

CRITICITÀ DEL CORRETTIVO 2024 AL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

ANTONIO ILACQUA

Professore a c. nell'Università del Molise

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari ed entrata in vigore. – 2. Composizione negoziata. – 3. Transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 4. Concordato preventivo. – 5. Conclusioni.

1. – Nella Gazzetta Ufficiale n. 227 del 27 settembre 2024 è stato pubblicato il d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136 recante *Disposizioni integrative e correttive al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n. 14*, il quale è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione (28 settembre 2024).

Il correttivo, adottato in attuazione di due deleghe contenute, rispettivamente, nella legge n. 20 del 2019 e nella legge di delegazione europea 2019-2020 (legge n. 53 del 2021), si concentra prevalentemente sulla semplificazione e implementazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, con l'intenzione di migliorare la comprensione dei nuovi istituti e di agevolare così l'effettività e l'efficienza del sistema di gestione della crisi e dell'insolvenza, tenendo presente la prospettiva adottata dal legislatore europeo in termini di agevolazione della ristrutturazione precoce, dell'esdebitazione e di procedure liquidatorie rapide ed efficienti.

Le sue disposizioni, ai sensi dell'art. 56, si applicano anche alle composizioni negoziate, ai piani attestati di risanamento, ai procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 40 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alle procedure di liquidazione giudiziale, liquidazione controllata e liquidazione coatta amministrativa, nonché, ai procedimenti di esdebitazione di cui al richiamato d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e alle procedure di amministrazione straordinaria pendenti alla data dell'entrata in vigore del provvedimento e a quelli instaurati o aperti successivamente.

È, tuttavia, prevista una disciplina transitoria diversa relativamente alle disposizioni che hanno introdotto la possibilità di un accordo sui debiti tributari nella composizione negoziata e nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione; nonché a quelle che hanno modificato la disciplina della transazione fiscale e contributiva negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo¹.

Nello specifico:

¹ Si veda, sul punto, *Crisi d'impresa, correttivo applicabile anche nelle procedure pendenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 settembre 2024.

- la possibilità, per il debitore, di concludere con le agenzie fiscali un accordo transattivo avente ad oggetto il pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari (prevista dal novellato comma 2-bis dell'art. 23 c.c.i.i.) si applica solo alle composizioni negoziate avviate con istanza di nomina dell'esperto presentata ai sensi dell'art. 17 del c.c.i.i. a decorrere dal 28 settembre 2024;

- analogamente, trova applicazione solo per le proposte di transazione presentate dal 28 settembre 2024 il novellato comma 4° dell'art. 88 c.c.i.i., il quale prevede la possibilità dell'omologazione forzosa della transazione fiscale e previdenziale anche nel concordato preventivo in continuità;

- le limitazioni al cram-down fiscale e contributivo introdotte con riguardo alle proposte di transazione formulate nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono per contro applicabili solo alle proposte presentate alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali a decorrere dal 28 settembre 2024. Esse sono pertanto irrilevanti rispetto alle proposte presentate precedentemente, anche se non ne sia stata ancora richiesta l'omologazione al tribunale. Le medesime regole si applicano all'incremento delle soglie di soddisfacimento dei debiti tributari e contributivi richieste ai fini del cram-down che, come vedremo, sono state elevate, a seconda dell'ampiezza delle adesioni degli altri creditori, al 50% e al 60% del debito senza sanzioni e interessi;

- solo a decorrere dal 28 settembre 2024 può essere, inoltre, formulata alle agenzie fiscali e previdenziali una proposta per ridurre o dilazionare il pagamento dei debiti tributari e contributivi nell'ambito del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione;

- trova invece applicazione anche con riguardo alle procedure di concordato preventivo in continuità già pendenti alla data di entrata in vigore del provvedimento la modifica apportata al comma 2° dell'art. 112 c.c.i.i., contenente la disciplina della cd. ristrutturazione trasversale. Ai sensi di tale disposizione, il tribunale omologa il concordato in continuità aziendale anche in assenza del voto favorevole di tutte le classi se, ferme le altre condizioni previste, la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi e almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

2. - Il provvedimento in esame interviene innanzitutto sulla composizione negoziata, strumento volontario e stragiudiziale, in funzione dal 15 novembre 2021, introdotto per consentire all'imprenditore di anticipare e risolvere tempestivamente le situazioni di crisi, in linea con le previsioni della Direttiva comunitaria cd. Insolvency².

² Dal *Report* predisposto dall'Osservatorio crisi d'impresa di Unioncamere sulla base dei dati forniti da Infocamere, emerge che, pur restando le procedure di *Il diritto degli affari*, n. 1/25

Sull'istituto, il decreto correttivo chiarisce che l'accesso alla composizione negoziata può avvenire indifferentemente quando l'impresa è in crisi, quando è insolvente³, o anche, diversamente rispetto agli strumenti di regolazione della crisi, soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario⁴. L'intervento normativo in esame introduce, inoltre, rilevanti novità anche per le banche e gli intermediari finanziari, con l'obiettivo di risolvere alcune importanti problematiche che riguardano il "mantenimento" delle eventuali linee di credito esistenti al momento dell'accesso alla composizione negoziata. Secondo la relazione illustrativa, infatti, scopo della novella (che, con specifico riguardo alla tematica de qua, sostituisce il comma 5° dell'art. 16 del c.c.i.i.) è quello di bilanciare l'esigenza dell'impresa di

liquidazione giudiziale di gran lunga le più utilizzate (nel 2024 il 76% del totale), continuano a crescere le domande di accesso alla composizione negoziata, il nuovo percorso extragiudiziale introdotto a novembre del 2021 per far venire alla luce le difficoltà economico-finanziarie prima che diventino irrecoverabili. Nello specifico, mentre i numeri del concordato preventivo sono in calo ormai da molti anni e gli accordi di ristrutturazione sono stabili a circa 300 l'anno, la composizione negoziata è, invece, in continuo aumento: + 19% nel 2023, + 53% nel primo semestre 2024 che, per l'intero anno, potrebbe arrivare a un +60 per cento.

