

IPSOA

Il Fallimento e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 0394-2740 - ANNO XXXIX - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

8-9/2017

 edicolaprofessionale.com/ilfallimento

**Responsabilità civile per ricorso
abusivo di credito**

**Cessione d'azienda e revocatoria
fallimentare**

Impugnazione delle insinuazioni tardive

Inefficacia delle ipoteche giudiziali

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE
Massimo Fabiani
Giovanni Lo Cascio
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO
Luigi Abete, Giuseppe Bozza,
Luigi D'Orazio, Patrizia De Cesari,
Francesco De Santis,
Antonino Dimundo,
Massimo Ferro,
Giovanni Battista Nardecchia,
Luciano Panzani, Giorgio Tarzia

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00216306



5-000002-163067



Wolters Kluwer

STRUMENTI E PROCEDURE PER IL RECUPERO CREDITI

a cura di Antonio Ivan Natali

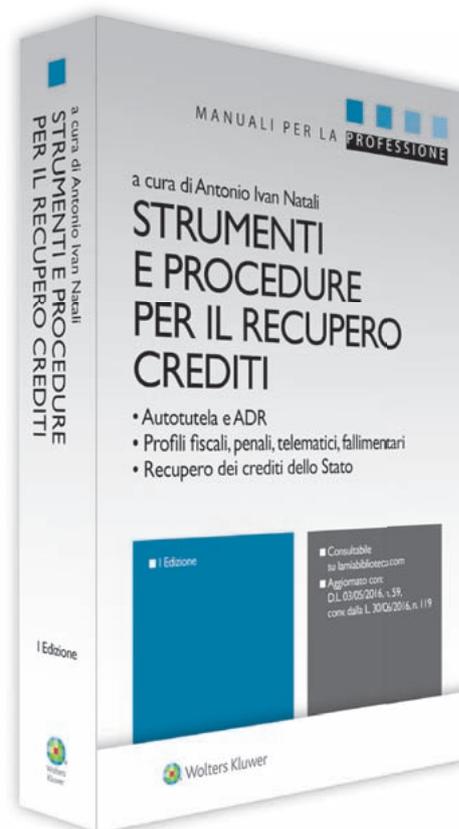
€ 72

Cod. 00216490

L'opera affronta il tema del recupero crediti così come disciplinato nei codici e nelle leggi speciali.

Il volume è suddiviso in due parti:

- la prima ha carattere generale, i temi trattati sono: gli strumenti di **autotutela del credito**, delle **adr**, dell'**opposizione al decreto ingiuntivo**, dell'**espropriazione forzata in generale** (presso il debitore, presso terzi, immobiliare, dei beni indivisi, contro il terzo proprietario), dell'**esecuzione per consegna o rilascio** e dell'**esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare**, delle **opposizioni**, del **debitore e del terzo nel processo esecutivo**, della **sospensione ed estinzione** del processo esecutivo e dell'**esecuzione forzata nei confronti della P.A.**
- la seconda monotematico: il recupero dei **crediti dello Stato**; gli **aspetti fiscali, telematici** (decreto ingiuntivo on line) e **penali** del recupero del credito; il recupero dei **crediti nelle procedure concorsuali**; la **crisi da sovraindebitamento**. Si dà conto dei più recenti interventi del legislatore (D.L. n. 59/2016 conv. in L. n. 119/2016) e della **giurisprudenza sia di merito che di legittimità**.



shop.wki.it 02.82476.1
info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right



OPINIONI

Fallimento	LA PROPOSTA DI DIRETTIVA UE IN MATERIA DI INSOLVENZA di <i>Lorenzo Stanghellini</i>	873
Accordi di ristrutturazione	L'ART. 182 SEPTIES L.FALL. E L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE "A MAGGIORANZA" di <i>Fabrizio Bonato</i>	881

IN ITINERE

	NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Massimo Ferro</i>	893
--	--	------------

