

L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla Direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità.

1. Il rinvio del codice della crisi.

Nel suo stimolante Editoriale pubblicato sul n. 2/2020 della Rivista Francesco De Santis s'interrogava su che cosa restasse, dopo il ciclone pandemico, delle "magnifiche sorti e progressive" del codice della crisi. Oggi il quadro si fa più chiaro. Il legislatore ha confermato la sua volontà di far entrare in vigore il codice. Molte delle innovazioni contenute nell'impianto originale sono già state anticipate nella legge fallimentare, tuttora in vigore. Esse saranno verosimilmente confermate. Mancherà invece, in parte, la riforma più significativa contenuta del codice, ovvero il sistema dell'allerta, rinviato al 31 dicembre 2023 e probabilmente sostituito dal nuovo procedimento di composizione negoziata introdotto dal recentissimo d.l. 24 agosto 2021, n. 118.

Abbiamo detto che l'allerta è rinviata soltanto in parte, perché l'obbligo di introdurre assetti adeguati nell'organizzazione dell'impresa, idonei a segnalare tempestivamente le situazioni di difficoltà e di porvi rimedio in modo da salvaguardare la continuità aziendale è già in vigore, contenuto nell'art. 2086 c.c., una delle poche norme la cui vigenza non è stata oggetto della originaria lunga *vacatio legis* di un anno. Il codice deve però fare i conti con la Direttiva 1023/2019 della U.E., nel frattempo entrata in vigore, sì che il suo impianto deve essere, anche qui soltanto in parte, rivisto. E deve inoltre fare i conti, come segnalava già Francesco De Santis, con la legislazione d'emergenza emanata a causa ed in occasione del Covid-19, soprattutto con i nuovi istituti previsti dal d.l. 118, recante "*misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*".

Il rinvio del codice, secondo le intenzioni dichiarate dal legislatore, non prelude ad una sua abrogazione o accantonamento. Se il codice, infatti, non entra ancora in vigore¹, numerose disposizioni sono state "recuperate" inserendole nel testo della vigente legge fallimentare. Così è avvenuto per quanto concerne parte della disciplina del sovraindebitamento, in particolare per gli istituti dell'esdebitazione anticipata e delle procedure familiari². La l. 27 novembre 2020, n. 159 che ha convertito il d.l. 125/2020, ha modificato gli artt. 180, 182 *bis* e 182 *ter* l.fall. in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti, relativamente al trattamento dei debiti tributari e contributivi. Lo stesso decreto

¹ L'art. 5, comma 1, del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020 n. 40, aveva già rinviato l'entrata in vigore del codice di un anno nella consapevolezza che il complesso sistema dell'allerta esterna e interna e degli OCRI presso le Camere di Commercio non sarebbe stato in grado di reggere l'impatto delle troppe segnalazioni ingenerate dalla situazione di generale difficoltà delle nostre imprese provocata dal Covid – 19. L'art. 5, comma 14, d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito in legge 21 maggio 2021, n. 69 aveva poi disposto il rinvio al 2023 degli obblighi di segnalazione al debitore gravanti in capo all'Agenzia delle Entrate. La legge di conversione ha esteso il rinvio agli obblighi di segnalazione al debitore gravanti su INPS e agente della riscossione, modificando l'ultimo comma dell'art 15 CCII.

² Questi istituti sono stati introdotti, insieme ad altre modifiche, dal decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, che ha modificato la legge 3/2012.

legge 118/2021 con gli artt. 182 *septies, octies, novies* inserisce nella ancora vigente legge fallimentare gli accordi di ristrutturazione agevolati e modifica gli accordi ad efficacia estesa, oltre che la convenzione di moratoria, istituti che già erano contenuti nell'attuale testo della legge fallimentare, ma che erano stati rielaborati nel codice della crisi e per i quali il legislatore ha ora provveduto ad una ulteriore messa a punto. Il nuovo art. 182 *decies* regola le sorti dell'accordo di ristrutturazione per quanto concerne i soci illimitatamente responsabili ed i coobbligati solidali.

Lo scalino normativo tra la legge fallimentare ed il codice si va pertanto riducendo, anche se permangono profonde differenze tra le due discipline, prima tra tutte la nozione di prevalenza della continuità aziendale dettata dall'art. 84 CCII ed i maggiori limiti al ricorso al concordato preventivo liquidatorio.

Se l'intera disciplina dell'allerta è rinviata di due anni per poter, come si esprime la Relazione illustrativa del decreto legge, *sperimentare l'efficienza e l'efficacia della composizione negoziata istituita con il ... decreto legge 118/2021, rivedere i meccanismi di allerta contenuti nel Codice della crisi d'impresa e per allineare l'entrata in vigore dell'allerta esterna ai tempi di rinvio disposti con la modifica dell'articolo 15 dello stesso Codice disposta con il citato decreto-legge n. 41/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 69/2021*, il rinvio della restante disciplina del codice è molto più contenuto perché è legato "soltanto" alla necessità di adeguare il codice alla Direttiva, cui il legislatore deve necessariamente procedere in tempi brevi.

L'Italia, come la maggioranza³ dei 27 Paesi dell'Unione Europea, si è avvalsa della facoltà di rinviare l'entrata in vigore della Direttiva, ai sensi dell'art. 34, par. 2 della Direttiva stessa, di un anno. Il termine per il recepimento scade pertanto il 17 luglio 2022. Il combinato disposto della legge di delegazione europea 22 aprile 2021, n. 53, e dell'art. 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, comporta che il decreto legislativo di recepimento dovrà intervenire almeno quattro mesi prima della scadenza del termine indicato nella Direttiva e quindi prima che scada la proroga dell'entrata in vigore del codice.

Il rinvio permetterà di adeguare il testo alla Direttiva e di rivalutare le disposizioni contenute nel decreto legge 118/2021 alla luce del quadro normativo complessivo che deriverà dall'entrata in vigore del codice, dall'abrogazione della legge fallimentare e dalla stessa disciplina del decreto legge relativa alla composizione negoziata ed al concordato liquidatorio semplificato.

Una difficoltà nella redazione del testo definitivo del codice della crisi, già ritoccato con il decreto correttivo 26 ottobre 2020, n. 147, sarà rappresentata dal fatto che la legge di delegazione europea, come purtroppo è già avvenuto in passato per altre materie, non detta specifici criteri di delega. In molti punti la Direttiva lascia agli Stati membri opzioni alternative, come ad esempio seguire la soluzione di default ed introdurre nel nostro ordinamento la regola dell'*alternative priority rule*⁴ ovvero

³ Ad oggi sono intervenuti Germania, Olanda, Francia, Grecia, cui è ragionevole prevedere che si aggiungerà l'Italia prima della scadenza di luglio 2022. La Spagna, che aveva recentemente aggiornato la sua legislazione, non può ritenersi sostanzialmente inadempiente. Può ritenersi dubbio che tutti i 27 Stati membri rispettino il termine del luglio 2022.