³ Lo scenario offerto dalla giurisprudenza di merito lascia trasparire una netta prevalenza di pronunce volte a negare l'ammissibilità di piani puramente liquidatori nell'ambito della composizione negoziata, distinguendosi peraltro una preclusione di carattere soggettivo, relativa alle società in liquidazione che accedano allo strumento, rispetto a una preclusione legata alle oggettive caratteristiche liquidatorie del piano proposto. La questione è riemersa nella recentissima pronuncia del Trib. Perugia 15 luglio 2024 (Est. Giardino), a mente della quale sarebbe ammissibile l'accesso alla composizione negoziata anche da parte dell'impresa in stato di insolvenza che intenda proporre un piano liquidatorio, essendo evidente che nell'espressione, di per sé generica, «ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa» di cui all'art 2 d.l. 24 agosto 2012, n. 118 (ora, art. 12 c.c.i.i.) debba ricomprendersi, tanto il risanamento dell'impresa tramite una sua prosecuzione (totale o parziale) della sua attività in continuità diretta o indiretta, quanto il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa tramite la soddisfazione dei creditori anche con i proventi della liquidazione dell'attività. Per contro, lo stato di liquidazione dell'impresa richiedente protratto da tempo e l'esiguità del valore dei beni da liquidare e dell'attivo disponibile rispetto al debito complessivo dell'impresa ben possono essere elementi che il Tribunale, insieme alle altre circostanze rilevanti del caso, dovrà considerare ai fini di valutare se il ricorso alla composizione negoziata (accompagnato alla richiesta di misure protettive) da parte dell'impresa sia effettivamente da considerarsi "abusivo" ovvero meramente "dilatatorio".

⁴ La disposizione di cui all'art. 5, comma 1°, lett. a) è stata integrata a seguito dell'osservazione del Consiglio di Stato che, nel parere 1° agosto 2024, n. 910, reso nell'adunanza di Sezione del 23 luglio 2024, aveva evidenziato l'opportunità di adottare «una formulazione più esplicita in modo da chiarire il fine perseguito in coerenza con la direttiva 2019/1023/UE, che richiede di predisporre strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce».

continuare ad avere liquidità e quella opposta degli istituti di credito di non essere danneggiati da una normativa che impone di continuare ad erogare finanziamenti a discapito della sana e prudente gestione imprenditoriale. Del resto, nella prassi si è osservato che molto spesso l'accesso alla composizione negoziata porta gli istituti di credito a sospendere o interrompere le linee di credito invocando la disciplina di vigilanza prudenziale⁵ a discapito del processo di risanamento avviato dall'impresa.

Per tentare di far fronte alle criticità che discendono dal sistema appena menzionato, il decreto correttivo, da un lato, ha stabilito espressamente che l'accesso alla composizione negoziata non porta di per sé ad una diversa classificazione del credito⁶; dall'altro, ha previsto che tale classificazione debba essere determinata tenuto conto di quanto previsto dal progetto di piano rappresentato ai creditori, tenuto comunque conto della disciplina di vigilanza prudenziale, e quindi delle concrete prospettive di risanamento⁷. Del resto, la

⁵ L'atto di riferimento per la disciplina di vigilanza prudenziale è rappresentato dal Regolamento (UE) 2013/575 CRR - *Capital Requirement Regulation* e dalle disposizioni attuative emanate dall'Autorità Bancaria Europea (EBA) a mezzo di apposite linee guida. Tra queste vanno considerate, in particolare, le *Guidelines EBA/GL/2017/01* sull'applicazione della nuova definizione di default ai sensi dell'art. 178 del Regolamento (UE) 575/2013; le *Guidelines EBA/GL/2020/06* in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti; le *Guidelines EBA/GL/2018/10* sulle posizioni non performing e oggetto di misure di concessione. A livello nazionale, vanno considerate le Disposizioni di Vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con le proprie Circolari ed in particolare la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e ss.mm. - l'ultimo aggiornamento n. 48 del 18 giugno 2024, recante Disposizioni di Vigilanza per le Banche, che raccoglie le disposizioni di vigilanza prudenziale applicabili alle banche e ai gruppi bancari italiani, riviste e aggiornate per adeguare la normativa interna alle novità intervenute nel quadro regolamentare internazionale con particolare riguardo al nuovo assetto normativo e istituzionale della vigilanza bancaria dell'Unione europea, nonché per tener conto delle esigenze emerse nell'esercizio della vigilanza sulle banche e su altri intermediari.

⁶ L'inquadramento giuridico delle classi non può più prescindere dalla considerazione che l'istituto, per diversi e non trascurabili aspetti della sua disciplina, trova ormai le proprie radici nel diritto europeo. È infatti da ricondurre alla Direttiva (UE) 2019/1023 (cd. *Direttiva Insolvency*), in particolare, il superamento della concezione delle classi vigente con la legge fallimentare, laddove ha imposto agli Stati Membri di provvedere «affinché le parti interessate siano trattate in classi distinte che rispecchiano una sufficiente comunanza di interessi, basata su criteri verificabili, a norma del diritto nazionale», disponendo, al contempo, alcune specifiche ipotesi di classificazione obbligatoria e facoltativa. Tale norma, corredata dai relativi considerandi, evidenzia chiaramente come, nell'ottica della Direttiva, poi recepita dal legislatore italiano, la previsione delle classi come elemento tipologico del piano sia funzionale alla tutela delle c.d. parti interessate, in particolare le banche, e non ad un interesse del proponente. Vale quindi che gli Stati membri non può esimersi dal legiferare conformemente a quanto previsto dalla citata direttiva *Insolvency*.