GIURISPRUDENZA

Legittimità

	Cassazione Civile, Sez. I, 1° giugno 2017, n. 13886	896
Fallimento	LA NON FRAZIONABILITÀ DEL DECRETO DI ESECUTIVITÀ DELLO STATO PASSIVO commento di <i>Marina Spiotta</i>	898
	Cassazione Civile, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 11798	905
	Cassazione Civile, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 9883	908
	LA CASSAZIONE TORNA SUL TEMA DELL'AZIONE RISARCITORIA PER "CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO" CHE ABBIA RITARDATO LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO commento di <i>Giorgio Tarzia</i>	911
	Cassazione Civile, Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061	923
	Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915	925
Concordato preventivo	VERSO UN SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE TRA "FATTIBILITÀ GIURIDICA" E "FATTIBILITÀ ECONOMICA" NEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ? commento di <i>Marco Terenghi</i>	929
	Cassazione Civile, Sez. I, 5 aprile 2017, n. 8869	939
Fallimento	QUALCOSA DI NUOVO SUL FRONTE DELLE DOMANDE TARDIVE commento di <i>Vittorio Zanichelli</i>	941
	Cassazione Civile, SS.UU., 28 febbraio 2017, n. 5054	
	CESSIONE DI AZIENDA E REVOCATORIA FALLIMENTARE osservazioni di <i>Ugo De Crescenzo</i>	947

Merito

	Tribunale di Grosseto 14 marzo 2017, n. 16964	
Concordato preventivo	LA PUBBLICAZIONE DELLA DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO NEL REGISTRO DELLE IMPRESE commento di <i>Raffaella Brogi</i>	955
	Tribunale di Ravenna 10 marzo 2017	966
Sovraindebitamento	LA VERIFICA DELLA FATTIBILITÀ GIURIDICA NEL PIANO DEL CONSUMATORE commento di <i>Alessandro Torcini</i>	967
	Tribunale di Nola 17 marzo 2016	973
Concordato preventivo	"PER LA CONTRADDIZION CHE NOL CONSENTE": UNA CRITICA AD UNA LETTURA ANTI-SISTEMICA DEGLI ARTT. 168 E 186 L.FALL. commento di <i>Federico Casa</i>	975

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE SULL'INSOLVENZA

a cura di *Patrizia De Cesari e Galeazzo Montella*

985

Massimario di legittimità

Massime della giurisprudenza di legittimità pubblicate secondo l'ordine progressivo della materia regolata dagli articoli del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

988

Massimario di merito

Massime della giurisprudenza di merito pubblicate secondo l'ordine progressivo della materia regolata dagli articoli del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

992

INDICE

Indice analitico-alfabetico

994

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

N. Abriani, S. Ambrosini, M. Arato, G. Cabras, G. Cavalli, P.F. Censoni, P. De Cesari, L. Del Federico, S. Fiore, E. Frascaroli Santi, A. Lanzi, F. Macario, F. Marelli, M. Montanari, I. Pagni, U. Patroni Griffi, M. Perrino, G. Presti, A. Rossi, R. Tiscini, G. Trisorio Liuzzi

Il Fallimento e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:
telefono 02 82476.570
telefax 02 82476.055
e-mail: redazione.fallimento.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02 824761 - telefax 02 82476.799
e-mail servizio.clienti@wolterskluwer.com

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

HANNO COLLABORATO

La selezione della giurisprudenza di legittimità è a cura dell'Avv. Dario Finardi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12
20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ:

 **Wolters Kluwer**

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Strada 1 Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI), Italia

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 10 dell'8 gennaio 1979

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con

il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori - 20090 Assago (MI), entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/iffallimento. L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo: www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 263,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 526,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02 82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 33,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196,

La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02 82476799.

Insolvenza

La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza

di Lorenzo Stanghellini (*)

Il processo di armonizzazione europea del diritto dell'insolvenza sembra registrare un'improvvisa accelerazione, causato dalla diffusa e perdurante crisi economica e dal conseguente impatto sul tessuto sociale e sui bilanci delle banche europee. La direttiva, qualora venisse approvata, avrebbe una serie di obiettivi alquanto importanti (responsabilità degli amministratori di società in situazione di crisi, rapida esdebitazione anche per i professionisti, specializzazione di coloro che hanno incarichi in procedure concorsuali). Dal punto di vista degli strumenti di gestione della crisi, essa avrebbe un oggetto limitato ma importante: la direttiva imporrebbe agli Stati membri di adottare un percorso unitario (cioè senza radicali cesure fra strumenti stragiudiziali assistiti e procedure concorsuali) per la ristrutturazione delle imprese in continuità diretta. Risulterebbero modificati, rispetto al quadro italiano attuale e in formazione, le regole in materia di professionista attestatore e blocco delle azioni esecutive, e dovrebbero essere inclusi in questo percorso anche gli imprenditori agricoli. Il recepimento della direttiva potrebbe essere l'occasione per un ripensamento del sistema più radicale di quanto sembri emergere dal disegno di legge delega attualmente all'esame del Parlamento.

