fermo restando il disposto di cui all’art. 8 CCI circa la durata massima delle stesse.

[9] Si tratta della sentenza n. 11497 del 23 maggio 2014, in base alla quale “[...]il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obbiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole [...]. Tale principio è stato essenzialmente richiamato anche nella successiva sentenza n. 13719 del 5 luglio 2016 della S.C. in tema di piani attestati di risanamento, stabilendo che, a certe condizioni, un atto in esecuzione di detti piani attestati, pur in presenza di una specifica normativa di esenzione, possa essere soggetto ad azione revocatoria. Sul punto cfr. M. POLLIO,

M. LONGONI, La riforma del fallimento: Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Class Editori, 2019.

[10] Applicabile al consumatore, alle imprese agricole (con qualche eccezione) ed alle imprese commerciali "minori" - cioè quelle che non superano congiuntamente i limiti di cui all'art. 1 L.F. (art. 2 CCI) ed in particolare: a) attivo patrimoniale non superiore ad euro 300.000,00 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale (o di altra procedura concorsuale) o dall'inizio dell'attività (se di durata inferiore); b) ricavi - in qualunque modo risultino (il nuovo codice elimina la parola "lordi" - non superiori ad euro 200.000,00 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale (o di altra procedura concorsuale) o dall'inizio dell'attività (se di durata inferiore); c) debiti anche non scaduti non superiori ad euro 500.000,00.

[11] Resterà da capire come i Giudici intenderanno determinare tale "misura apprezzabile" relativa alla maggiore soddisfazione dei creditori, e se questa - se non ritenuta sufficiente - possa costituire una causa di inammissibilità al concordato minore senza continuazione dell'attività.

[12] Lo prevede espressamente l'art. 57 CCI relativamente agli accordi di ristrutturazione dei debiti ("Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza [...]).

[13] v. nota n° 10.

[14] L'avverbio "generalmente" è d'obbligo, in quanto la giurisprudenza ha da tempo elaborato dei principi cui attenersi perché anche una impresa che svolga attività agricola possa essere esonerata dal fallimento. In particolare, la mera iscrizione di un'impresa nel Registro delle Imprese in qualità di soggetto esercente attività agricola ai sensi dell'articolo 2135 c.c., di per sé non rappresenta uno schermo sufficiente contro la fallibilità; bisogna quindi procedere a una verifica dell'effettiva attività esercitata e, nel caso in cui sia rinvenibile lo svolgimento effettivo e reale di un'attività commerciale, viene meno la schermatura agricola e la società diviene fallibile (Cfr. sentenza della S.C. n. 24995/2010).

Ed ancora, si richiama la sentenza n. 16614/2016 della S.C. secondo cui "l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'articolo 2135, terzo comma, cod. civ., assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e la commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ex articolo 2135, primo comma, il corrispondente onere probatorio". In senso conforme anche le sentenze n. 24995/2010 e n. 23158/2018. Cfr. L. SCAPPINI, in L'attività agricola non sempre salva dal fallimento, Euroconference, 2019, <https://www.ecnews.it/lattivita-agricola-non-sempre-salva-dal-fallimento/>.

[15] Cioè la possibilità di trattare preventivamente direttamente con l'Amministrazione Finanziaria (o l'Ente Previdenziale) l'eventuale pagamento parziale e dilazionato del suo credito, in misura comunque non inferiore a quanto ricavabile in caso di alternativa liquidatoria, senza ricorrere necessariamente agli accordi ad efficacia estesa.

[16] Nonostante le procedure di allerta siano finalizzate ad eliminare i casi in cui le imprese possano giungere ad uno stato di insolvenza irreversibile senza aver già in precedenza tentato una risoluzione della crisi, non è da escludere che continueranno a sussistere, soprattutto per le imprese sprovviste di collegio sindacale, situazioni di insolvenza non trattate precedentemente, tra cui anche quelle in cui sia di fatto impossibile determinare il superamento delle soglie di cui all'art. 2 CCI o meno (es. per mancanza delle scritture contabili o delle dichiarazioni dei redditi).

[17] Non è detto, infatti, che un imprenditore individuale o commerciale minore o agricolo, solo per il fatto di svolgere attività imprenditoriale, debba necessariamente avere attivo da distribuire ai creditori.

<https://www.diritto.it/il-nuovo-codice-della-criisi-dimpresa-e-dellinsolvenza-novita-agevolazioni-e-problemat-iche-degli-strumenti-di-risoluzione-della-criisi/>