⁷ Secondo alcuni Autori, tali precisazioni sono di estrema rilevanza per assecondare ulteriormente la diffusione dell'utilizzo della composizione negoziata e soprattutto per aumentare la sua capacità di successo nella soluzione della crisi d'impresa, *Il diritto degli affari*, n. 1/25

composizione negoziata è, come si è detto, uno strumento utilizzabile anche in una situazione di pre-crisi e comunque solo nei casi in cui sia effettivamente possibile il pieno recupero dell'equilibrio economico-patrimoniale dell'attività imprenditoriale, con la conseguenza che l'impresa che lo utilizza va valutata attentamente considerando tali prospettive.

Sempre con riguardo all'istituto in esame, viene inoltre precisato che l'eventuale sospensione o revoca delle linee di credito determinate dall'applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale va comunicata agli organi di amministrazione e controllo dell'impresa, dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta, e che la prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario.

Coerentemente con la disciplina innanzi declinata, il correttivo prevede altresì che, qualora l'imprenditore abbia richiesto e ottenuto la conferma delle misure protettive del patrimonio, le banche e gli intermediari finanziari non possono mantenere la sospensione relativa alle linee di credito accordate al momento dell'accesso alla composizione negoziata se non dimostrano che la stessa sospensione è determinata dall'applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale. Anche in tale ipotesi, inoltre, la prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario.

La ratio dell'intervento è, ancora una volta, quella di bilanciare l'esigenza dell'impresa di avere accesso alle linee di credito commerciali, essenziali per la sua operatività, e quella opposta degli istituti di credito di poter valutare la richiesta di continuo supporto finanziario alla luce delle regole di vigilanza che si concentrano sull'integrità patrimoniale delle banche (senza dimenticare che, nell'ipotesi di applicazione delle misure protettive, si prevede sempre la prosecuzione dei rapporti in corso con i creditori interessati dalle misure stesse).

In tal senso, però, va sottolineato che la formulazione della sostituzione del comma 5° dell'art. 16 del d.lgs. 14/2019 lascia, agli intermediari finanziari, ampi margini in quanto si "limita" a richiedere, al fine di sospendere o revocare le linee di credito, un: «(...) dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta (...)».

Non si richiamano, invece, le specifiche istruzioni per la valutazione del "rischio credito" e, quindi, dell'adeguatezza patrimoniale dell'intermediario rispetto alla capacità di concedere credito (Internal Capital Adequacy Assessment Process – ICAAP), nonché, dell'adeguatezza patrimoniale e del sistema di governo e gestione del rischio di liquidità (Internal Liquidity Adequacy

avuto riguardo all'auspicato fattivo e consapevole coinvolgimento delle banche e degli intermediari finanziari chiamati a valutare caso per caso la proposta di piano di risanamento, senza determinazioni standardizzate *ex ante*.

Assessment Process – ILAAP) dettate in materia dalla Banca d'Italia e dalla Banca Centrale Europea.

In tale ottica, infatti, si potrebbe ipotizzare, nel primo veicolo normativo utile, una precisazione sostituendo le parole «dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta» con: «precisando le motivazioni, rispetto alla disciplina di vigilanza prudenziale, per le quali la posizione non può essere ulteriormente supportata nel rispetto della normativa nazionale ed europea.».

Tale specifica allocuzione, se inserita, consentirebbe agli intermediari finanziari di rispettare in maniera corretta la disciplina dettata in materia di vigilanza prudenziale e, contemporaneamente, di evitare inesistenti motivazioni di “vigilanza prudenziale” che priverebbero l'impresa in difficoltà di quella leva finanziaria senza la quale, con ogni probabilità, non potrebbe portare a termine l'auspicato risanamento e ciò, ovviamente, con un danno al sistema economico Paese in senso generale.

In tale contesto e nella logica che guida la composizione negoziata, che è quella di favorire la ripresa dell'attività, in un contesto, quello della crisi d'impresa, in cui è molto difficile ottenere nuova finanza per garantire la continuità, il decreto correttivo - nella consapevolezza che occorre dare un incentivo a chi investe prevede, inoltre, che l'imprenditore possa richiedere ed ottenere l'autorizzazione del Tribunale ai fini del riconoscimento della prededuzione in relazione a finanziamenti, in qualsiasi forma ottenuti, con la precisazione che tale autorizzazione potrà avere ad oggetto altresì la richiesta di emissione di garanzie funzionali all'esercizio dell'attività caratteristica (per esempio garanzie di esatto adempimento rispetto a forniture, commesse, etc.), nonché, un accordo con la banca o l'intermediario finanziario per la riattivazione di linee di credito precedentemente sospese⁸.

Viene inoltre espressamente disposto che il relativo provvedimento autorizzativo può essere attuato anche dopo la chiusura della composizione negoziata e che la prededuzione così riconosciuta opera qualunque sia l'esito nella stessa, anche nell'ipotesi di un successivo assoggettamento dell'imprenditore ad una procedura concorsuale.

Al fine di migliorare l'efficacia della composizione negoziata è stata, inoltre, introdotta la possibilità, dapprima preclusa nell'ambito del medesimo istituto, di un accordo⁹ con i creditori pubblici.

Il nuovo comma 2-bis, aggiunto all'art. 23 del c.c.i.i. consente infatti all'imprenditore di formulare una proposta di accordo transattivo alle agenzie

⁸ Cfr. art. 5, comma 8°, del decreto correttivo, che interviene sull'art. 22 del c.c.i.i..

⁹ Il nuovo comma 2-bis dell'art. 23 del c.c.i.i. è stato, introdotto dall'art. 5, comma 9°, lett. b) del correttivo.

fiscali e all'Agenzia delle Entrate Riscossione - non sono invece menzionati gli istituti previdenziali¹⁰ - ma non di estendere lo strumento transattivo all'IVA.