⁴ Su cui *infra*.

mantenere il diverso criterio dell'*absolute priority rule*, cui si rifanno gli artt. 2740 e 2741 c.c.

Il Governo dovrà valutare se, in difetto di criteri di delega, il testo attuale del codice possa essere modificato soltanto dove è in contrasto con norme cogenti della Direttiva o se invece il silenzio del legislatore delegante possa consentire di attuare le opzioni alternative che essa offre. Occorrerà anche considerare che ai sensi dell'art. 4, par. 5, della Direttiva, i quadri di ristrutturazione preventiva conformi alla Direttiva stessa⁵, possono “*consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale*”. In altri termini l'ordinamento nazionale può prevedere una o più procedure di ristrutturazione. Ciò che conta è che vi sia almeno un'opzione conforme alla disciplina unionale.

La Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime diretto a facilitare la ristrutturazione preventiva dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza (*insolvency likelihood*). Per raggiungere tale risultato essa non richiede una disciplina completa della procedura di ristrutturazione, ma ne regola soltanto alcuni aspetti: la previsione di *early warning tools*, la possibilità di concessione e revoca della sospensione delle azioni esecutive, il contenuto e la disciplina del piano di ristrutturazione, il regime di formazione, per alcuni versi obbligatoria, delle classi, ivi compresi gli *equity holders*, gli interventi, per un verso limitati e per l'altro obbligatori, del giudice e dell'Autorità amministrativa che in taluni ordinamenti ne esercita le funzioni (in Italia il Ministero dello Sviluppo economico nel caso dell'amministrazione straordinaria).

Il legislatore europeo ha lasciato flessibilità agli ordinamenti nazionali, prevedendo che gli Stati membri siano tenuti ad applicare principi comuni nel rispetto dei sistemi giuridici nazionali (Considerando 16). Si tratta quindi di “*andare al di là della cooperazione giudiziaria e stabilire norme sostanziali minime per le procedure di ristrutturazione preventiva come anche per le procedure che portano all'esdebitazione dai debiti contratti dagli imprenditori*” (Considerando 12).

La Direttiva introduce l'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime, definito come quadri di ristrutturazione preventiva (*preventive restructuring frameworks*) diretto a facilitare la ristrutturazione dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza. Questo regime in linea di principio è riservato ai debitori in difficoltà finanziarie. Quando la situazione di crisi derivi da altre cause, il Considerando 28 richiede che sussista “*una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza*”.

Si indicano le finalità della nuova disciplina - impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica del debitore (art. 1, par. 1, lett. a), ma non viene definita la struttura, limitandosi l'art. 4 a precisare che essa deve consentire al debitore di ristrutturare i suoi debiti o la sua attività, ripristinare l'operatività dell'azienda ed evitare l'insolvenza. Il legislatore europeo non ci dice in che cosa in concreto possa consistere questa disciplina preventiva. Come abbiamo già ricordato, essa può

⁵ La previsione dell'art. 4, par. 5, che come osservato nel testo, lascia ampia elasticità al legislatore nazionale riguarda soltanto i quadri di ristrutturazione preventiva. Non si riferisce invece agli *early warning tools*, alla disciplina dell'incapacità e dell'esdebitazione dell'imprenditore che sia stato assoggettato a procedura liquidatoria ed alle restanti parti della Direttiva.

tradursi in una o più procedure od anche soltanto in idonee misure o disposizioni. Non ha carattere esclusivo perché gli Stati membri possono prevedere altre disposizioni volte ad evitare l'insolvenza ed inoltre, ai sensi del par. 5 dell'art. 4, sono fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale. In dottrina⁶ si è argomentato, con specifico riferimento ai quadri di ristrutturazione preventiva disciplinati dal titolo II della Direttiva, dall'art. 4, par. 5 e dal Considerando 29 che precisa che *“Qualora la presente direttiva sia applicata attraverso più di una procedura nell'ambito di un quadro di ristrutturazione, il debitore dovrebbe avere accesso a tutti i diritti e le garanzie previsti dalla presente direttiva al fine di conseguire una ristrutturazione efficace”*. Si è quindi rilevato che il nostro ordinamento è caratterizzato da una panoplia di strumenti di regolarizzazione preventiva della crisi e dell'insolvenza, giudiziali e stragiudiziali, che spaziano dagli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo in continuità e che considerano anche il piano attestato rafforzato, recentemente introdotto dall'art. 9, comma 5 bis, d.l. 23/2020 convertito in legge 5 giugno 2020, n. 40, strumenti tutti tra i quali si è venuta ad instaurare, per il tramite dell'istituto della domanda con riserva, una sorta di circolarità. Si può muovere da una domanda iniziale per “virare” dall'una all'altra procedura, realizzando proprio la flessibilità suggerita dalla disciplina unionale. Di qui la conclusione che, salvo qualche aggiustamento, il codice della crisi rispetti le regole stabilite dalla Direttiva, purché la verifica di conformità sia effettuata in modo diffuso ed olistico.

A legislazione invariata le regole della Direttiva si attagliano ora all'uno ora all'altro dei vari strumenti nazionali, posto che essa non considera presupposti indefettibili dei quadri di ristrutturazione preventiva il coinvolgimento di tutti i creditori (art. 8, lett. e), la presenza del giudice che è limitata ai soli casi in cui è necessaria e proporzionata (art. 4, par. 6) e comunque facoltativa ove i diritti delle parti interessate siano altrimenti garantiti, la nomina giudiziale di un professionista, in Italia il commissario giudiziale (art. 5), l'apertura formale di una procedura (art. 29, par. 1 e 2), l'omologazione (art. 10, par. 1), peraltro necessaria quando il piano incida sui crediti o sugli interessi delle parti dissenzienti, quando vi sia finanza nuova perché essa rischia comunque di incidere su tali crediti o interessi, quando sia prevista la perdita di almeno il 25% della forza lavoro.

Non occorre che ognuna delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal codice sia pienamente compatibile con le regole in materia di ristrutturazione dettate dalla Direttiva. E' sufficiente che si possa individuare un percorso che consente all'imprenditore di beneficiare delle possibilità da essa garantite. Non vi sarà infrazione se alcuni dei rami di questo percorso non seguono le regole unionali, a condizione che vi sia stata per l'imprenditore l'opportunità di imboccare un diverso ramo che tali regole rispettano. Così, ad esempio, se è vero che l'attuale disciplina del voto nel concordato preventivo non è in linea con le previsioni della Direttiva, tale contrasto non implica infrazione se l'imprenditore, anche attraverso la domanda con riserva, è in condizioni di optare per la presentazione di domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dove il meccanismo di formazione del consenso dei creditori è invece compatibile. L'art.

⁶ P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 1023/2019*, in *Fallimento*, 2020,1034.

9, par. 7, della Direttiva prevede infatti che la votazione formale per l'adozione del piano di ristrutturazione possa essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta.

