

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riforma o controriforma?*

di Giacinto Parisi, Avvocato e Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le principali novità di cui al c.c.i. – 3. Gli effetti indesiderati delle procedure di allerta. – 4. *De profundis* per il concordato preventivo c.d. liquidatorio? – 5. L'efficacia extrafallimentare dello stato passivo nella liquidazione giudiziale. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Prima di affrontare il tema oggetto della presente relazione, vorrei effettuare due precisazioni a mo' di premessa. Innanzitutto, il tema che mi è stato assegnato ha una portata molto ampia, che attraversa l'intera disciplina delle procedure concorsuali, prestandosi, dunque, per sua natura, a giudizi contrapposti.

La seconda premessa, invece, è che il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (d'ora innanzi "c.c.i.") è, allo stato, ancora oggetto di studio e, quindi, il materiale a disposizione di coloro che vogliano approfondire le tematiche che emergono dalla nuova normativa è ancora esiguo, fatta, naturalmente, eccezione per i primi commenti alla normativa dal carattere (necessariamente) esegetico.

D'altra parte, l'entrata in vigore del c.c.i. è ad oggi prevista per il 15 agosto 2020¹ e, quindi, si auspica che gli spunti emersi in questa come in altre sedi possano costituire un punto di partenza per il compimento di ulteriori e più approfondite riflessioni nei mesi venturi.

Peraltro, è opportuno ulteriormente precisare che le considerazioni che seguono potrebbero non essere più attuali dopo che il Governo avrà dato attuazione all'ulteriore delega ad esso affidato dal Parlamento con l. 8 marzo 2019, n. 20, per l'adozione di correttivi al testo del c.c.i.².

2. Le novità principali di cui al c.c.i.

È innegabile che il c.c.i. presenti alcune rilevanti novità rispetto alla legge fallimentare del 1942.

* Il presente testo riproduce la relazione svolta in data 20 maggio 2019 nell'ambito del corso di perfezionamento su "Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma in collaborazione con la Camera di Commercio di Roma.

¹ Eccezion fatta per l'art. 27, comma 1°, in materia di competenza per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione, nonché per gli artt. 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, i quali sono entrati in vigore lo scorso 16 marzo.

² Va peraltro considerato che la delega potrà essere esercitata in tutte le materie di cui al c.c.i. entro il termine di due anni dall'entrata in vigore del medesimo codice, e cioè fino al 15 agosto 2022.

Volendo enucleare a guisa di elenco quelli che mi sembrano i dieci punti maggiormente qualificanti della nuova codificazione, ritengo opportuno ricordare:

- (i) l'introduzione di un elenco recante definizioni terminologiche più precise;
- (ii) l'introduzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi d'impresa;
- (iii) la creazione di un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza;
- (iv) l'introduzione, accanto alle procedure concorsuali relative alle imprese che superino i requisiti dimensionali fissati dalla legge, di una disciplina organica delle procedure di regolazione della crisi da sovraindebitamento;
- (v) l'introduzione di alcuni correttivi alla disciplina del concordato preventivo e del fallimento (ora denominato "liquidazione giudiziale");
- (vi) la regolazione della crisi o insolvenza del gruppo di imprese, fino ad oggi presa in considerazione soltanto nell'ambito della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi di cui al d.lgs. 270/1999;
- (vii) l'introduzione di una disciplina dei rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali;
- (viii) la regolamentazione dello svolgimento degli incarichi nell'ambito delle procedure concorsuali;
- (ix) l'introduzione di modifiche al codice civile in materia di *governance* societaria;
- (x) l'introduzione di un dettagliato sistema di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire.

Non è tuttavia mia intenzione soffermarmi specificamente sulle novità appena enucleate e ciò, da un lato, perché si tratterebbe di uno sforzo ricostruttivo che richiederebbe più tempo di quello che ho a disposizione e, dall'altro lato, perché è già previsto nel calendario dei lavori odierno un intervento avente ad oggetto proprio la disamina delle principali novità contenute nel c.c.i.³.