A tale ultimo riguardo, vale ricordare che anche le Commissioni giustizia di Camera e Senato, nei pareri resi in sede consultiva sul testo del correttivo, hanno suggerito al Governo di valutare l'opportunità di estendere la transazione fiscale all'imposta sul valore aggiunto¹¹, coerentemente con la giurisprudenza comunitaria e ferme restando le garanzie dalla stessa richieste (attestazione, sulla base dell'accertamento svolto da esperto indipendente, che il debito IVA non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento) e indicate, tra le altre, nella sentenza della C. Giust. 7 aprile 2016 - Causa C-546/14.

Il suggerimento delle Commissioni non è stato tuttavia recepito in quanto, stando alla relazione illustrativa, la garanzia della nomina di un altro professionista renderebbe costosa ed eccessivamente complessa l'intera negoziazione. L'esclusione dell'IVA dalla transazione sarebbe inoltre giustificata

¹⁰ Affinché le agenzie fiscali possano pronunciarsi sulla proposta del debitore in base a informazioni affidabili e provenienti da soggetti terzi, valutando quando l'accordo è conveniente per l'Erario rispetto alla liquidazione giudiziale, devono essere predisposte, da un professionista indipendente, una relazione che ne attesti la convenienza e, dal revisore legale del soggetto proponente, una relazione sulla completezza e veridicità dei dati aziendali; se la società non è dotata di revisore, la relazione dovrà essere redatta da un revisore legale a tal fine designato. In quest'ultimo caso le due figure professionali possono coincidere.

L'accordo deve essere sottoscritto dalle parti, che devono comunicarlo all'esperto, e produce effetto con il suo deposito presso il tribunale competente.

Anche se nulla viene previsto al riguardo dal nuovo comma 2-bis dell'art. 23 del Codice della crisi di impresa, ove l'accordo arrechi pregiudizio ai creditori o alle prospettive di risanamento dell'impresa, l'esperto dovrebbe segnalarlo all'imprenditore e all'organo di controllo ai sensi dell'art. 21 del Codice, rilevandolo anche nella relazione finale richiesta dall'art. 17, comma 8°. Infatti, a seconda del suo contenuto, l'accordo proposto dall'imprenditore alle agenzie fiscali potrebbe rivelarsi potenzialmente non coerente con le trattative avviate con gli altri creditori e con il risanamento aziendale (perché, ad esempio, è troppo oneroso e sottrae risorse essenziali per soddisfare altre preminenti esigenze); pertanto, in questi casi, con un approccio preventivo e una funzione dissuasiva l'esperto deve comunicare il proprio eventuale dissenso all'organo amministrativo e a quello di controllo, motivandolo. Al contrario, l'assenza di qualsiasi censura, dovrebbe costituire implicito assenso alla transazione.

Il giudice, previa verifica della regolarità dell'accordo e dei suoi allegati, ne autorizza l'esecuzione con decreto oppure, nel caso in cui non ne ravvisi la regolarità, dichiara che esso è privo di efficacia.

¹¹ Le medesime Commissioni hanno chiesto anche di «estendere l'applicazione della transazione fiscale nella composizione negoziata anche ai tributi locali, in applicazione del principio contenuto nell'art. 9 della legge di delega fiscale (legge n. 111 del 2023)». Il suggerimento non è stato accolto in quanto, come risulta dalla relazione illustrativa, il correttivo non sarebbe attuativo della delega fiscale e, comunque, mancherebbe la necessaria copertura finanziaria.

dal fatto che l'imprenditore che vi accede non sempre e necessariamente si trova in stato di insolvenza, con la conseguenza che non sembrerebbero applicabili le statuizioni rese dalla Corte di giustizia nella richiamata sentenza.

Sul punto, ci sia dato di dissentire già per il fatto che, secondo i giudici europei, il pagamento parziale di un credito IVA da parte di un imprenditore in stato di insolvenza - nell'ambito di una procedura di concordato preventivo - non costituisce certo una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'imposta, né appare contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio e la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'UE. Ciò in quanto la procedura concorsuale è soggetta a presupposti di applicazione rigorosi, allo scopo di offrire garanzie per il recupero dei crediti privilegiati e, in particolare, dei crediti IVA. Secondo la Corte, conseguentemente, sarebbe compatibile con la normativa europea una legge nazionale che consenta a un imprenditore in stato di insolvenza di pagare solo parzialmente un debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento. Appare a tal punto evidente come le conclusioni cui perviene la giurisprudenza comunitaria possano e debbano trovare applicazione in qualsiasi procedura concorsuale in cui sia accertata l'incapienza del patrimonio del debitore, purché siano previste una serie di garanzie procedurali (attestazione dell'esperto indipendente che confermi che il credito IVA non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento del debitore; possibilità di voto contrario da parte dello Stato membro interessato che non concordi con le conclusioni dell'esperto indipendente; successiva possibilità di un'opposizione che solleciti il controllo giurisdizionale (v. Trib. Pistoia, 26 aprile 2017).

Più specificamente, la relativizzazione della regola di intransigenza della Corte di giustizia in virtù dell'obbligo, per gli Stati membri, di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione ovvero il miglior realizzo in concreto possibile, andrebbe applicata anche all'accordo transattivo in sede di procedura negoziata; in tal senso dovrebbe quindi essere emendato il nuovo comma 2-bis dell'art. 23 c.c.i.i..

Ai sensi del richiamato comma, tale accordo, qualora, sottoscritto alla presenza dell'esperto, produce effetti con il suo deposito presso il tribunale competente.

