BonelliErede
with LOMBARDI

Focus Team Crisi aziendali e ristrutturazioni del debito
11 Luglio 2022

Il nuovo concordato preventivo alla luce del nuovo Codice della Crisi

1. Introduzione

Lo scorso 1° luglio è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 17.6.2022 n. 83 di recepimento della direttiva europea c.d. *insolvency* del 20 giugno 2019 (la "**Direttiva Insolvency**") che, come è noto, in molte parti ha riscritto il CCI.

Il prossimo 15 luglio entrerà in vigore il nuovo codice della crisi che dopo 80 anni manda definitivamente in soffitta la legge fallimentare del 1942[1]. In un quadro a tinte abbastanza fosche per l'imprenditore in difficoltà, da un lato la Direttiva Insolvency, dall'altro lato la pandemia (è paradossale a dirsi) hanno avuto un benefico effetto per il contenuto del nostro codice. Queste due novità fattuali e normative così diverse tra loro hanno correttamente sottolineato due aspetti: l'obiettivo primario delle procedure e strumenti di ristrutturazione è la **conservazione dell'impresa in funzionamento** per cui il fallimento, che nella legge del' 42 era la procedura cardine (tanto che le altre procedure venivano definite "procedure minori"), mentre ora diventa l'*extrema ratio* in caso di antieconomicità/inutilità/impossibilità di proseguire l'attività di impresa[2]. Il secondo insegnamento della Direttiva Insolvency è la **flessibilità degli strumenti offerti a debitori e creditori con pochi paletti rigidi** e il rinnovato **ruolo dei creditori** che nell'originario CCI era stato messo in secondo piano rispetto al ruolo del giudice.

Finalmente il nuovo CCI, grazie al recepimento della Direttiva Insolvency avvenuto con il D.Lgs. 83/2022, ha riscritto tutti gli istituti della legge fallimentare ad eccezione della disciplina del fallimento, ora liquidazione giudiziale, e ha addirittura introdotto uno strumento nuovo (il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa, art. 64 bis CCI).

Focus Team Crisi aziendali e ristrutturazioni del debito

Focus Team leader
Marco Arato
marco.arato@belex.com
Tel. +39-02-771131

Autore

Marco Arato
marco.arato@belex.com
Tel. +39-02-771131

[1] E' stato un percorso accidentato dalla prima Commissione Rordorf del 2015 alla legge delega dell'ottobre 2017, alla seconda Commissione Rordorf del 2017 che in due mesi ha scritto il CCI consegnato il 21.12.2017 all'allora Ministro della Giustizia. A gennaio 2018 è stato sciolto il parlamento a conclusione della legislatura e il nuovo governo ha impiegato oltre un anno (fino al gennaio 2019) per emanare il CCI con un'impronta profondamente diversa sia rispetto alla legge delega sia rispetto alla bozza della seconda Commissione Rordorf, con un'impronta "severa" nei confronti dell'imprenditore in difficoltà. Si pensi che a un Convegno nel 2019 un rappresentante del Ministero della Giustizia aveva detto che il nuovo CCI si caratterizza soprattutto per il nuovo ruolo attribuito al PM.

[2] Durante la pandemia per alcuni mesi è stato addirittura vietato fallire per legge, originariamente anche con divieto del fallimento in proprio.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

2. Applicazione della nuova disciplina

Il cambiamento di disciplina non sarà però violento o traumatico perché ai sensi dell'art. 390 CCI **tutte le procedure pendenti continueranno ad essere disciplinate dalla legge fallimentare**, intendendosi per procedure pendenti quelle per le quali prima del prossimo 15 luglio era stato presentato il ricorso per la dichiarazione di fallimento, la proposta di concordato fallimentare, il ricorso per l'omologa degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo (anche nella forma del concordato con riserva), per l'accertamento dello stato di insolvenza e per l'accesso alle procedure di sovraindebitamento. Ciò significa che la legge fallimentare avrà ancora una lunga vita (azzardando si può dire almeno un decennio), e che conviverà a lungo con il CCI.

Sono però utili due richiami: le proposte di concordato fallimentare presentate dopo il prossimo 15 luglio seppur relative a fallimenti pendenti saranno rette dalla nuova disciplina in quanto rappresentano una fase distinta e soprattutto eventuale della procedura fallimentare. E che cosa dire degli accordi di ristrutturazione presentati dopo il 15 luglio per i quali nel vigore della vecchia disciplina erano state richieste misure protettive ex art. 182 bis c. 6 l.f.: si applica la vecchia disciplina degli artt. 182 bis ss. l.f. o la nuova disciplina dell'art. 57 ss. CCI? E' ben vero che il DL 118/2021 aveva già anticipato per molti aspetti il CCI proprio con riferimento all'accordo di ristrutturazione, ma con notevoli differenze[3].