Ciò che mi propongo, invece, di verificare nel corso del presente intervento è se, sulla base degli indizi presenti nel nuovo *corpus* normativo, si possa correttamente affermare che il c.c.i. costituisca realmente una riforma del sistema concepito dalla legge fallimentare del 1942, per come sviluppatosi nel corso del tempo, ovvero se, come ritengo preferibile, si tratti di una sorta di "controriforma", ossia di un ritorno, quantomeno sotto alcuni aspetti, alla disciplina della medesima legge fallimentare vigente prima delle riforme del biennio 2006/2007.

³ Il riferimento è alla relazione di C. Gatti, *Le novità del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

A tal fine, mi sembra che una disamina parziale – qual è quella che è possibile compiere in questa sede – debba concentrarsi sulle nuove procedure di allerta e sulle modifiche introdotte in materia di concordato preventivo e di fallimento (oggi, liquidazione giudiziale) per il rilievo che le stesse hanno sia sotto un profilo dogmatico che applicativo.

3. Gli effetti indesiderati delle procedure di allerta

Una delle principali novità che vengono ascritte al c.c.i. riguarda proprio l'introduzione delle c.d. procedure di allerta.

Come è noto, si tratta di procedure che hanno lo scopo di favorire l'emersione anticipata della crisi di impresa e di consentire così l'accesso del debitore ad una delle procedure di composizione assistita della crisi ovvero ad una delle procedure concorsuali previsti dal codice, evitando un ulteriore aggravamento delle condizioni economiche dell'impresa.

Il funzionamento delle procedure di allerta è affidato a vari congegni, costituiti principalmente dall'imposizione in capo all'organo amministrativo dell'impresa collettiva dell'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati; dalla previsione di obblighi di segnalazione da parte degli organi di controllo e di soggetti esterni qualificati (ad esempio, le banche finanziatrici); dall'ampliamento delle ipotesi in cui è obbligatoria la nomina di un organo di controllo nelle s.r.l.

Mi sembra, tuttavia, che tutti i predetti strumenti volti a portare all'"esterno" la situazione di crisi e/o insolvenza in cui si trova il debitore abbiano l'effetto – si potrebbe dire, non voluto – di rendere maggiormente difficile l'utilizzo da parte dell'imprenditore degli strumenti di regolazione negoziale della crisi (ad esempio, dei piani di risanamento, di cui per la prima volta viene dettata una disciplina positiva all'art. 56 c.c.i., ovvero degli accordi di ristrutturazione dei debiti).

Provo a spiegarmi meglio. È noto a tutti che le iniziative volte a perseguire una soluzione negoziale della crisi possono avere un esito positivo solamente se l'imprenditore ha il tempo e le risorse economiche necessarie al fine di predisporre un "piano" (utilizzo volutamente un termine generico) che gli consenta di raggiungere un accordo con i propri creditori prima che il suo patrimonio venga sottoposto alle iniziative esecutive dei medesimi creditori.

A fronte di tale dato, mi sembra che una normativa che imponga, di fatto, che la situazione di crisi dell'impresa sia portata immediatamente a conoscenza del pubblico, crea intorno all'imprenditore in difficoltà un "clima di ostilità" da parte dei creditori, rendendo concretamente praticabile, pertanto, soltanto una procedura di risoluzione della crisi di carattere giudiziale, là dove è previsto, in maniera più o meno incisiva, l'intervento di organi esterni alla medesima impresa.

In altri termini, già a fronte delle prime segnalazioni dello stato di crisi, il debitore sarà indotto ad accedere immediatamente, se in possesso dei requisiti per garantire la continuità aziendale dell'impresa (sul punto si tornerà *infra* al successivo § 4), ad una procedura di concordato preventivo, ovvero, in tutti gli altri casi, ad una procedura liquidatoria (*i.e.* liquidazione giudiziale ovvero liquidazione coatta amministrativa).