Il tribunale ne verifica la regolarità formale¹² - sottoscrizione da tutti i soggetti legittimati per l'impresa e per i creditori pubblici e dall'esperto - e ne

¹² Dalla relazione accompagnatoria del correttivo emerge che la regolarità che il giudice è chiamato ad accertare è solo quella formale, considerata l'esigenza di non snaturare la composizione negoziata, evitando un procedimento giurisdizionale per sostituire il consenso dei creditori pubblici. Ciò è coerente con la considerazione che ai fini dell'efficacia dell'accordo l'autorizzazione del giudice non sarebbe necessaria e che essa è stata prevista solo per fornire all'amministrazione finanziaria, per così dire, un *Il diritto degli affari*, n. 1/25

autorizza l'esecuzione con decreto. La soluzione prescelta, si legge nella relazione illustrativa, muove dalla necessità di introdurre uno strumento che porti l'erario e gli altri enti interessati al tavolo delle trattative, senza compromettere la natura della composizione negoziata che, per essere efficace e mantenere la sua vocazione di percorso stragiudiziale (in ossequio a quanto richiesto dalla già citata direttiva cd. Insolvency), deve rimanere scevra di percorsi giurisdizionali che ne andrebbero a condizionare il regolare e rapido svolgimento.

Come poc'anzi evidenziato, la novella prevede tuttavia, in contrasto con la ratio esplicitata dallo stesso legislatore, che il giudice, verificata la regolarità della documentazione allegata e dell'accordo, ne autorizzi l'esecuzione con decreto o, in alternativa, che dichiari l'accordo privo di effetti.

A tale ultimo riguardo, non può non rilevarsi la ridondanza della certificazione aggiuntiva del giudice, dal momento che l'esperto, nella sua relazione finale, avrebbe potuto da solo dar agevolmente conto dell'esito della composizione negoziata.

A ciò aggiungasi che il timore dei creditori pubblici di sottoscrivere accordi che possano pregiudicare i conti pubblici (danno erariale) e che si fondino su prospettazioni non corrette o non veritiere viene controbilanciato, sia dalle previsioni che richiedono la sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto (che, ancora una volta, svolge una funzione di garante del corretto svolgimento delle trattative), sia dalla previsione espressa di una limitazione della responsabilità contabile degli enti interessati.

3. - Altro intervento di impatto significativo del correttivo ha sicuramente riguardato la disciplina della transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti¹³, che viene novellata al fine di risolvere i problemi applicativi determinatisi dopo la sua entrata in vigore.

In merito il decreto correttivo, oltre ad introdurre disposizioni chiarificatrici e di coordinamento, detta una serie di condizioni che devono ricorrere congiuntamente affinché si addivenga all'"omologazione forzata" da parte del tribunale (la natura non liquidatoria degli accordi; l'entità dei crediti vantati dai creditori aderenti non pubblici, che deve essere pari ad almeno un quarto dell'importo complessivo dei crediti; il soddisfacimento dei creditori pubblici che non deve essere deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale alla data della proposta; le soglie minime di soddisfacimento dei creditori pubblici) le quali, secondo la relazione illustrativa, sono volte ad

conforto esterno attraverso tale provvedimento. È tuttavia da ritenersi che la funzione del giudice non possa essere meramente "notarile" e che, in presenza di ragioni anche sostanziali che rendano l'accordo pregiudizievole rispetto al risanamento, debba per tale motivo dichiararne l'inefficacia.

¹³ Cfr. art. 16, comma 6°, del correttivo che ha sostituito l'art. 63 del c.c.i.i..

evitare gli abusi registrati nel periodo di prima applicazione dell'istituto in esame.

Con particolare riferimento alla condizione relativa al soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, il testo prevede che la relativa percentuale debba essere pari almeno al 50 per cento dell'ammontare dei crediti di ciascun ente creditore, esclusi sanzioni ed interessi.

Il medesimo provvedimento dispone inoltre che, se l'ammontare complessivo dei crediti vantati dagli altri creditori aderenti all'accordo di ristrutturazione è inferiore a un quarto dell'importo complessivo dei crediti, oppure non vi sono altri creditori aderenti, il tribunale può omologare l'accordo solo se la percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e dei predetti enti sia almeno pari al 60 per cento dell'ammontare dei crediti di ciascun ente creditore, esclusi sempre sanzioni ed interessi.

A tale riguardo, giova rilevare che il d.l. 13 giugno 2023, n. 69 aveva stabilito le soglie di soddisfacimento minimo ai fini dell'omologazione forzata della transazione fiscale nell'ambito della ristrutturazione dei debiti nella misura del 30% del debito costituito da tributi, sanzioni e interessi, qualora agli accordi di ristrutturazione avessero aderito creditori, diversi da quelli pubblici, titolari di credito pari almeno a un quarto dell'intera esposizione debitoria, e in quella del 40% negli altri casi. Il testo del correttivo approvato dal Consiglio dei ministri in sede di esame preliminare aveva modificato le suddette soglie nelle percentuali del 60 e del 70 per cento dell'importo dei soli tributi, senza sanzioni e interessi. In esame definitivo, le medesime percentuali sono state rideterminate rispettivamente nel 50 e 60 per cento.

Si tratta di una riduzione senz'altro opportuna, benché non risolutiva, considerato che la questione è stata affrontata anche dagli organi competenti all'espressione dei pareri.

In particolare, in relazione al testo approvato in via preliminare, le Commissioni giustizia di Camera e Senato avevano chiesto, con riguardo alla percentuale minima di soddisfacimento del 60%, di rivalutarne la misura riducendola.

Il Consiglio di Stato aveva invece chiesto una più diffusa spiegazione sulle ragioni dell'innalzamento della soglia al 70%¹⁴.