E' anche possibile che il legislatore si orienti per l'inserimento nel codice della crisi di una nuova procedura di ristrutturazione, che si affianchi al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione e recepisca le indicazioni della Direttiva.

Va aggiunto che non solo la Direttiva non si riferisce ai soggetti non imprenditori⁷, ma che l'art. 1, par. 4, secondo cpv. consente agli Stati membri, ma non li obbliga, di limitare l'applicazione dei quadri di ristrutturazione preventiva alle persone giuridiche, non estendendola quindi alle società di persone, anche se pare improbabile che nel nostro ordinamento si possa immaginare una disciplina concorsuale che distingue tra società di persone e società di capitali se non per quelle che sono le differenze peculiari proprie di ogni tipo societario.

La Direttiva è il frutto di un compromesso tra le diverse tradizioni giuridiche e gli orientamenti degli Stati membri. Il nucleo inderogabile delle disposizioni è limitato. E' indubbio che la disciplina della ristrutturazione dell'impresa in crisi contenuta nel codice, fondata su un piano proposto dal debitore e caratterizzato dal requisito della fattibilità, approvato dalla maggioranza dei creditori e confermato dal giudice⁸, piano che prevede ad un tempo la ristrutturazione dell'impresa e l'abbattimento del debito, corrisponde non soltanto alle linee generali dei quadri di ristrutturazione preventiva previsti dalla Direttiva, ma alle caratteristiche tipiche del moderno diritto della crisi, secondo gli standard accolti dalla legislazione dei principali Paesi e dalle istituzioni internazionali.

Nello stesso tempo la Direttiva offre anche la possibilità di adeguare la nostra legislazione a standard europei, favorendo la competitività del nostro ordinamento. Se si ragiona del suo recepimento soltanto in termini di adeguamento alle disposizioni inderogabili, si rischia di trascurare le opportunità che essa offre di introdurre una disciplina omogenea tra gli Stati membri e di evitare il *forum shopping*, prevedendo regole che rendano più facile la conservazione dell'impresa in crisi e la prosecuzione dell'attività, abbandonando ad esempio il requisito della prevalenza del ricavato della continuità aziendale ai fini del soddisfacimento dei creditori⁹.

Alcuni Paesi hanno provveduto ad emanare leggi organiche di recepimento della Direttiva. La Germania ha approvato la legge per un "Quadro di ristrutturazione fuori da una procedura d'insolvenza" (*Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz*) – *StaRUG*) approvata dal Parlamento il 17 dicembre 2020 e in vigore dal 1 gennaio 2021¹⁰. L'Olanda ha adottato la legge sull'omologa dei piani di ristrutturazione extragiudiziali, (*Wet Homologatie Onderhands Akkoord*

⁷ Va ricordato che per diritto unionale i professionisti rientrano nell'ambito degli imprenditori e che quindi le regole concorsuali che ad essi si riferiscono, in pratica la disciplina del sovraindebitamento, debbono rispettare i principi affermati dalla Direttiva, così come avviene anche per gli imprenditori agricoli e gli imprenditori commerciali sotto soglia.

⁸ Già si è osservato che la Direttiva consente di derogare al requisito dell'omologazione giudiziale. Come si vedrà, tuttavia, in concreto la deroga è molto limitata.

⁹ P. VELLA, *op.ult.cit.*, 1034.

¹⁰ C. G. PAULUS, *The new German preventive restructuring framework*, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2021, 1, 9 e ss.

(WHO), in vigore anch'essa dal 1 gennaio 2021¹¹. La Francia ha approvato l'*Ordonnance* del 15 settembre 2021¹². Va peraltro detto che i Paesi che, come l'Italia, si sono avvalsi della facoltà di proroga di un anno accordata dall'art. 34, par. 2, della Direttiva sono numerosi.

Non è evidentemente possibile anticipare quali saranno le linee di modifica del codice per adeguarlo alla Direttiva. La pluralità di opzioni e scelte a disposizione del legislatore lo impedisce.

Va tuttavia ricordato che la legge di delegazione all'art. 1 fa obbligo al Governo di tener conto "*delle eccezionali conseguenze economiche e sociali derivanti dalla pandemia di COVID-19*", sì che i ritocchi al codice oltre che ai principi dettati dalla Direttiva, potranno ispirarsi in qualche misura alla legislazione speciale in materia di crisi ed insolvenza emanata a far tempo dal marzo 2020, ivi compresi i nuovi istituti introdotti dal d.l. 118/2021.

Per le parti del codice non suscettibili di modifica in base alla legge di delegazione, il Governo potrà anche tener conto della delega conferita con legge 8 marzo 2019, n. 20, per adottare disposizioni integrative e correttive. La delega infatti è prevista per due anni dall'entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi con cui è stata attuata la riforma Rordorf. La proroga dell'entrata in vigore del codice ha determinato anche la proroga della facoltà di emanare disposizioni correttive.

2. Gli obiettivi della Direttiva 1023/2019.

Se il complesso gioco di fonti normative che il Governo dovrà coordinare in vista della revisione e della successiva entrata in vigore del codice rende arduo fare previsioni sulle future scelte del legislatore, è tuttavia possibile valutare almeno in parte le concordanze e le dissonanze dell'applicazione della Direttiva con il nostro sistema concorsuale, fermo restando che spetterà al futuro legislatore confermare le prime e scongiurare le seconde.

La Direttiva intende rafforzare in Europa attraverso regole simili nelle legislazioni nazionali la cultura del recupero dell'impresa in crisi e quindi la "prevenzione". Come si esprime il Considerando 1, da un lato si intende assicurare "*alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare*". Dall'altro si vuole che "*gli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati*" beneficino "*di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo*".

Il disegno complessivo vuole far sì che le possibilità di ristrutturazione delle imprese in difficoltà, ma fondamentalmente "sane", vengano incrementate con regole uniformi in tutti gli Stati membri. Per i casi in cui la ristrutturazione non è possibile o in ragione di uno stato d'insolvenza ormai conclamato o per le imprese di modeste dimensioni che mal si prestano alla ristrutturazione (Considerando 17), si vuole che venga assicurata la possibilità della ripartenza, del *fresh start*, vale a dire del ritorno a nuove iniziative imprenditoriali, senza che il precedente

¹¹ R. VAN GALEN, *The Act On The Confirmation Of Out-Of-Court Restructuring Plans* [Wet Homologatie Onderhands Akkoord], in *Ondernemingsrecht*, nrs. 2020/39 and 2020/129.

¹² *Ordonnance no 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce*.

insuccesso, fisiologicamente collegato al rischio d'impresa, possa essere di ostacolo.

Una finalità aggiuntiva dell'agevolazione dell'*early restructuring* è evitare condizioni di disparità di accesso al credito e tassi di recupero non uniformi (Considerando 8). Si vuole inoltre in questo modo contribuire a ridurre l'accumulo di crediti deteriorati (NPL ed UTP), come espressamente precisa il Considerando 3.