1. Un'accelerazione improvvisa

Il processo di armonizzazione del diritto societario è iniziato circa cinquant'anni fa. Solo tre anni fa, invece, se si esclude un singolo intervento del Parlamento europeo nel 2011, le istituzioni europee hanno cominciato ad interessarsi in modo serio del diritto fallimentare.

La causa scatenante di tale interesse è stata la crisi finanziaria iniziata nel 2007, che da un lato ha piegato centinaia di migliaia di imprese a livello europeo, dall'altro ha appesantito i bilanci delle banche di crediti deteriorati (NPL) che in alcuni ben noti casi (soprattutto in Italia, Spagna, Porto-

gallo e Irlanda) ne hanno messo in pericolo la stabilità.

Nel marzo del 2014 la Commissione europea ha pubblicato la Raccomandazione "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza". Nel 2015, con una serie di interventi sempre più pressanti e specifici, prima i presidenti del Parlamento, della Commissione, del Consiglio, dell'Eurogruppo e della BCE hanno sollecitato un intervento di armonizzazione del diritto fallimentare, poi la Commissione ha inserito tale armonizzazione fra gli obiettivi della Comunicazione sulla Capital Market Union (1).

(*) Il testo riproduce, con aggiornamenti, la relazione tenuta il 24 settembre 2016 al convegno di Courmayeur su "Le procedure concorsuali nel quadro europeo", ed è stato utilizzato per l'audizione sulla proposta di direttiva presso la Commissione Giustizia il 24 maggio 2017. Il contributo, insieme agli altri Atti del convegno, è in corso di pubblicazione anche nei *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*.

L'autore è membro del Group of Experts on restructuring and insolvency law, che ha collaborato con la Commissione europea nella redazione della proposta. Le opinioni sono ovviamente espresse a titolo personale.

(1) Comunicazione "Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali" (COM(2015)468), il cui paragra-

fo 6.2 ("Rimuovere gli ostacoli nazionali agli investimenti transfrontalieri") recita: "La convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione favorirebbe una maggiore certezza giuridica per gli investitori transfrontalieri e incoraggerebbe la tempestiva ristrutturazione di imprese vitali in difficoltà finanziarie. Coloro che hanno risposto alla consultazione in generale hanno convenuto che l'inefficienza e le differenze che caratterizzano le normative sull'insolvenza ostacolano la valutazione del rischio di credito da parte degli investitori, in particolare in caso di investimenti transfrontalieri". Dunque, "la Commissione proporrà un'iniziativa legislativa in materia di insolvenza, ristrutturazione precoce e 'seconda possibilità' sulla base dell'esperienza maturata con la raccomandazione [12 marzo 2014].

Con tempi rapidissimi, dopo una fitta serie di riunioni del Group of Experts appositamente costituito e di incontri con gli Stati membri e i vari stakeholders (associazioni di imprese, banche, sindacati, consumatori, ecc.), la Commissione ha pubblicato, il 22 novembre 2016, una proposta di direttiva.

Tale proposta, il cui contenuto esamineremo fra poco, ha iniziato l'iter legislativo delle istituzioni europee (Consiglio dei Ministri dell'UE e Parlamento), che può durare da alcuni mesi a più di un anno.

Dopo la sua (eventuale) definitiva approvazione, essa dovrà essere recepita nei 27 Stati membri che al quel momento avrà l'UE. In alcuni di essi, si tratterà di un cambiamento significativo. L'Italia non sembra fare eccezione.

2. L'oggetto della direttiva

La proposta di direttiva (che di seguito, per brevità, definiremo la "direttiva") ha cinque obiettivi, distinti fra loro anche se collegati:

- 1) prevedere, per tutti i debitori (imprenditori e professionisti), la disponibilità di strumenti di allerta che consentano loro di percepire il peggioramento della situazione finanziaria;
- 2) far sì che in tutti gli Stati dell'UE gli imprenditori sovraindebitati possano accedere a strumenti che consentano la loro rapida ed efficiente ristrutturazione, che costituisce l'obiettivo più importante della proposta;
- 3) prevedere doveri di comportamento degli amministratori di società in crisi, che possano fungere da criterio di imputazione, ma anche da esimente, per la loro responsabilità nell'affrontare il dissesto;
- 4) prevedere una rapida esdebitazione degli imprenditori e dei professionisti sovraindebitati;
- 5) prevedere strumenti di miglioramento dell'efficienza delle procedure di insolvenza, quali che sia il loro nome e le loro caratteristiche nei singoli Stati membri dell'UE.