Credo che sulla base del testo dell'art. 390 CCI debba concludersi nel senso dell'applicazione della nuova disciplina in quanto la discriminante è la pendenza o meno del ricorso per l'omologa dell'accordo al prossimo 15 luglio e se a quella data erano state richieste solo le misure protettive ex art. 182 bis c. 6 non era ancora pendente il ricorso per l'omologa dell'accordo. Se le misure protettive ex art. 182 bis c. 6 l.f. alla data del prossimo 15 luglio erano già state concesse dal tribunale resteranno in vigore per il tempo stabilito dal giudice, viceversa se pur richieste non erano state ancora concesse, si pone il problema dell'applicazione o meno dell'art. 54 CCI che ha un contenuto diverso rispetto all'art. 182 bis c. 6 l.f.. Si potrebbe affermare che se alla data dell'entrata in vigore della nuova disciplina la domanda di misure protettive era pendente, applicando analogamente l'art. 390 CCI, dovrebbe trovare applicazione la vecchia disciplina.

---

[3] Si vedano ad es., l'art. 39 c.c. relativo agli obblighi del debitore, l'art. 40 CCI relativo all'eventuale nomina di un commissario giudiziale, l'art. 57 CCI relativo ai soggetti legittimati all'accordo di ristrutturazione, al contenuto dell'accordo e all'attestazione hanno un testo diverso rispetto all'art. 182 bis l.f. e il procedimento di omologa dell'accordo, ora disciplinato dall'art. 48 c. 4 CCI, è diverso rispetto a quello previsto dall'art. 182 bis e, soprattutto, si conclude con una sentenza e non più con un decreto.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

3. Il nuovo concordato preventivo

Una delle procedure che ha subito maggiori cambiamenti sia rispetto all'attuale disciplina sia rispetto alle precedenti versioni del CCI è sicuramente il concordato preventivo; le modifiche apportate sono di rilevanza pari a quelle contenute nella riforma del 2005 che, recependo nella legge fallimentare il concordato della Marzano introdotto nel 2003, aveva dato una nuova linfa a un istituto non più relegato al solo "*imprenditore onesto ma sfortunato*".

Senza entrare nel dettaglio dell'esame di alcune modifiche al concordato, è importante evidenziare alcune modifiche rilevantissime, in alcuni casi addirittura epocali:

- abbandono del criterio della prevalenza (tra continuità e liquidazione) per qualificare il concordato, con abbandono degli impropri riferimenti alla salvaguardia occupazionale (art. 84 c. 3 CCI);
- obbligatorio classamento dei creditori nel concordato in continuità (art. 85 c. 3 CCI);
- dilazione di pagamento senza limiti nei confronti dei creditori privilegiati nel concordato in continuità (art. 86 CCI) con attribuzione del diritto di voto (art. 109 CCI);
- introduzione della *relative priority rule* nel concordato in continuità (art. 84 c. 6 CCI), che prevede che solo il valore di liquidazione dei beni debba essere attribuito secondo le cause legittime di prelazione. Per il valore eccedente la liquidazione (e a maggior ragione per le risorse esterne) non è necessario rispettare l'ordine dei privilegi in quanto è sufficiente che il creditore di grado più elevato riceva più di chi ha un grado inferiore. Non è più necessario l'integrale pagamento di un grado di privilegio per passare al grado successivo;
- divieto per i creditori, in occasione di contratti pendenti nel concordato con continuità aziendale, di rifiutare l'adempimento o di provocare la risoluzione per il solo fatto del deposito della domanda di concordato (art. 94 bis CCI);
- approvazione del concordato in continuità con le stesse maggioranze previste per il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (art. 109 c. 5 CCI);
- nuovo ed esplicito ruolo affidato ai soci che se da un lato fanno un passo indietro nelle scelte del contenuto del percorso di ristrutturazione, dall'altro lato possono anche trarre dei benefici dalla ristrutturazione (ad es. attraverso la *relative priority rule* o attraverso la previsione della soddisfazione di una categoria di creditori ai quali il piano non preveda alcun pagamento ma la continuità dei rapporti contrattuali: art. 84 c. 3 CCI). In tal modo non solo possono conservare la partecipazione nella società ristrutturata, ma possono anche vedersi riconosciuti dei diritti diversi (anche deteriori rispetto a quelli precedentemente avuti). In questo caso i soci (pur

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

non essendo creditori) sono raggruppati in una o più classi e sono chiamati a votare il piano di concordato con il sistema del silenzio-assenso (art. 120 ter CCI).