La Direttiva si pone ancora alcuni obiettivi, strumentali rispetto a quelli sin qui considerati: garantire l'efficienza dei tribunali e delle autorità amministrative che si occupano delle procedure di ristrutturazione ed insolvenza, anche attraverso un'adeguata formazione dei loro componenti, favorendone la specializzazione. Garantire inoltre la formazione e specializzazione dei professionisti nominati dall'autorità giudiziaria o amministrativa nel campo della ristrutturazione, dell'insolvenza e dell'esdebitazione.

Possiamo subito osservare che i maggiori problemi di adeguamento della nostra legislazione riguardano la disciplina della ristrutturazione.

Le regole dettate dal codice della crisi per l'esdebitazione dell'imprenditore insolvente e del debitore sovraindebitato corrispondono sostanzialmente ai principi affermati dalla Direttiva. Non può dirsi altrettanto per quanto concerne l'ancora vigente legge fallimentare, dove, come si è accennato, alcune delle norme della disciplina del codice sono state anticipate, ma non tutte. Qui si registrano delle difformità rispetto alla Direttiva, soprattutto per quanto concerne il diritto riconosciuto al debitore di ottenere l'esdebitazione, salvo casi particolari, decorsi tre anni dall'apertura della procedura liquidatoria. Si tratta però di difformità che verranno meno con l'entrata in vigore del codice e che quindi non destano preoccupazione.

Per quanto concerne invece la disciplina dell'allerta l'art. 3, par. 1, della Direttiva, richiede che in ogni Stato membro i debitori *“abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio”*. Il secondo paragrafo aggiunge che *“Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi”*. Infine il quinto paragrafo aggiunge che *“Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore”*.

In conclusione, il decreto legge 118 ha rinviato l'entrata in vigore della disciplina dell'allerta al 31 dicembre 2023, in attesa di una sua rimeditazione, ma la Direttiva richiede comunque che l'Italia si doti di un adeguato sistema di *early warning tools*. La Direttiva, tuttavia, non impone vincoli rigidi. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità nel prevedere il contenuto degli strumenti di allerta precoce, che possono, ma non debbono necessariamente, includere obblighi di informazione a carico di soggetti pubblici o privati nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamenti; meccanismi che incentivino soggetti terzi

che siano in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, tra cui i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, perché segnalino a quest'ultimo, gli andamenti negativi della sua attività, ed infine servizi di consulenza. Le informazioni possono provenire da soggetti interni all'impresa (come ad esempio i contabili, espressione che può comprendere le funzioni di controllo affidate ai sindaci e ai revisori) o da soggetti esterni. La Direttiva non prevede segnalazioni a soggetti diversi dall'imprenditore. Non regola le conseguenze della mancata attivazione dell'imprenditore dopo la segnalazione e non prevede nulla che corrisponda al ruolo dell'OCRI secondo la disciplina prevista dal codice della crisi.

Si tratta di regole a maglie larghe, limitate ad obblighi di informazione, che non escludono le soluzioni più ampie e rigorose adottate dal legislatore italiano con il sistema dell'allerta interna ed esterna¹³. Proprio in ragione di questi vincoli ridotti previsti dalla legislazione unionale la nuova legge tedesca, la *StaRUG*, all'art. 1, intitolato "*Rilevazione precoce della crisi e sua gestione nelle imprese a responsabilità limitata*" impone soltanto agli amministratori di società l'obbligo di monitorare continuamente gli eventi che potrebbero compromettere la continuità aziendale. Nel caso che tali eventi vengano individuati gli amministratori debbono riferire senza indugio agli organi di controllo e prendere le opportune contromisure. Anche la nuova legge olandese non contiene norme applicative relative agli *early warning tools* previsti dalla Direttiva¹⁴.

Va ricordato che se l'allerta, interna ed esterna, regolata dal titolo II del codice della crisi è stata rinviata, tale rinvio non ha interessato la disciplina degli assetti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi, introdotta dall'art. 2086 c.c. norma che fa parte della riforma dettata dal codice della crisi, ma che è già in vigore. In base all'art. 2086 l'imprenditore costituito in forma societaria o collettiva deve non soltanto rilevare tempestivamente i sintomi della crisi, ma deve anche adottare prontamente strumenti d'intervento idonei a porvi rimedio. Tra i doveri dell'organo di controllo in sede societaria rientra la vigilanza sul rispetto di tali obblighi da parte degli amministratori con la possibilità, ritenuta in alcuni casi dalla giurisprudenza, di denuncia al tribunale delle gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁵

¹³ P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, cit., 755.

¹⁴ R. VAN GALEN, *The Act On The Confirmation Of Out-Of-Court Restructuring Plans* [Wet Homologatie Onderhands Akkoord], cit., 3.

¹⁵ La norma italiana è stata ripresa dalla Francia nell'art. 3 dell'*Ordonnance* no 2021-1193 del 15 settembre recante modificazioin del libro VI del codice di commercio: "Après l'article L. 611-2-1, il est inséré un article L. 611-2-2 ainsi rédigé : « Art. L. 611-2-2. – Lorsqu'il lui apparaît que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou fait savoir qu'il envisage des mesures que le commissaire aux comptes estime insuffisantes, ce dernier peut en informer le président du tribunal compétent dès la première information faite, en application des articles L. 234-1, L. 234-2, L. 251-15 et L. 612-3, au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant. « Dans ce cas, le commissaire aux comptes informe par tout moyen et sans délai le président du tribunal de ses constats et démarches. Il peut lui adresser la copie de tous les documents utiles à cette information et lui expose les raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises. « Le commissaire aux comptes peut, à son initiative ou à la demande du président du tribunal, transmettre à ce dernier tout renseignement complémentaire de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. « Le commissaire aux comptes peut également, à tout moment, demander à être entendu, avec les dirigeants, par le président du tribunal. ».

L'art. 15 del decreto legge 118/21 ha integrato questa normativa. L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto e, quindi, per l'accesso alla composizione negoziata. La segnalazione è motivata e contiene la fissazione di un congruo termine di non oltre trenta giorni entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative rimane fermo il dovere di vigilanza dell'organo di controllo, ma tempestiva segnalazione e vigilanza debbono essere valutate ai fini dell'esonero o dell'attenuazione delle responsabilità dei componenti di tale organo ai sensi dell'art. 2407 c.c.

L'obbligatorietà degli assetti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi riguarda tutti gli imprenditori costituiti in forma societaria e collettiva. Tra di essi per quelli muniti di organo di controllo sono previste forme di vigilanza che incentivano gli amministratori a seguire la strada della composizione negoziata tutte le volte in cui si delinei una situazione di pericolo di crisi o di insolvenza.

Non può pertanto affermarsi che il nostro ordinamento sia privo di strumenti di allerta perché l'obbligatorietà degli assetti adeguati, la cui omissione può rilevare in sede di valutazione della responsabilità civile e penale degli amministratori, costituisce già un rimedio in tale direzione. A ciò si aggiunge la possibilità che si attivi l'organo di controllo dove è presente.