Non è dunque oggetto della direttiva una completa armonizzazione del diritto fallimentare. Restano infatti fuori dal perimetro della direttiva sia le procedure e gli strumenti di carattere liquidatorio, sia l'armonizzazione dei privilegi e in genere della gerarchia dei creditori.

È da precisare che la direttiva intende imporre degli standard minimi, cioè assicurare che in ciascuno degli Stati membri i debitori e i creditori goda-

no almeno delle garanzie da essa previste. Agli Stati membri non è vietato prevedere disposizioni ulteriori, purché non incompatibili con le finalità della direttiva: ad esempio, come vedremo, la direttiva prevede che gli strumenti di ristrutturazione si applichino agli imprenditori che intendono continuare l'attività d'impresa, ma nulla vieta agli Stati membri di applicare gli stessi strumenti anche agli imprenditori che intendano cederla o cessarla. L'obiettivo è dunque ambizioso, ma non irrealizzabile come sarebbe se invece mirasse ad armonizzare tutto il diritto fallimentare degli Stati membri, che spesso è collegato agli strumenti di realizzazione della garanzia patrimoniale, al diritto del lavoro, al diritto dei contratti, la cui origine è non di rado frutto di tradizioni secolari.

3. Il primo obiettivo: gli strumenti di *early warning* (e l'imperfetto parallelo con l'allerta del DDL Rordorf)

La direttiva, allo scopo di contrastare la tendenza dei debitori ad affrontare in ritardo le proprie difficoltà finanziarie, vuole che gli Stati membri mettano a disposizione strumenti che consentano loro di percepire le difficoltà e agire di conseguenza (art. 3). Varie sono le considerazioni al riguardo:

- a) lo scopo di tali strumenti non deve essere solo quello di indurre il debitore a ristrutturarsi tempestivamente, ma anche quello di indurlo ad avviare tempestivamente una liquidazione, che se iniziata in una fase anticipata ha più probabilità di essere ordinata e efficiente (Considerando n. 16);
- b) gli strumenti di *early warning* che gli Stati devono prevedere possono essere di varia natura, purché volontaria ("Member States shall ensure that debtors and entrepreneurs have access to early warning tools"). Essi possono consistere anche in doveri di regolarità contabile e controllo per il debitore o il management, come pure doveri di report sulla base di contratti di prestito ("*accounting and monitoring duties for the debtor or the debtor's management as well as reporting duties under loan agreements*"). Gli Stati membri devono altresì mettere a disposizione dei debitori informazioni chiare sulle procedure disponibili per ristrutturarsi (ancora Considerando n. 16);
- c) gli Stati membri possono, ma non *debbono*, prevedere incentivi o addirittura obblighi a carico di revisori, agenzie fiscali e di previdenza sociale di

L'iniziativa avrà come scopo la rimozione dei principali ostacoli al libero flusso di capitali, prendendo a modello i regimi nazionali che funzionano bene". Ripercorre il passaggio dalla racco-

mandazione alla direttiva G. Lo Cascio, Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine, in questa *Rivista*, 2017, 501.

segnalare (non è chiaro se al debitore o anche a terzi, ma la cosa non pare decisiva dato che si tratta di norma che non impone alcun obbligo o divieto agli Stati membri) il deterioramento della situazione (ancora Considerando n. 16).

Lo scopo della direttiva è, evidentemente, quello di aumentare l'autoconsapevolezza del debitore, facendo leva sugli strumenti c.d. di allerta interna e di assistenza al debitore. Essa non ha invece lo scopo di forzare la mano al debitore rivelando la sua crisi anche a terzi, come è invece l'impostazione del DDL AS 2681 (si veda l'art. 4) (2).

Gli Stati membri possono limitare gli strumenti di *early warning* alle sole piccole e medie imprese e agli imprenditori (escludendone i professionisti).

4. Il secondo obiettivo: gli strumenti per la ristrutturazione

Si tratta, come anticipato, della parte più rilevante e ambiziosa della proposta.