L'obiettivo di "*tutelare l'interesse dei creditori e preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro*" (art. 84 CCI) indica efficacemente le priorità della procedura (la tutela dell'interesse dei creditori) con l'effetto che **la salvaguardia occupazionale diventa un obiettivo secondario** (il concordato preserva, nella misura del possibile, i posti di lavoro) **rispetto all'interesse dei creditori**.

A conferma di tali obiettivi l'attestatore nel concordato in continuità deve attestare che "*il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale*". Si è opportunamente abbandonato il criterio ambiguo della miglior soddisfazione dei creditori che non solo poteva prestarsi a opposte interpretazioni, ma lasciava aperte soluzioni giudiziarie influenzate da valutazioni soggettive del giudice o dei suoi ausiliari e lo si è sostituito con un criterio quasi matematico che impone interpretazioni oggettive.

Infine, il recepimento della direttiva comunitaria ha permesso di meglio precisare il **ruolo del giudice nella valutazione dei piani e delle proposte di ristrutturazione nelle varie situazioni** e ha opportunamente precisato che in sede di ammissione alla procedura di concordato il giudice deve verificare l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano intesa come non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati (nel concordato liquidatorio) o la ritualità della proposta (nel concordato in continuità), con la precisazione in quest'ultimo caso che la domanda di accesso al concordato è comunque inammissibile se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali (art. 47 CCI).

In sede di omologa del concordato, se tutte le classi hanno votato favorevolmente, il tribunale deve verificare che "*il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza*" (art. 112 c. 1 lett. f) CCI. Se una o più classi sono dissenzienti si può avere l'omologa a determinate condizioni fattuali (art. 112 c. 2). Se, infine, vi sono opposizioni il tribunale omologa il concordato se verifica l'equivalenza (almeno) della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare (art. 112 c. 3 CCI).

Addirittura, in caso di accoglimento in appello dell'eventuale reclamo l'art. 53 c. 5 bis CCI consente alla corte di confermare l'efficacia della sentenza di omologa "*se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno*". Si tratta di una previsione chiaramente volta al mantenimento della continuità e che scoraggia reclami "egoistici".

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

Si tratta di modifiche importanti rispetto al codice della crisi perché pongono (finalmente) fine all'incertezza della formula contenuta nella verifica della "fattibilità economica" da parte del giudice che si poteva prestare a interpretazioni che sconfinavano in una valutazione sulla convenienza del concordato.

Ebbene, in estrema sintesi, **spetterà in linea generale solo un controllo sulla legalità sostanziale della proposta al giudice che,** solo in caso di opposizioni, dovrà spingersi a valutare l'equivalenza (almeno) della proposta rispetto al fallimento. Tale soluzione sembra pienamente condivisibile: in linea generale consegna ai creditori la valutazione sulla (e l'accettazione della) proposta in continuità senza che si sovrapponga un giudizio estraneo alla normale dialettica debitore/creditori.

E anche il diverso criterio di voto nel concordato (art. 109 c. 5 e art. 112 CCI) che scoraggia opportunistiche o pilatesche astensioni valorizza il ruolo e i diritti dei creditori attribuendo al giudice il nobile compito di vigilare sul rispetto delle norme e di dirimere le controversie che si dovessero verificare secondo un metro di valutazione oggettivo. **Saranno quindi giustamente e di nuovo i creditori a valutare la bontà della continuità**.

Focus Team Crisi aziendali e ristrutturazioni del debito

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diverse aree di pratica con *focus* nel settore delle crisi aziendali e ristrutturazioni del debito.

Marco Arato
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Marcello Giustiniani
Lavoro

Giuseppe Lombardi
Contenzioso

Vittorio Lupoli
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Massimo Merola
Diritto dell'Unione Europea e Concorrenza

Antonella Negri
Lavoro

Paolo Oliviero
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Marco Passalacqua
Contenzioso e Ristrutturazioni/Fallimentare

Giuseppe Sacchi Lodispoto
Bancario e Finanziario

Riccardo Ubaldini
Fiscale

Elisabetta Varni
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Federico Vermicelli
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

PierDanilo Beltrami
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Fabio Macrì
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Lucia Radicioni
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Gianpaolo Ciervo
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Francesca Pollicina
Contenzioso e Ristrutturazioni/Fallimentare

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.