Va tuttavia sottolineato che gli strumenti di allerta precoce previsti dalla Direttiva vanno applicati a tutte le imprese. Il Considerando 22 precisa, infatti, che *“Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità”*. Su questo punto la nostra legislazione al momento tace¹⁶, anche se il decreto legge 118 prevede norme specifiche per la composizione negoziata di gruppo. Senza che qui il tema possa essere adeguatamente approfondito, gli interpreti sembrano condividere l'opinione che gli assetti adeguati di gruppo debbano essere articolati sia a livello della capogruppo che delle imprese del gruppo, trovando la loro *sedes materiae* nel regolamento di gruppo¹⁷.

Non pare quindi in conclusione che il rinvio della disciplina dell'allerta, in attesa di una sua più compiuta rimeditazione e del venir meno degli effetti della pandemia, possa porre problemi di contrasto della disciplina esistente con il sistema degli *early warning tools* previsti dalla Direttiva, se non per qualche profilo particolare.

3. La nozione di ristrutturazione.

La parte della Direttiva che pone maggiori problemi di adeguamento della nostra legislazione riguarda certamente la ristrutturazione dell'impresa in crisi. La Commissione UE si sta occupando di una possibile armonizzazione della disciplina della liquidazione (ad esempio in tema di azioni revocatorie o di graduazione dei

¹⁶ A dire il vero anche l'art. 12 CCII ha escluso dalla disciplina dell'allerta le grandi imprese ed i gruppi di rilevante dimensione insieme alle società quotate in mercati regolamentati.

¹⁷ Cfr. M. CALLEGARI, *Gli assetti societari ed i gruppi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 585 e ss.

crediti, non senza resistenze da alcuni degli Stati membri), ma in questo momento non esiste un testo normativo vincolante su questi profili. La nozione di ristrutturazione è intesa in senso ampio e comprende “*la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi*” (art. 2 lett. a della Direttiva). Occorre inoltre che sussista una probabilità d'insolvenza (art. 4, par. 1). Da queste premesse deriva che le procedure liquidatorie sono al di fuori dell'ambito di applicazione della Direttiva e che del pari lo sono le procedure che hanno come presupposto oggettivo lo stato d'insolvenza del debitore. Perciò l'amministrazione straordinaria che punta alla ristrutturazione ed al ripristino dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa non rientra nella previsione della Direttiva perché ha come presupposto l'insolvenza e non la probabilità d'insolvenza. Va ricordato che, dopo molte incertezze durante la fase dei lavori preparatori, l'art. 2, par. 2, della Direttiva lascia le definizioni di insolvenza e probabilità di insolvenza al diritto nazionale degli Stati membri. Procedure come il concordato preventivo, che possono avere come obiettivo la ristrutturazione, ma anche la liquidazione dell'impresa, si debbono confrontare con la disciplina della Direttiva soltanto quando è questione della prima finalità.

Com'è noto, la continuità indiretta derivante dalla vendita dell'impresa a terzi può essere il risultato di una procedura conservativa, ma anche di una procedura liquidatoria come ad esempio nel fallimento. L'art. 1, par. 1, n. 1 della Direttiva comprende nell'ambito della “ristrutturazione”, cui si applicano gli artt. 4 e seguenti sui quadri di ristrutturazione preventiva, anche “*la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale*”. Tuttavia non tutti i casi di cessione dell'azienda in regime di continuità indiretta sono regolati dalla Direttiva sia perché occorre che si tratti di impresa in condizioni di pericolo di insolvenza e dunque in stato di crisi sia perché, come abbiamo visto, non tutte le procedure nazionali debbono obbligatoriamente rispettare le condizioni stabilite dalla Direttiva, essendo sufficiente che almeno una delle procedure di ristrutturazione previste dal diritto nazionale sia conforme. Ne deriva che il concordato preventivo liquidatorio semplificato previsto dagli artt. 18 e 19 del d.l. 118/21, nel quale è escluso il diritto di voto dei creditori, in contrasto con l'art. 9, par. 2, della Direttiva, potrà essere mantenuto purché, complessivamente, il nostro sistema concorsuale preveda almeno una procedura o complesso di procedure conforme alle previsioni europee.

4. I “nodi” da sciogliere per l'adeguamento della disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.

La Direttiva è un testo complesso, frutto di compromessi tra le visioni diverse dei 27 Paesi dell'Unione, che derivano anche da tradizioni giuridiche differenti. Proviamo ad elencare, in sintesi, i problemi che il legislatore italiano deve affrontare per adeguare l'attuale disciplina del codice della crisi.

a) il ruolo del commissario giudiziale. La nomina secondo il codice è oggi atto dovuto da parte del tribunale nel caso del concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione quando sia pendente un'istanza di fallimento (*rectius* di liquidazione giudiziale), mentre la Direttiva richiede che essa avvenga “*caso per caso in funzione delle circostanze o delle esigenze specifiche del debitore*” (art. 5, par.2). La Direttiva prevede eccezioni, tra cui quando vi sia la sospensione generale delle azioni esecutive individuali, ma deve essere l'autorità che decide sulla sospensione a stabilire *che tale professionista è necessario per tutelare gli interessi delle parti* (art. 5, par. 3). Occorre cioè un provvedimento graduato sulla situazione specifica oggetto di giudizio.

Va poi aggiunto che il ruolo del professionista nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa che sovrintende il quadro di ristrutturazione, nel linguaggio italiano il commissario giudiziale, può assumere non soltanto le caratteristiche della vigilanza e controllo dell'attività del debitore per poi riferirne all'autorità giudiziaria o amministrativa, ma anche della assistenza del debitore e dei creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione (Direttiva, art. 2, n. 12). Invece che un controllore, il professionista può essere un mediatore e può quindi aiutare a raggiungere un piano soddisfacente. Si noti che tale ruolo viene nella sostanza svolto dall'esperto nella composizione negoziata.

Si tratta dunque di un modello significativamente differente da quello cui sino ad oggi si è ispirato il legislatore.

b) la disciplina del voto dei creditori.

La formazione delle classi è obbligatoria, anche se poi ci si può limitare a distinguere i creditori privilegiati dai creditori chirografari e poco di più. La Francia ha deciso di limitare le classi alle imprese medie e grandi con delle soglie: 250 dipendenti e 20 milioni di euro di fatturato ovvero 40 milioni di euro di fatturato o ancora le società capogruppo quando il gruppo raggiunge questi limiti.

Vanno ammessi al voto tutti i creditori pregiudicati dal piano, anche se privilegiati, ed eventualmente i soci (art. 2, par. 1, n. 2). Se in ogni classe è raggiunta la maggioranza calcolata sull'ammontare dei crediti ed interessi, non occorre l'omologazione del giudice. La votazione formale può essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta dei creditori, ipotesi questa compatibile con il nostro accordo di ristrutturazione. L'omologazione è comunque richiesta se: a) vi sono parti interessate dissenzienti (creditori ed azionisti) sui cui diritti incide il piano; b) il piano prevede nuovi finanziamenti perché il nuovo debito grava sull'attivo dell'impresa in ristrutturazione; c) il piano prevede la perdita di oltre il 25% della forza lavoro.