Tale conseguenza, però, tradisce il *leit motiv* delle riforme introdotte negli ultimi quindici anni nella materia fallimentare, là dove il legislatore aveva ritenuto preferibile favorire l'utilizzo di procedure di composizione negoziata della crisi, ritenendo che la conservazione del possesso del patrimonio da parte del debitore consentisse una gestione più efficiente degli asset aziendali e riducesse i costi (e i tempi) inevitabilmente connessi alle procedure giudiziali.

4. De profundis per il concordato preventivo c.d. liquidatorio?

Si è riferito in apertura che il c.c.i. contiene alcune novità anche in materia di concordato preventivo.

Una di queste – forse non la più evidente, se si considera, ad esempio, la nuova disciplina dei contratti pendenti di cui all'art. 97 c.c.i., norma ben più dettagliata e complessa del “vecchio” art. 169-*bis* l. fall., oppure alle novità in materia di formazione delle classi concordatarie – attiene alla riduzione dell'ambito applicativo del concordato preventivo c.d. liquidatorio.

L'art. 84 c.c.i., rubricato didascalicamente “*Finalità del concordato preventivo*”, stabilisce, infatti, che, nell'ambito del concordato liquidatorio, l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario⁴.

L'introduzione di tale incisiva condizione di ammissibilità dello strumento concordatario per la liquidazione del patrimonio dell'impresa pone diversi problemi.

In primo luogo, mi sembra evidente la difficoltà di stabilire quando si possa parlare di “apporto di risorse esterne” in sede di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore. In altri termini, non è chiaro chi – e perché – debba mettere a disposizione dell'impresa in crisi risorse ulteriori per consentire l'accesso alla procedura concordataria c.d. liquidatoria.

Forse – ma si tratta di una mera supposizione, anche in considerazione dell'assenza di qualsivoglia indicazione nella *Relazione illustrativa* al c.c.i. – l'unico soggetto dotato di un effettivo interesse ad apportare ulteriori risorse al fine di evitare l'ingresso dell'impresa nella procedura di liquidazione giudiziale è proprio la compagine proprietaria dell'impresa in crisi, la quale a tal fine attingerà le suddette risorse dal proprio patrimonio personale.

Con un maggiore sforzo, si potrà anche immaginare che l'apporto esterno di risorse possa provenire anche da parte di uno o più creditori interessati a proporre, dopo la presentazione della domanda di concordato, una proposta concorrente, a norma dell'art. 90 c.c.i.

⁴ Peraltro, nell'ambito del concordato minore di cui agli artt. 74 ss. c.c.i., diversamente da quanto previsto per il concordato preventivo ed in considerazione della maggiore semplicità della procedura e della tipologia dei debitori che possono farvi ricorso, il legislatore non ha ritenuto di quantificare l'incidenza dell'apporto esterno sulla misura del soddisfacimento dei creditori, lasciando tale valutazione al prudente apprezzamento del giudice.

Altro aspetto che suscita perplessità a fronte della scelta di porre un limite significativo alla disciplina del concordato c.d. liquidatorio è quello relativo all'incremento del dieci per cento nella soddisfazione dei creditori rispetto a quanto dagli stessi ottenibile in sede di liquidazione giudiziale.

Mi sembra, infatti, che sia molto difficile – se non impossibile – riuscire a dimostrare *ex ante* che la procedura concordataria possa garantire una soddisfazione dei creditori percentualmente maggiore rispetto all'alternativa giudiziaria: a titolo esemplificativo, è sufficiente considerare che, al momento della proposizione della domanda di concordato, non sono noti né i costi che potranno via via maturare nel corso della procedura (anche per incarichi di consulenza affidati a professionisti esterni), né le sopravvenienze attive di cui potrà beneficiare l'impresa in forza del vittorioso esperimento di un'azione revocatoria ovvero di un'azione di responsabilità contro i componenti degli organi amministrativo e di controllo.

In ultima analisi, mi sembra agevole concludere nel senso per cui l'introduzione di un limite così stringente come quello sopra esposto alla possibilità di ammettere una domanda di concordato preventivo c.d. liquidatorio abbia l'evidente finalità di segnare la fine dell'istituto in questione in favore della sopravvivenza del solo concordato c.d. in continuità aziendale.