4.1. Ambito soggettivo e finalità degli strumenti

La direttiva mira ad assicurare che in tutto il territorio dell'UE gli imprenditori in crisi abbiano accesso a strumenti che consentano loro di ristrutturarsi in modo efficiente, evitando di essere assoggettati a procedure di carattere liquidatorio. Più in dettaglio:

- a) l'accesso a tali strumenti deve essere garantito a tutti gli imprenditori, a prescindere dalla loro dimensione e dalla natura dell'attività svolta (e dunque anche a quelli agricoli e a quelli cc.dd. "sotto soglia");
- b) gli imprenditori devono trovarsi in una condizione di probabilità di insolvenza (art. 4, par. 1). Non pare espressamente vietato che agli strumenti acceda anche l'imprenditore già in stato di insolvenza, ma in tal caso, ottenuto il blocco delle azioni esecutive (art. 6), egli deve essere in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni che sorgono durante il periodo. Se così non è, infatti, gli Stati membri possono prevedere che uno o più creditori possano ottenere l'apertura di una procedura di insolvenza (art. 7);
- c) gli strumenti devono essere volti a consentire la "ristrutturazione", che, ai sensi dell'art. 2(2), deve

essere finalizzata alla prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso imprenditore, in quanto il contenuto del piano può prevedere la cessione di beni o di "parti" dell'impresa (3). Sembra dunque restare fuori dall'oggetto della direttiva la prosecuzione da parte di un diverso imprenditore (c.d. continuità indiretta). Trattandosi di direttiva che impone standard minimi, nulla vieta che uno Stato membro renda accessibile lo strumento anche a un imprenditore che intenda cedere l'intera attività (come sembra previsto dal DDL AS 2681: si v. art. 1, comma 2, lett. g; ma altre disposizioni non ripetono la precisazione, ivi contenuta, che la continuità aziendale può aver luogo anche "anche tramite un diverso imprenditore") o addirittura liquidare il patrimonio.

4.2. Gli strumenti

L'aspetto più interessante è che, al fine di consentire all'imprenditore di ristrutturarsi, la direttiva non prevede una procedura, ma una serie di strumenti di efficacia e invasività crescente, cui corrispondono crescenti tutele e cautele. Il debitore, in altre parole, deve essere messo in condizione di utilizzare la "medicina" o l'insieme di medicine adeguati alla gravità della situazione, che può richiedere da una semplice moratoria a una ristrutturazione dell'intera massa debitoria, suddivisa in classi.

Si tratta:

- a) del blocco delle azioni esecutive, che il debitore può chiedere e che il giudice deve concedere per un periodo massimo di quattro mesi. Il blocco può essere rinnovato fino a un massimo di dodici mesi, in presenza di crescenti assicurazioni al giudice che le trattative stanno procedendo e il blocco non pregiudica ingiustamente i creditori (art. 6 par. 4-7). Il giudice può rimuovere il blocco anche prima della scadenza se vi è un ingiusto pregiudizio o se lo chiedono tanti creditori da poter impedire l'approvazione del piano (si veda più avanti per una discussione e un possibile esempio);
- b) del c.d. *cram-down of dissenting creditors* (o ristrutturazione dei debiti dei dissenzienti (art. 10), che in sostanza è la possibilità di far vincolare i dissenzienti di una classe. Si tratta di possibilità concessa, nel nostro ordinamento, sia dall'art. 182-

(2) Su questo punto dissenso dall'ottimo lavoro di L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in questa Rivista, 2017, 129, che ritiene che la direttiva prenda qui spunto dall'esperienza francese e dal progetto italiano.

(3) L'art. 2(2) dispone infatti: "*restructuring means chan-*

ging the composition, conditions, or structure of a debtor's assets and liabilities or any other part of the debtor's capital structure, including share capital, or a combination of those elements, including sales of assets or parts of the business, with the objective of enabling the enterprise to continue in whole or in part".

septies (limitatamente ai creditori finanziari), sia dal concordato preventivo;

c) del c.d. *cross-class cram-down* (o ristrutturazione trasversale dei debiti) (art. 11), che in sostanza è la possibilità di vincolare ai termini del piano una o più classi dissenzienti. Si tratta di possibilità concessa, nel nostro ordinamento, solo dal concordato preventivo con classi, quando la maggioranza di queste ha approvato la proposta (art. 180, comma 4).

In sostanza, il debitore può utilizzare, come da uno scaffale, uno o più di questi strumenti, a seconda delle esigenze e della gravità della situazione. In tutti i casi egli mantiene l'amministrazione dell'impresa (art. 5), e un professionista è nominato solo nei casi in cui il debitore ottiene il blocco delle azioni esecutive o mira ad ottenere un *cross-class cram-down*.

A questi strumenti si aggiungono:

1) la protezione, molto potente perché menziona esplicitamente l'esenzione da persecuzione penale, per la nuova finanza, sia finanza-ponte, sia finanza in esecuzione di un piano approvato, che non possono essere oggetto di revocatoria o dar luogo a sanzioni penali (art. 16). La concessione della pre-deduzione è a discrezione degli Stati membri;

2) la protezione per gli atti compiuti in funzione delle trattative per un piano di ristrutturazione, e per quelli in esecuzione di tale piano (art. 17).