Quando è previsto l'intervento del giudice (o dell'Autorità amministrativa là dove essa opera in luogo del giudice) la Direttiva richiede che questi verifichi almeno: a) il rispetto delle regole sul voto e sul calcolo delle maggioranze; b) la parità di trattamento per i creditori con sufficiente comunanza di interessi all'interno delle classi; c) l'avvenuta notifica del piano a tutte le parti interessate; d) il rispetto della regola del miglior soddisfacimento dei creditori, vale a dire la verifica su istanza della parte dissenziente che nessuno risulti percepire, applicando le cause legittime di prelazione, un trattamento peggiore rispetto a quello previsto in caso di liquidazione o nel miglior scenario alternativo praticabile; e) che ogni nuovo

finanziamento sia necessario per attuare il piano e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 10, par. 2).

Quando è previsto l'intervento del giudice è sufficiente l'approvazione della maggioranza delle classi interessate, purché almeno una sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe di creditori garantiti. (art. 11, par. 1, lett. b. i).

In alternativa il piano deve essere stato approvato “*da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio*” (art. 11, par. 1, lett. b, ii) purché non si tratti di classi di creditori o portatori di strumenti di capitale che non riceverebbero nessun pagamento o manterrebbero alcun interesse, se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale. E' questa la ristrutturazione trasversale dei debiti o *cross class cram down*. L'art. 112 del codice della crisi non prevede il *cross class cram down*, quale metodo di approvazione del piano, ma il *cram down* semplice, vale a dire il potere del giudice di omologare il concordato in caso di opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente (o dei creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi) che contesti la convenienza della proposta quando ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Si può valutare positivamente o meno il sistema previsto dalla Direttiva (si sono tralasciati alcuni profili per brevità), ma è evidente che esso è molto diverso da quello attuale. La sua attuazione favorirà l'approvazione della proposta perché il *cross class cram down* sterilizza il voto delle classi incapienti.

c) il diverso regime riconosciuto a favore dei lavoratori.

I lavoratori hanno diritto di essere soddisfatti per i crediti pregressi anche in pendenza di procedura. Non è consentita la sospensione delle azioni esecutive individuali da essi promosse.

Più in generale la Direttiva (art.13) prevede che i diritti sindacali dei lavoratori non siano pregiudicati dal piano in conformità alle Direttive in materia ed aggiunge che misure suscettibili di comportare cambiamenti nell'organizzazione del lavoro e nelle relazioni contrattuali con i lavoratori debbono essere approvate da questi ultimi se il diritto nazionale e i contratti collettivi lo prevedono.

d) Absolute priority rule o relative priority rule. In deroga al principio seguito ordinariamente dell'*absolute priority rule* per cui non è possibile effettuare pagamenti in favore dei creditori di rango inferiore nell'ambito delle cause di prelazione fino a quando i creditori di rango superiore non sono stati interamente soddisfatti, è prevista come soluzione alternativa, rimessa alla scelta discrezionale degli Stati membri, la *relative priority rule*. L'art. 11, par. 1, lett. c) prevede infatti che il piano in caso di *cross class cram down* per essere approvato dal giudice debba assicurare che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. In alternativa il par. 2 dispone che in deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente, e quindi integralmente, soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che

una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione.

Il dibattito sull'opportunità di inserire la *relative priority rule* è vivace¹⁸. La legge tedesca recentemente approvata ha optato (art. 27) per il rispetto della *absolute priority rule* sia pure temperata. Quanto alla legge olandese anch'essa applica l'*absolute priority rule* con qualche temperamento: il giudice può approvare il piano anche se una classe di creditori ne risulta svantaggiata a condizione che la deroga sia ragionevole e che gli interessi della relativa classe di creditori o azionisti non siano danneggiati¹⁹.

A favore della *relative priority rule* si osserva che essa consente di predisporre piani con maggior flessibilità, che possono lasciare spazio ad una parziale tutela degli interessi degli azionisti o di talune categorie di creditori strategici altrimenti destinati a nulla ricevere, come possono essere certi fornitori (cfr. Considerando 56). Sarebbe quindi più facile raggiungere un accordo ed anche convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società oggetto della ristrutturazione o mantenere fornitori strategici. In senso contrario si obietta che questi vantaggi sono compensati dal fatto che la regola dell'*absolute priority rule* permette di evitare un numero eccessivo di controversie legate alla valutazione del valore degli asset, cui è legata la previsione di soddisfacimento dei creditori. Quando i creditori della classe inferiore non possono ricevere soddisfacimento fino al pagamento integrale della classe senior, l'interesse a sollevare questo tipo di contestazioni è minore. Ne derivano tempi di definizione delle procedure più rapidi e maggiore certezza nei rapporti giuridici. Ove si mantenga la disciplina attuale si sarà optato per l'*absolute priority rule*, oggi stabilita dagli artt. 160 l.fall. e 85 CCII secondo i quali in nessun caso il trattamento previsto per le classi può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Come si è già osservato, la legge di delegazione europea non ha dettato criteri di delega e ciò può rendere più complessa la decisione.

e) Misure protettive.

Le misure protettive previste dal codice della crisi consistono sempre nella sospensione delle azioni esecutive individuali, ma non del diritto del creditore di chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale, hanno carattere generale, cioè si riferiscono all'intero ceto creditorio, riguardano anche la maturazione della prescrizione e della decadenza. La disciplina che per la sospensione delle azioni esecutive prevede la Direttiva è diversa.

Secondo l'art. 6 della Direttiva la sospensione riguarda le azioni esecutive individuali, ma ai sensi dell'art. 7, par. 2, essa impedisce, per la durata della sospensione, l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore. Tale ultimo precetto, peraltro, è derogabile. L'art. 6, comma 4, del d.l. 118/21 ne

¹⁸ Rinviamo sul tema per quanto concerne le implicazioni per diritto italiano a G. D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Fallimento*, 2020, 1072 e ss. Attualmente dottrina e giurisprudenza italiane ritengono quasi all'unanimità che la regola della *absolute priority rule* non possa subire eccezioni, neanche nell'ambito del concordato. Per una efficace sintesi delle ragioni a favore e contro l'adozione della *relative priority rule* si vedano C. PAULUS R. DAMMANN, *European Preventive Restucturing – Article by Article Commentary*, cit., sub art. 11, 185 e ss.

¹⁹ T.RICHTER, A. THERY, *Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down* (April 14, 2020), INSOL Europe, 2020, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3575511>. 33 e ss.

ha fatto applicazione alle misure protettive che possono essere disposte in caso di composizione negoziata. Va notato che secondo il d.l. il divieto non riguarda la proposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che di per sé pertanto non è improcedibile, ma la pronuncia della sentenza.