In effetti, tale intento del legislatore non è nemmeno tanto velato: nella *Relazione illustrativa* al c.c.i. si legge infatti che «la sopravvivenza nel sistema» del concordato liquidatorio deve trovare una propria giustificazione economica, altrimenti tanto vale che l'imprenditore acceda alla liquidazione giudiziale «in genere meno costosa».

Ora, in disparte il fatto che non è vero che i costi medi di una procedura concordataria sono necessariamente più elevati di quelli scaturenti, nel corso del tempo, dalla liquidazione giudiziale (*ex fallimento*), quel che è certo, invece, è che in Italia i tempi di durata di quest'ultima procedura sono in media di molto superiori a quelli reputati ragionevoli dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e codificati oggi all'art. 2, comma 2°-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. legge Pinto). Dunque, un minor utilizzo dello strumento concordatario non può significare altro che un incremento delle procedure di liquidazione giudiziale e, quindi, un aumento dei tempi di durata di tali procedure.

Il *revirement* segnato, allora, dal legislatore delegato con l'espunzione di fatto dal c.c.i. del concordato preventivo c.d. liquidatorio mi sembra che confermi il compimento di un passo indietro, nel segno di una maggiore applicazione della procedura di liquidazione giudiziale a discapito dell'utilizzabilità di quella concordataria, e ciò in contrasto con la tendenza seguita dopo le riforme del biennio 2006/2007.

5. L'efficacia extrafallimentare dello stato passivo nella liquidazione giudiziale

Una novità di rilievo è sicuramente contenuta anche in materia di accertamento del passivo nell'ambito della liquidazione giudiziale.

L'art. 204, comma 5°, c.c.i., superando il testo dell'art. 96, ultimo comma, l. fall., oggetto di modifiche nel contesto della riforma del 2006/2007, attribuisce ef-

ficacia meramente endoprocessuale al decreto del giudice delegato che rende esecutivo lo stato passivo e alle decisioni pronunciate in sede di contestazione di tale provvedimento «*limitatamente* ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui».

Lasciando in disparte l'ipotesi specifica in cui oggetto della domanda di insinuazione sia un diritto di credito derivante dall'ipoteca concessa del debitore insolvente a garanzia di un debito altrui, alla luce della nuova disposizione normativa, nonché sulla base dell'attuale conformazione del procedimento, si deve, dunque, ritenere che le statuizioni emesse in relazione non a diritti di credito, ma a diritti reali, di natura mobiliare e immobiliare, hanno «effetti» che superano i confini della procedura in cui – e in funzione della quale – sono state rese, acquisendo, pertanto, efficacia di cosa giudicata (in tal senso si esprime, peraltro, la medesima *Relazione illustrativa* al c.c.i.).

A ben vedere, tuttavia, la portata innovativa della disposizione testé richiamata è più ampia rispetto a quella che emerge *prima facie* dalla medesima norma.

In primo luogo, merita infatti osservare che il riconoscimento esplicito dell'idoneità (di una parte) delle decisioni adottate all'esito del giudizio di verifica dei crediti ad acquisire valenza di *res iudicata* conferma, ancora una volta, che l'oggetto del procedimento in esame non è costituito dal mero diritto di partecipare al riparto concorsuale, ma dal diritto sostanziale vantato dal creditore ovvero dal terzo i cui beni sono compresi nella procedura.

In caso contrario, infatti, non si spiegherebbe perché la decisione resa dal giudice delegato in ordine ad un diritto reale possa acquisire efficacia definitiva, potendo tale effetto derivare esclusivamente dall'accertamento svolto nell'ambito di un giudizio avente natura contenziosa e che verta su diritti sostanziali.

Inoltre, si deve ritenere che l'art. 204 c.c.i. riconosca implicitamente l'idoneità al giudicato anche alle decisioni emesse in relazione all'accertamento di un diritto di credito, là dove la pronuncia emessa sia di segno negativo.