Si tratta di concetti prossimi a quelli conosciuti nell'ordinamento italiano, con il (complesso) sistema di protezione dei finanziamenti (principalmente, ma non esclusivamente, artt. 182 *quater* e *quinquies* l.fall.) e di esenzioni da revocatoria e da sanzioni penali (principalmente art. 67, comma 3 e art. 217 *bis* l.fall.).

4.3. Le classi di creditori, la distribuzione del valore e il trattamento dei soci

Il principio-guida della ristrutturazione è quello della valorizzazione del consenso e del minimo intervento dell'autorità giudiziaria. In quest'ottica, il debitore è libero di formare classi e distribuire il valore come meglio crede, fermo restando che egli deve ottenere (se si tratta di puro accordo) il consenso dei creditori coinvolti o (nel caso di vincolo a maggioranza) della maggioranza dei creditori coinvolti per ciascuna classe. L'unico limite è, in questo secondo caso, che ciascun creditore coinvolto ha diritto al controllo di convenienza (*best interest of creditors test*: art. 10, comma 2, lett. b), e dunque non può essere vincolato se nell'alternativa

liquidatoria verrebbe soddisfatto in misura maggiore (art. 13, comma 1).

Questo principio cade allorché l'accordo debba essere imposto anche a creditori che *in maggioranza* sono dissenzienti. In questo caso, occorre che il piano osservi anche un'ulteriore condizione: il rispetto della priorità di rimborso (la *absolute priority rule*), secondo cui nessun soggetto collocato in posizione inferiore può essere soddisfatto fino a che quello collocato in posizione superiore non è interamente soddisfatto (art. 11, comma 1, lett. c, e art. 2(10)). In questo caso, si utilizza la valutazione dell'impresa secondo la prospettiva della continuazione e non della liquidazione (art. 13, comma 2), criterio più favorevole alle classi collocate più in basso nella gerarchia (il maggior valore può infatti andare a loro vantaggio, "ricadendo" dalle classi di rango superiore interamente soddisfatte). Se dunque il creditore *non ottiene* il consenso di *tutte* le classi di creditori e di soggetti che siano "interessati" dal piano (e dunque non siano ad esso indifferenti, come accadrebbe per creditori pagati secondo le originarie scadenze), allora non è libero di distribuire il valore.

Due ulteriori considerazioni:

1) anche i creditori prelatizi interamente soddisfatti votano sul piano, se non sono pagati secondo le scadenze originarie, e votano per l'intero credito (a differenza di quanto fino a oggi ritenuto dalla nostra giurisprudenza);

2) anche i soci sono "interessati" al piano, e il loro dissenso abusivo può essere superato nei termini (per la verità non del tutto chiari) di cui all'art. 12, che prevede la possibilità di farli votare in una classe, con ciò assoggettandoli, se essi si rifiutassero di approvare un piano che ritengono non conveniente, al *cross-class cram-down*, con il connesso effetto di rendere molto difficile il loro mantenimento nella compagine sociale.

Questo pone un problema, soprattutto per le piccole e medie imprese, per le quali da un lato gli amministratori sono diretta espressione dei soci, e dall'altro è difficile mantenere valore all'impresa se non mediante il contributo diretto dei soci-amministratori, che spesso non ha carattere monetario. Il problema è ben avvertito dalla Commissione europea, la quale, nel Considerando n. 29, scrive: "I detentori di strumenti di capitale delle piccole e medie imprese che non sono meri investitori bensì proprietari dell'impresa e che contribuiscono all'impresa in altri modi, ad esempio con competenze in materia di gestione, possono non essere incentivati a ristrutturare a tali condizioni. Pertanto il meccanismo di ristrutturazione

trasversale dei debiti dovrebbe rimanere facoltativo per il proponente il piano". Questo passaggio, che a tutta evidenza mostra l'intenzione politica di consentire ai soci di una piccola società di rimanere più facilmente nel capitale della società ristrutturata, non sembra tuttavia adeguatamente tradotto nell'articolo (4). Pertanto, allo stato della proposta di direttiva come è attualmente formulata, la legislazione nazionale che prevedesse, anche in caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, la possibilità per i soci di restare azionisti sulla base di un loro contributo non monetario alla ristrutturazione sarebbe probabilmente illegittima.