Secondo la Direttiva la sospensione delle azioni esecutive individuali può riguardare tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati (art. 6, par. 2), ma a seconda delle scelte operate dagli Stati membri può riferirsi a tutti i creditori o può essere limitata ad alcuni di essi o a determinate categorie (art. 6, par. 3). In tal caso essa riguarda soltanto i creditori che sono stati informati delle trattative sul piano di ristrutturazione o della richiesta di sospensione. Inoltre è facoltà degli Stati membri escludere alcune categorie di crediti o determinati crediti dalla sospensione, qualora tale esclusione sia debitamente giustificata e l'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa ovvero la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio ai creditori. Questo tipo di limitazione della portata della sospensione non era previsto dal nostro ordinamento, ma è stato introdotto dal d.l. 118/21 con riguardo alla composizione negoziata, ma su istanza del debitore.

La Direttiva stabilisce ancora che la sospensione non si applica ai diritti dei lavoratori, salvo che e nella misura in cui, lo Stato membro assicuri che il pagamento di tali diritti sia garantito nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva con un livello di tutela analogo (art. 6, par. 5). Il che comporta o che i crediti di lavoro vengano soddisfatti in pendenza di procedura o che venga assicurato un regime sostitutivo, ad esempio la NASpI. L'art. 100 del codice della crisi consente, nel caso di domanda di concordato preventivo, l'autorizzazione del giudice al pagamento delle mensilità pregresse. Tuttavia tale autorizzazione non riguarda tutto il credito di lavoro, ma soltanto la mensilità antecedente il deposito della domanda di concordato ed è soltanto eventuale. Non vi è alcuna valutazione della deroga al momento in cui si autorizza la sospensione. L'art. 20, comma 1, lett. d) del d.l. ha ora modificato l'art. 182 *quinquies*, disponendo che *“Il tribunale può autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione”*. Non si tratta ancora dell'attuazione della Direttiva che, non consentendo la sospensione delle azioni esecutive per quanto concerne le retribuzioni dei lavoratori, rende in ogni caso legittimo tale pagamento senza necessità di autorizzazioni da parte del tribunale.

La Direttiva prevede che le misure protettive possano essere revocate. La revoca è prevista anche dal codice della crisi, ma il confronto tra l'art. 6 della Direttiva e gli artt. 55 del codice e 7, co. 6 del d.l. 118 mostra che le ipotesi considerate non sono totalmente coincidenti.

La durata massima di dodici mesi delle misure protettive prevista dall'art. 8 del codice e dall'art. 6, par. 8 della Direttiva, cui il codice per questa parte si è già adeguato, è stata ritenuta da molti incompatibile con il tempo necessario all'ordinario svolgimento della procedura di concordato dalla presentazione della domanda sino all'omologazione o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione, specialmente quando tali procedure siano state precedute dalla composizione assistita della crisi e in tale fase il debitore avesse già beneficiato della sospensione delle azioni esecutive ai sensi dell'art. 20 CCII, che può arrivare

a sei mesi. Per quanto concerne la composizione negoziata l'art. 7 del d.l. 118 dice che le misure protettive debbono avere durata compresa tra i 30 ed i 120 giorni e possono essere prorogate sino a 240 giorni, termine che non può essere superato. Il termine dei dodici mesi rappresenta dunque un limite invalicabile? In proposito si può osservare da un lato che se le trattative nel corso dei lavori preparatori della Direttiva hanno visto un cambiamento profondo di molte norme, il termine massimo di quattro mesi, prorogabile sino ad un massimo di dodici mesi, è rimasto immutato, nonostante gli sforzi della delegazione italiana. Se ne deve concludere che, se la maggioranza degli Stati membri non ha avuto nulla da obiettare, sono gli operatori italiani, in primis il sistema bancario, che debbono abituarsi a tempi di negoziazione più ridotti. Invero secondo la già citata legge olandese lo stay può essere concesso per un periodo di 4 mesi prorogabile, ma che complessivamente non può superare gli otto mesi. Gli stessi termini sono previsti dalla legge tedesca. Va d'altra parte osservato che il legislatore europeo ha chiaramente indicato che la previsione di tempi massimi vincolanti di durata della sospensione delle azioni esecutive non ha soltanto la funzione di favorire una disciplina armonizzata negli Stati membri a fini di certezza del diritto come osserva il Considerando 35, ma anche di evitare il *forum shopping* a favore di Paesi che prevedano un regime più favorevole al debitore.

Vi è il rischio concreto che le misure protettive, prorogate o nuovamente disposte nel passaggio dalla procedura di composizione assistita al concordato, siano ormai vicine alla durata massima prevista dall'art. 8 del codice della crisi.

Per tale ipotesi può soccorrere l'inciso contenuto nel Considerando 35 della Direttiva secondo il quale *“Gli Stati membri dovrebbero poter decidere se una breve sospensione temporanea in attesa di una decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa sull'accesso al quadro di ristrutturazione preventiva sia soggetta ai termini temporali previsti dalla presente direttiva”*. De iure condendo tale inciso potrebbe consentire di non considerare ai fini della durata delle misure protettive il termine previsto per la presentazione della domanda di concordato nell'ipotesi di concordato con riserva. E' peraltro evidente che la Direttiva fa riferimento allo *spatium deliberationis* a disposizione del giudice dopo che la domanda di avvio di un quadro di ristrutturazione è stata presentata, mentre nella procedura con riserva è necessaria la presentazione del piano perché il giudice possa pronunciare. L'interpretazione estensiva suggerita costituirebbe quindi una forzatura del dettato normativo. La sospensione dovrebbe comunque essere “breve” e dunque di durata limitata, certamente inferiore al termine previsto per la proroga.

Traendo le conclusioni da quanto siamo venuti osservando il sistema della sospensione delle azioni esecutive previsto dal codice della crisi si differenzia da quanto previsto dalla Direttiva sotto molteplici profili: per il fatto che la sospensione dovrebbe essere sempre disposta caso per caso dal giudice o dall'autorità amministrativa, quando non sia stabilita per legge (art. 2, n. 4), per il fatto che può non avere carattere generale (ma si tratta di scelta facoltativa devoluta agli Stati membri), per il fatto che non riguarda i crediti di lavoro, per un diverso regime delle proroghe e delle revoche. Le innovazioni portate dalla disciplina della composizione negoziata indicano che il legislatore si è mostrato sensibile alle indicazioni della Direttiva. Si tratta ora di mettere a punto ed aggiornare il sistema.

f) il divieto delle clausole ipso facto.