A tale proposito, si osserva che l'art. 204, ultimo comma, c.c.i. dispone testualmente che l'efficacia – «soltanto ai fini del concorso» – è attribuita al decreto del giudice delegato e alle decisioni assunte in sede di impugnazione «*limitatamente ai crediti accertati*».

Ciò significa, dunque, che là dove il giudice abbia constatato l'insussistenza del diritto di credito fatto valere dal creditore, non essendovi alcun «credit[o] accertat[o]», la decisione emanata produrrà effetti anche al di fuori della procedura di liquidazione giudiziale, non valendo in tal caso la limitazione prevista dall'art. 204 c.c.i.

In altri termini – e in ciò si può ravvisare una effettiva novità rispetto al precedente contesto normativo, nonché un ritorno all'orientamento giurisprudenziale prevalente nel vigore del disposto originario della legge fallimentare del 1942, quantomeno con riferimento ai provvedimenti emanati in sede di impugnazione avverso il decreto con cui viene dichiarato esecutivo lo stato passivo⁵ –, si deve

⁵ Per tutte, v. Cass. 29 maggio 2013, n. 13337, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Fallimento*, n. 496; Cass. 17 luglio 2007, n. 15934, *ivi*, Rep. 2007, voce cit., n. 723.

ritenere che anche l'accertamento relativo all'insussistenza di un credito vantato nei confronti del debitore assoggettato alla procedura di liquidazione giudiziale sia destinato ad assumere efficacia di giudicato.

Per quanto attiene, invece, alle decisioni con cui i «crediti [sono] accertati», se è vero che esse, a norma dell'art. 204, comma 5°, c.c.i., dovrebbero «produ[re] effetti soltanto ai fini del concorso», viene, altresì, in rilievo la disposizione di cui all'art. 229, comma 1°, c.c.i., la quale, al pari dell'art. 114 l. fall., prevede che «[i] pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti, salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione».

L'art. 229 c.c.i. assicura la stabilità delle attribuzioni patrimoniali effettuate in esecuzione del piano di riparto fallimentare e, dunque, smentisce espressamente la tesi dell'efficacia meramente interna del provvedimento.

Anche in questo caso, quindi, ci si trova, a mio avviso, ad un ritorno del legislatore del c.c.i. all'impianto normativo di cui alla legge fallimentare del 1942, nella versione in vigore prima delle modifiche introdotte a partire dal biennio 2006/2007.

6. Rilievi conclusivi

Le novità contenute nel c.c.i. sopra esaminate mi paiono confermare l'ipotesi delineata all'inizio di questo breve intervento, ossia che la c.d. riforma della crisi di impresa costituisca una vera e propria "controriforma", ossia, sotto vari aspetti, un ritorno all'impianto originario della legge fallimentare del 1942.

Naturalmente, mi si potrà obiettare che le tematiche esaminate in questa sede costituiscono un campione molto limitato delle disposizioni contenute nel c.c.i., il quale, dunque, è inadeguato a dare conto della reale portata della riforma appena approvata.

Non c'è dubbio. Ma se si considera che vi sono ampi settori della vecchia legge fallimentare che sono stati riprodotti tal quale nell'ambito del nuovo codice (si pensi, ad esempio, all'intera disciplina della liquidazione coatta amministrativa, nonché alla maggior parte delle norme in materia di liquidazione giudiziale), si dovrà convenire che gli spunti sopra esaminati non sono numericamente irrilevanti.

In ogni caso, su di un punto di dovrà senz'altro convenire: e cioè che sulle aree di intervento sopra esaminate (in particolare, con riferimento all'incentivazione delle procedure giudiziali, nonché all'eliminazione del concordato liquidatorio) la c.d. riforma del diritto della crisi d'impresa costituisce, in realtà, una vera e propria "controriforma".

D'altra parte, come sopra anticipato, per poter formulare un giudizio definitivo sulla nuova normativa occorrerà attendere anche l'emanazione dei decreti correttivi del c.c.i.: la sensazione, quindi, è che il "cantiere" della riforma fallimentare resterà aperto ancora a lungo.