5. Il terzo obiettivo: dare certezza, ma anche responsabilità, agli amministratori di società in crisi

L'art. 18 formalmente rientra nella sezione sugli strumenti di ristrutturazione, ma sembra aver un oggetto più ampio. Esso concerne infatti le responsabilità degli amministratori di società in crisi. L'articolo si completa con il Considerando n. 36, e riprende la Legislative Guide dell'Uncitral, che però sul punto è più dettagliata.

La proposta prevede che essi debbono adottare cautele necessarie ad evitare l'insolvenza e in via immediata devono fare quanto possibile per minimizzare la perdita per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e gli altri stakeholders (ad esempio, fornitori e clienti). Si tratta del tentativo di introdurre a livello europeo una forma di *wrongful trading*, che la Commissione europea aveva effettuato nel 2003 sulla scorta del suggerimento dei suoi esperti in materia di diritto societario.

6. Il quarto obiettivo: la seconda chance a imprenditori e professionisti in caso di crisi

Da tempo le istituzioni europee promuovono una cultura della "seconda possibilità" (5), che implica anche l'accesso ad una relativamente rapida esde-

bitazione. Tale possibilità diverrebbe un obbligo per gli Stati membri con l'eventuale definitiva approvazione della direttiva.

Si noti che, mentre la parte relativa agli strumenti di ristrutturazione concerne le imprese, questa parte riguarda tutte le persone fisiche impegnate in un'attività professionale, e dunque anche i lavoratori autonomi e i professionisti (lo si comprende dall'art. 23, par. 1, che prevede la possibilità di trattare in un'unica procedura sia i debiti in senso ampio "professionali", cioè quelli derivanti da un'attività d'impresa o professionale, sia quelli derivanti da cause estranee a tale attività). La proposta andrebbe dunque ad occupare l'ambito sia dell'art. 142 l.fall., sia dell'art. 14 *terdecies* della L. n. 3/2012. Il tema dei consumatori, invece, resta fuori dall'ambito della proposta di direttiva, avendo implicazioni diverse da quelle degli imprenditori e dei professionisti. Gli Stati membri possono tuttavia legittimamente estendere la disciplina dell'esdebitazione anche alle persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale (art. 1, par. 3).

La disciplina, contenuta negli artt. da 19 a 23, richiede che, salvo eccezioni, l'esdebitazione venga ottenuta entro tre anni dall'apertura della procedura, tempi dunque diversi da quelli previsti dalle due norme sopra citate. Gli Stati membri possono tuttavia mantenere un regime che prevede un pagamento parziale dei debiti, purché l'obbligo di pagamento sia commisurato alla situazione individuale del debitore e sia proporzionale al suo reddito disponibile (art. 19, par. 2).

7. Il quinto obiettivo: il miglioramento dell'efficienza delle procedure di insolvenza

Molto importanti sono infine le norme dagli artt. 24 a 29, che mirano a incrementare l'efficienza dei sistemi nazionali (e, si noti, anche le procedure di

(4) Una possibile lettura che ripristini coerenza fra la motivazione e l'articolo della proposta di direttiva è quella secondo cui la società può proporre un piano che non tocchi gli azionisti (o comunque non li cancelli) e, in caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, non chieda l'applicazione del *cross-class cram-down* (ristrutturazione trasversale dei debiti) di cui all'art. 11. La conseguenza, tuttavia, è quella dell'insuccesso del tentativo, non quella del superamento della regola della priorità assoluta.

Il complesso e affascinante tema della distribuzione del valore fra soci e creditori, nei concordati con continuità aziendale, è trattato da M. Fabiani, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del con-*

cordato preventivo, in www.ilcaso.it, nonché A. Rossi, *Il migliore soddisfacimento dei creditori* (quattro tesi), in questa *Rivista*, 2017, 637. Il tema è stato oggetto di espresso esame da parte di Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *decr.*, in questa *Rivista*, 2017, 313, con ampia e profonda nota di G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*

(5) La Raccomandazione del 2014 su "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza", che al tema dedicava il par. IV, era solo l'ultima di una serie di documenti miranti a sollecitare negli Stati membri la consapevolezza del tema della seconda possibilità per gli imprenditori onesti ma sfortunati.

liquidazione, non solo quelle di ristrutturazione). Esse prevedono:

- a) la specializzazione e la formazione dei giudici nella materia dell'insolvenza;
- b) la formazione dei professionisti nominati nelle procedure (mediatori, commissari, curatori, ecc.);
- c) la trasparenza e l'obiettività nelle designazioni di tali professionisti da parte dell'autorità giudiziaria;
- d) il monitoraggio e l'adeguato compenso di tali professionisti, al fine di assicurare la rapidità e l'efficienza del loro lavoro;
- e) l'uso di mezzi elettronici di comunicazione nelle procedure di insolvenza;
- f) la raccolta di dati su tutte le procedure di ristrutturazione, di liquidazione e di esdebitazione, al fine di consentire l'elaborazione di affidabili statistiche sulla loro efficienza.