In sede di esame definitivo, come detto, vengono solo "limate" al ribasso le percentuali minime di soddisfacimento del credito, che comunque non sono riportate alle soglie originarie, e non viene data alcuna spiegazione circa le

¹⁴ In particolare, nel già citato parere 1° agosto 2024, n. 910 il Consiglio di Stato aveva evidenziato l'opportunità che la relazione illustrativa fosse integrata «con riferimento alle valutazioni in base alle quali si è previsto l'innalzamento da 40 a 70 della percentuale di soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie ai fini del c.d. *cram-down*».

ragioni che hanno indotto al previsto innalzamento, come peraltro aveva espressamente richiesto anche l'organo di giustizia amministrativa.

In merito, occorre rilevare come non appaia sufficiente elevare le soglie legali di soddisfacimento del credito per ottenere un incremento del pagamento offerto, perché le imprese che si trovano in uno stato di crisi dispongono di risorse finanziarie limitate.

Va infatti ricordato che, nell'ottica del legislatore previgente, tali soglie dovevano essere volte a creare un meccanismo protettivo di ampio respiro, che soggiaceva ad esigenze di bilancio pubblico e di corretta gestione del gettito fiscale benché, a parere di chi scrive, già ben oltre il punto di "indifferenza" (si passi il termine poco tecnico) per tante imprese.

La circostanza di aver posto delle "soglie", peraltro molto elevate, e che in contraddizione con lo stesso "dettato" del correttivo, non tengono in alcun conto della convenienza o meno ad accettare la transazione rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, appare "dissonante" con la *ratio* propria della transazione fiscale, che è improntata, invece, alla "valutazione di convenienza" del trattamento proposto, finendo con l'essere un disincentivo all'utilizzo dello stesso istituto, a vantaggio di strumenti di regolazione della crisi in cui, le soglie minime, ci si permette di dire correttamente, non sono invece previste, come ad esempio il concordato preventivo in continuità.

Nella cornice normativa, come è noto, l'accordo di ristrutturazione è uno strumento fondamentale al fine di incrementare le possibilità, per le imprese in difficoltà, di scongiurare la disgregazione dei processi produttivi, a tutela del tessuto economico, dell'occupazione e dello stesso interesse dei creditori.

L'innalzamento delle suddette soglie oltre il "punto di indifferenza", invece, induce i debitori a cercare altri strumenti meno onerosi, con l'effetto di rischiare di azzerare, quasi completamente, l'utilizzo dell'istituto in questione se non, in alternativa, a liquidare società che potrebbero continuare ad operare in continuità non essendo ancora arrivate al ciclo economico conclusivo e di "non ritorno".

Vi è, quindi, anche in questo caso, da prendere in considerazione una diversa valutazione da effettuare da parte del legislatore, eliminando soglie che, ove confermate, svuoterebbero sia la *ratio* sottostante all'istituto, spostando l'interesse su altre procedure di risoluzione della crisi, sia la necessità di una valutazione da parte di un professionista indipendente circa la "convenienza" rispetto all'alternativa liquidatoria; ciò nell'interesse sia del privato che del pubblico, non sottacendo i risvolti consequenziali sia dal punto di vista sociale che economico del tessuto di riferimento.

4. - Il decreto correttivo ha apportato interventi significativi anche con riguardo al concordato preventivo.

Viene infatti introdotta, tra le altre misure, una specifica nozione di valore della liquidazione¹⁵ (art. 21, co. 3, lett. b, che modifica l'art. 87, comma 1°,

¹⁵ Uno dei punti dolenti del concordato preventivo è proprio la definizione di «valore di liquidazione». In merito, si rappresenta che, a fronte delle diverse soluzioni, sta consolidandosi l'orientamento secondo cui, per «valore di liquidazione», si intende quello che, alla data di deposito della domanda di concordato, potrebbe prospetticamente essere ricavato dal realizzo, in sede di liquidazione giudiziale, dell'intero patrimonio della società debitrice (si vedano le decisioni Trib. Spoleto 4 luglio 2024, Trib. Roma 24 ottobre 2023 e Trib. Milano 20 luglio 2023). Tale parametro rappresenta la sommatoria dei valori dell'azienda, dei beni estranei al perimetro aziendale, della liquidità, nonché delle utilità ritraibili dall'esercizio da parte del curatore di eventuali azioni risarcitorie, revocatorie (in gran parte assenti nel concordato) e recuperatorie. Quanto, invece, al «valore eccedente quello di liquidazione», esso comprende – in aggiunta al patrimonio del debitore alla data della domanda di concordato – i cosiddetti flussi della continuità derivanti dalla prosecuzione dell'attività (al netto dei relativi costi) nel caso di continuità diretta; nell'ipotesi di continuità indiretta, include invece l'eventuale maggior valore realizzabile dalla vendita (o dall'affitto) dell'azienda in esercizio nel concordato rispetto alla sua alienazione in sede di liquidazione giudiziale ed esercizio provvisorio. Seguendo questa interpretazione (che sembra trovare accoglimento anche nell'emanando correttivo), il Tribunale di Spoleto ha chiarito come – in caso di affitto di azienda – il valore eccedente quello di liquidazione debba ricomprendere l'eventuale maggiore importo dei canoni di affitto a realizzarsi rispetto alla liquidazione giudiziale; la differenza tra l'attivo derivante dal totale dei canoni indicati in proposta e la stima nello scenario liquidatorio rappresenta il valore eccedente quello di liquidazione, distribuibile secondo priorità relativa. Al contrario, quei canoni che potrebbero ragionevolmente costituire attivo anche in caso di liquidazione giudiziale (maturati tra l'apertura della procedura e il trasferimento dell'azienda a terzi a seguito di procedura competitiva) andranno distribuiti secondo priorità assoluta. Nell'ipotesi di concordato in continuità indiretta che preveda la prosecuzione di un contratto di affitto di azienda lungo tutto l'arco di piano, attivo distribuibile secondo priorità relativa è, pertanto, esclusivamente l'eventuale plusvalore dei canoni di affitto; canoni che la debitrice preveda di incassare nel corso del piano rispetto al totale dei flussi che incasserebbe il curatore sino alla cessione dell'azienda, cumulato al corrispettivo per la cessione dell'azienda medesima in sede di liquidazione giudiziale. In applicazione di tale principio, il Tribunale di Spoleto ha riscontrato la violazione della regola della priorità assoluta in relazione alla distribuzione del valore di liquidazione, invitando la società a modificare la proposta. Questo orientamento (peraltro coerente con la comparazione liquidatoria imposta dalla direttiva *Insolvency*) potrebbe restringere l'ambito applicativo della priorità relativa. Infatti, la regola distributiva introdotta dal Codice potrebbe essere impiegata esclusivamente laddove (e nei limiti in cui) il valore derivante dalla continuazione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale superi quello derivante dalla cessione dell'azienda da parte del curatore. Dovendosi presupporre che – all'esito della procedura competitiva in sede di liquidazione giudiziale – l'azienda sia alienata al suo corretto valore di mercato (rappresentato, nella sostanza, dall'attualizzazione dei flussi finanziari attesi), deve ritenersi che, qualora la descritta interpretazione dovesse consolidarsi, potrebbe essere distribuito secondo la priorità relativa solo l'eventuale sovrapprezzo riconosciuto dall'acquirente/affittuario dell'azienda. Per esempio, nel caso in cui lo stesso abbia un interesse al buon esito dell'iniziativa concordataria.