L'art. 7, par. 4, della Direttiva stabilisce che gli Stati membri prevedono norme che impediscono ai creditori cui si applica la sospensione di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali, o di risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. I contratti pendenti essenziali devono essere intesi come i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore. Il principio affermato dalla Direttiva è più ristretto della più generale regola dettata dall'art. 97 CCII secondo la quale i contratti ancora non eseguiti o non compiutamente eseguiti proseguono durante il concordato. La norma italiana, a differenza della Direttiva, non distingue tra l'ipotesi in cui il contraente in bonis sia un creditore, in forza dello stesso titolo contrattuale o per altra causa, ovvero non lo sia ed ha portata generale. Tuttavia l'art. 7, par. 4, della Direttiva vieta ai creditori titolari dei contratti essenziali di rifiutare l'adempimento o di risolverli per la sola ragione di non essere stati pagati. Ne deriva che, a differenza della disciplina italiana, alla sospensione delle azioni esecutive segue l'improponibilità dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c. e dell'azione di risoluzione.

Va poi sottolineato che l'art. 7, par. 5 della Direttiva vieta anche le c.d. clausole *ipso facto* che comportano la risoluzione anticipata, lo scioglimento, il rifiuto della prestazione o altro tipo di modifica contrattuale in ragione della richiesta di apertura della procedura di ristrutturazione preventiva o della sospensione delle azioni esecutive o della disposta apertura della procedura o della sospensione. Il principio è previsto anche dall'art. 186 *bis*, par. 3, l.fall. per il concordato con continuità ed è stato riprodotto nell'art. 97 CCII nel testo modificato dal decreto correttivo 147/2020.

In materia di allerta l'art. 12, par. 2, CCII, oggi rinviato, dispone che l'attivazione della procedura di allerta interna od esterna nonché la presentazione da parte del debitore della domanda di accesso alla procedura di composizione assistita della crisi non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari. Da questo punto di vista, pertanto, la disciplina italiana è conforme alla Direttiva. Manca invece una norma che preveda che l'attivazione della procedura di composizione assistita della crisi impedisca al creditore in caso di inadempimento di invocare l'eccezione d'inadempimento.

In tema di composizione negoziata l'art. 6, co. 5, del decreto legge, dando attuazione ad uno dei principi della Direttiva (art. 7, par. 4), vieta ora ai creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori. Il legislatore si è chiaramente mosso nella direzione indicata dalla Direttiva. Il sistema va ora coordinato e razionalizzato.

Alcuni profili della Direttiva, se recepiti in tutto o in parte dal legislatore italiano, potrebbero rendere il nostro sistema concorsuale più efficiente nel favorire la ristrutturazione dell'impresa in crisi. Non sempre, tuttavia, si tratta di scelte facili,

anche dal punto di vista tecnico. Di alcune si è dato conto già nelle pagine che precedono. Li indichiamo qui sommariamente come spunto per un futuro dibattito:

- gli Stati membri possono prevedere che il quadro di ristrutturazione sia disponibile anche su iniziativa dei creditori o dei rappresentanti dei lavoratori (Direttiva, art. 5, par. 8) con il consenso del debitore. Tale consenso può essere limitato ai casi in cui il debitore è una PMI. Per le imprese di maggiori dimensioni ciò potrebbe aprire a procedure di ristrutturazione “ostili” rispetto all’attuale proprietà dell’impresa e potrebbe pertanto incentivare interventi tempestivi diretti ad evitare il rischio della perdita del controllo.
- la presentazione della domanda di accesso ad un quadro di ristrutturazione o il consenso alla proposta di un creditore o del rappresentante dei lavoratori può essere espresso dagli amministratori di una società o dagli azionisti (Considerando 53). Scegliere la prima opzione conferisce maggior autonomia al management rispetto agli interessi della proprietà, come già prevede per il concordato preventivo il richiamo dell’art. 265 CCII da parte dell’art. 44, ult. comma.
- come si è già accennato, il ruolo del professionista nominato dall’autorità giudiziaria o amministrativa che sovrintende il quadro di ristrutturazione, nel linguaggio italiano il commissario giudiziale, può assumere non soltanto le caratteristiche della vigilanza e controllo dell’attività del debitore per poi riferirne all’autorità giudiziaria o amministrativa, ma anche della assistenza del debitore e dei creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione (Direttiva, art. 2, n. 12). Invece che un controllore, il professionista può essere un mediatore e può quindi aiutare a raggiungere un piano soddisfacente. Si noti che tale ruolo viene nella sostanza svolto dall’esperto nella composizione negoziata.
- il legislatore europeo ha optato, quale soluzione di default, per l’adozione della *relative priority rule* (Direttiva, art. 11, par. 1, lett. b, ii) nel ranking dei crediti, ivi compresi quelli postergati (ad esempio soci ed azionisti). In base a questo principio i creditori appartenenti ad una classe poizore debbono ricevere di più dei creditori appartenenti ad una classe inferiore, ma non occorre che siano integralmente soddisfatti prima che i crediti subordinati possano ricevere un parziale pagamento. In forza dello stesso principio è possibile che parte dell’attivo possa essere distribuito agli azionisti anche senza che i creditori siano stati interamente pagati.
La *relative priority rule* rende più agevole la ristrutturazione e la conservazione dell’impresa, facilitando la redazione del piano, anche perché permette di coinvolgere nella ristrutturazione gli azionisti che in questo modo conservano un interesse al recupero della continuità aziendale. La Direttiva consente agli Stati membri di optare per la *absolute priority rule*, che è la scelta tradizionale della disciplina concorsuale, attualmente adottata dal codice della crisi, sulla scorta dei principi sanciti dagli artt. 2740 e 2741 c.c.
- L’art. 10, comma 3, della Direttiva nel caso in cui il piano di ristrutturazione deve essere approvato dall’autorità giudiziaria o amministrativa prevede che

questa abbia facoltà di rifiutare l'omologazione del piano "*privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa*". Tale criterio è più ampio della nozione di fattibilità adottata dal legislatore italiano ai sensi dell'art. 48 del codice della crisi²⁰, che sembra riferirsi ad un giudizio in termini di certezza, e sembra oggi meglio rispondere alle difficoltà di redazione del piano che derivano dalle incertezze derivanti dall'impatto della crisi pandemica.

Luciano Panzani

²⁰ Va però osservato che non è questa la posizione della Suprema Corte che ovviamente si è pronunciata sulla disciplina dettata dalla legge fallimentare vigente, soprattutto con riferimento alla fase di apertura della procedura, la quale ha affermato in più occasioni che l'art. 161, comma 2, lett. e), l.fall., prescrivendo la presentazione di un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, impone al debitore di esplicitare i passaggi per mezzo dei quali la prestazione può diventare concretamente fattibile ed i modi con cui egli intende raggiungere concretamente il risultato che la proposta consegna ai creditori, onde quest'ultima deve considerarsi sempre sindacabile dal tribunale *ove risulti implausibile ovvero manifestamente priva di una ragionevole "chance" di successo* (corsivo nostro). Cfr. da ultimo Cass. 23 luglio 2021, n. 21190, (ord.). Negli stessi termini Cass. 28 aprile 2021, n. 11216 (ord.); Cass. 15 giugno 2020, n. 11522.