8. Cosa cambierebbe negli strumenti di ristrutturazione

Rispetto al panorama attuale, vi sarebbero significativi cambiamenti. In primo luogo, gli strumenti di ristrutturazione dovrebbero essere resi accessibili in modo paritetico sia agli imprenditori commerciali, sia agli imprenditori agricoli. Si tratterebbe di una significativa innovazione, stante la riconosciuta difficoltà di mantenere in attività imprese agricole che spesso sono dotate di una complessa organizzazione e il cui "magazzino", spesso, non può tollerare nemmeno pochi giorni di interruzione nella cura (si pensi alle imprese florovivaistiche). Allo stato, la L. n. 3/2012 non consente ad esempio di ottenere un blocco delle azioni esecutive e finanziamenti prededucibili urgenti fino al momento della presentazione del piano, che normalmente richiede settimane di elaborazione in condizioni di stress finanziario e di rischio di aggressione da parte dei creditori, legittimati ad agire individualmente. Ne consegue che, a differenza di quanto prevede il DDL A.S. 2681 (art. 2, comma 1, lett. e), non soltanto dovrebbe esservi un procedimento unitario di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza fra imprenditori commerciali e agricoli, ma dovrebbe esservi anche un percorso comune, almeno per quanto riguarda gli strumenti di ristrutturazione. Se ciò porti alla fine della distinzione fra imprenditore commerciale e agricolo anche per le procedure liquidatorie è frutto di una scelta politica nazionale.

Anche per quanto riguarda gli strumenti di ristrutturazione (ricordo che l'ambito è limitato a questo)

oggi accessibili ai soli imprenditori commerciali, vi sarebbero elementi di novità, sia di dettaglio sia, e soprattutto, di impostazione generale.

Fra i primi, segnalo il possibile venir meno della figura del professionista attestatore che rende dichiarazioni in una fase anticipata. In sostanza, se i creditori o il giudice lo ritengono opportuno, acquisiranno idonee perizie; tuttavia, non si avrebbe più questo adempimento che, occorre dire, non ha funzionato bene soprattutto perché è mancato (non importa qui se per colpa dell'inadeguatezza di molte attestazioni, di un certo interventismo giudiziario o, probabilmente, di entrambi i fattori) l'affidamento dell'autorità giudiziaria rispetto al lavoro dell'attestatore, che nel disegno della riforma degli anni 2005 e seguenti doveva consentire al giudice di adottare decisioni rapide grazie a un quadro informativo da lui fornito.

Cambiarebbe inoltre il meccanismo per l'ottenimento del blocco delle azioni esecutive. Esso infatti:

- a) potrebbe essere ottenuto con molta più facilità di quanto sia oggi possibile a fronte dell'inizio di una trattativa per una soluzione stragiudiziale, essendo sufficiente che esso sia "necessario per agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione" (art. 6 par. 1): l'art. 182 bis comma 6 ss. richiede invece impegnative dichiarazioni al professionista attestatore;
- b) richiederebbe un provvedimento del giudice anche in caso di apertura di una procedura giudiziale, per la quale - come nel concordato preventivo - è oggi previsto un automatismo;
- c) il blocco delle azioni esecutive non potrebbe tuttavia essere disposto per più di quattro mesi, e potrebbe essere rinnovato per due volte fino a un massimo di dodici mesi in presenza di prove sempre più stringenti circa la probabilità che sia raggiunto un accordo. Dall'altro lato, esso potrebbe non essere rinnovato alla scadenza, o essere revocato anche prima di essa, in assenza di serie prospettive di un accordo.

Il limite massimo di dodici mesi potrebbe porre rilevanti problemi qualora lo strumento miri a una completa ristrutturazione dell'indebitamento (sulla scorta dell'attuale concordato preventivo), che richiede quasi sempre un complesso piano, lunghe trattative con i principali creditori e snodi procedurali che è possibile comprimere, ma non eliminare. Tale periodo massimo (prossimo a quello di nove mesi più sessanta giorni attualmente previsto dall'art. 181 l.fall.) può risultare stretto, soprattutto se interpretato come perentorio (e, soprattutto nei