d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che corrisponde al valore realizzabile, in sede di liquidazione giudiziale, dalla liquidazione dei beni e dei diritti, tenendo conto:

- ✓ del maggior valore economico realizzabile nella medesima sede dalla cessione dell'azienda in esercizio, ove possibile¹⁶;
- ✓ delle ragionevoli prospettive di realizzo delle azioni esperibili, al netto delle spese.

Vengono modificate le condizioni necessarie affinché il concordato in continuità aziendale possa essere omologato: in particolare, il testo novella la lettera d) dell'art. 112 c.c.i.i., per cui, in mancanza dell'approvazione a maggioranza delle classi, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori ai quali è offerto un importo non integrale del credito, a condizione che questi stessi creditori sarebbero soddisfatti in tutto o in parte qualora si applicasse l'ordine delle cause legittime di prelazione, anche sul valore eccedente quello di liquidazione (art. 26)¹⁷.

¹⁶ Al riguardo, le Commissioni Giustizia di Camera e Senato, «al fine di evitare improprie equiparazioni tra concordato in continuità indiretta e liquidazione giudiziale, con conseguente indesiderabile pregiudizio per la percorribilità della soluzione concordataria» hanno chiesto di espungere dalla disposizione di cui all'art. 21, comma 3°, lett. b, le parole «comprensivo dell'eventuale maggior valore economico realizzabile nella medesima sede dalla cessione dell'azienda in esercizio». Secondo la relazione illustrativa, tuttavia, la soppressione proposta determinerebbe lo stravolgimento della modifica apportata con il decreto, con la quale si intenderebbe chiarire che, quando si tiene conto del valore di liquidazione va considerato quanto è ricavabile non solo dalla vendita atomistica dei beni in sede di liquidazione giudiziale, ma anche dalla vendita dei complessi produttivi.

¹⁷ Con specifico riferimento all'ordine delle cause di prelazione nel concordato semplificato, si vedano, tra le altre, App. Roma, sentenza 2 settembre 2024 e Trib. Milano, 18 luglio 2024. In particolare, App. Roma afferma che il mancato rispetto dell'ordine delle cause di prelazione previsto dall'art. 25-sexies CCII non impedisce l'omologazione del concordato semplificato «ogni qualvolta l'assetto distributivo del piano costituisca per gli stessi un'alternativa quantomeno equivalente, ma mai deteriore, rispetto alla liquidazione giudiziale».

Il Collegio ritiene infatti che, tra le varie condizioni cui l'art. 25 sexies, comma 5° CCII subordina l'omologazione del piano nel concordato semplificato, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione coesista con ulteriori e concorrenti presupposti che, a rigore, non autorizzano a ritenere che la integrale soddisfazione dei prelatonari costituisca, nella predetta procedura, un aspetto inderogabile ogni qualvolta l'assetto distributivo del piano costituisca per gli stessi un'alternativa quantomeno equivalente, ma mai deteriore, rispetto alla liquidazione giudiziale.

In altri termini, la mancata previsione di una regola che, come nel concordato ordinario, ammette una indiscriminata falcidia dei crediti prelatizi con la c.d. degradazione del prelatizio per incapienza del bene non può essere interpretata restrittivamente, nel senso, cioè, di rendere automaticamente operante un principio di integrale soddisfazione dei prelatonari, essendo tale ultima condizione invocabile solo in quanto concretamente perseguibile anche in sede liquidatoria, tenuto conto delle specifiche condizioni date (cfr. sentenza 8 ottobre 2024, n. 32023).

Il correttivo, infine, risolve un importante contrasto interpretativo emerso in merito al concordato preventivo con continuità aziendale, concernente l'omologazione forzata della transazione fiscale e contributiva, in prevalenza esclusa dalla giurisprudenza¹⁸.

Rispetto al punto, l'art. 21, comma 4°, che sostituisce l'art. 88 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, chiarisce che, se il trattamento del credito fiscale e/o contributivo non è deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, l'omologazione del concordato con continuità (con falcidia debito erariale) può avvenire se il dissenso dei creditori erariali è ostativo al (solo) raggiungimento della maggioranza che consente la c.d. ristrutturazione trasversale (art. 112, comma 2°, lett. d, prima parte), ma non se il creditore pubblico diventa, a seguito dello stesso cram-down, l'unica classe interessata consenziente (ovvero non per soddisfare il requisito dell'unica classe dei creditori di cui all'art. 112, comma 2°, lett. d, nn. 1 e 2).

5. - Il d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, proseguendo nella complessa opera

Con la pronuncia citata, il Tribunale di Milano afferma che i creditori privilegiati vanno soddisfatti con i proventi derivanti dalla liquidazione dei beni sui quali insistono i relativi privilegi nel massimo rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, mentre i creditori chirografari ab origine e di creditori privilegiati degradati al chirografo in ragione dell'incapienza del valore dei beni su cui insiste il relativo privilegio possono essere soddisfatti con l'apporto di finanza esterna a fondo perduto.

Nel caso di specie, dunque, il collegio ritiene che il piano del debitore rispetti il principio della priorità assoluta, alla base anche del concordato liquidatorio ordinario, in quanto, a norma dell'art. 25-sexies, co. 5, il tribunale, per l'omologa, deve verificare «il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione».

¹⁸ Tra le principali decisioni di merito che hanno negato l'applicazione del cram-down fiscale al concordato di continuità, merita attenzione Trib. Grosseto, sentenza 9 maggio 2024, n. 12, riguardante la Cooperativa dei pescatori della laguna di Orbetello, che ha ritenuto *ante tempus* verosimile il futuro voto contrario della classe dei creditori pubblici, in ragione del dissenso già manifestato dai medesimi creditori nell'ambito di una precedente procedura, con ciò ritenendo inammissibile la proposta di concordato. Tale decisione è stata ribaltata da App. Firenze, secondo la quale il giudice di primo grado avrebbe travalicato il sindacato ad esso consentito nella fase di valutazione preliminare di ammissibilità del concordato. Ciò in quanto tale valutazione è normativamente circoscritta alla ritualità della proposta e alla sua non manifesta inidoneità sia alla soddisfazione dei creditori sia alla conservazione dei valori aziendali (sentenza 25 luglio 2024). Di conseguenza, la Corte d'appello ha ritenuto illegittima, in quanto del tutto intempestiva, ogni ulteriore valutazione del Tribunale concernente l'inammissibilità di un futuro (e, in tale fase, meramente eventuale) cram-down derivante dalla possibile mancata adesione da parte dell'amministrazione finanziaria. Il giudice di secondo grado ha altresì osservato che il diritto di voto compete all'agenzia delle entrate e non al Tribunale, che potrà invece sindacare il merito, ove ricorrano le circostanze di cui all'art. 88 c.c.i.i. In tal senso è anche la previsione di cui agli artt. 47 e 48, comma 2-bis c.c.i.i., a mente dei quali l'omologazione forzata è subordinata alla concreta manifestazione del diritto di voto da parte dei creditori, potendo invece il Tribunale valutare solo successivamente se le maggioranze previste *ex lege* siano state raggiunte o meno.

di riquadratura del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, rappresenta un significativo avanzamento nella gestione delle situazioni di crisi e insolvenza nel nostro Paese.

Con il provvedimento esaminato, infatti, il legislatore compie puntuali scelte rispetto ad alcuni vuoti normativi che necessitavano di riempimento (prima tra tutti l'introduzione della possibilità, dapprima preclusa nell'ambito della composizione negoziata, di un accordo con i creditori pubblici), oltre a cimentarsi in un'opera chiarificatrice delle incertezze determinate dalla previgente disciplina, al fine di migliorarne la comprensione, così com'era avvenuto anche in occasione di precedenti interventi normativi.

È di tutta evidenza del resto, che, pur con le riscontrate difficoltà di lettura e nella comprensibile differente visione circa i valori che ha voluto privilegiare, non può non riconoscersi al nuovo Correttivo il pregio di aver posto l'attenzione su alcuni profili che rendono il sistema sicuramente più dinamico, trasparente ed efficiente.

L'enfasi sulla prevenzione della crisi attraverso, fra l'altro, l'introduzione di nuove regole che rendono possibile accedere alla composizione negoziata in presenza di squilibri economico-finanziari, agevolando così l'emersione anticipata della crisi; la previsione di requisiti più stringenti per curatori, commissari giudiziali e liquidatori, che garantiscono una qualificazione sempre più elevata e una indipendenza oramai completa; una gestione più efficace dei debiti pubblici attraverso la possibilità di proporre accordi transattivi anche per i debiti erariali, pur mantenendo il testo fuori dalla riforma i crediti degli enti locali, sono solo alcune delle novità più rilevanti

Il testo, va detto, ha sicuramente lasciato ancora irrisolte diverse criticità operative, per valutarne il reale impatto sul sistema, non resta però che attendere le future applicazioni dell'intero codice della crisi, al termine del lungo iter che dovrebbe aver portato alla sua versione definitiva, per verificare se effettivamente sia siano raggiunti gli ambiziosi obiettivi posti dalla complessa riforma dell'intera materia o se, ancora, avremo bisogno di emendare.

Abstract

CRITICAL ISSUES OF THE 2024 CORRECTIVE TO THE CODE OF BUSINESS CRISIS AND INSOLVENCY

Il 28 settembre 2024 è entrato in vigore il terzo correttivo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Nonostante l'introduzione di sostanziali miglioramenti finalizzati a risolvere le problematiche emerse nella fase di prima applicazione del Codice, il testo ha tuttavia lasciato irrisolte alcune criticità operative, che continuano a generare contrasti interpretativi e applicativi e che sono analizzate con particolare attenzione nel presente contributo.

The third corrective to the Code of Corporate Crisis and Insolvency came into force on 28 September 2024. Despite the introduction of substantial improvements aimed at resolving the
Il diritto degli affari, n. 1/25

problems that emerged during the first phase of the Code's application, the text has nevertheless left some operational issues unsolved, which continue to generate interpretative and applicative conflicts, and which are analysed with particular attention in this contribution.
