

A seguito della nostra richiesta di audizione, in rappresentanza del CESPEC (associazione che raccoglie circa duecento magistrati che si occupano della materia della crisi d'impresa e delle procedure esecutive), abbiamo ritenuto che possa essere utile, per il lavoro della Commissione, inviare una nota scritta contenente le proposte di modifica allo schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132, che a nostro avviso sono necessarie per le ragioni succintamente illustrate in relazione a ciascuna proposta.

-Art. 6 comma 3 introduzione di un'eccezione alla regola generale di iniziativa del P.M. ai sensi dell'art. 38 CCII.

L'articolo 6, comma 1, sostituisce il **Titolo II** trasponendo al suo interno, con gli articoli da 12 a 25-*undecies*, la composizione negoziata introdotta con il decreto-legge n. 118 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 147 del 2021, e le disposizioni introdotte dagli articoli 30-*ter*, 30-*quater*, 30-*quinqies* e 30-*sexies* del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, sulle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, sulla interoperabilità delle banche dati, sullo scambio di documenti nella fase delle trattative e sulla predisposizione di piani di rateizzazione per esposizioni debitorie di ammontare ridotto.

All'art. 12 CCII è stato aggiunto un terzo comma che così recita: "Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38".

Gli articoli 37 e 38 del CCII danno puntuale attuazione al criterio direttivo previsto dall'articolo 2, comma 1, lett. d), della Legge Delega n. 155/2017, secondo cui bisognava prevedere "la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza".

L'articolo 38 CCII intitolato: "Iniziativa del pubblico ministero", precisa al primo comma che: "il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza", mentre il secondo comma della stessa norma aggiunge: "l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento la segnala al pubblico ministero".

L'articolo 38 CCII segna il punto di approdo di un oggettivo ampliamento dell'ambito d'iniziativa del PM, già sviluppatosi nella vigenza dell'attuale disciplina di cui agli artt. 6 e 7 l.fall., sia con riferimento a quella autonoma, sia riguardo a quella derivante dalla segnalazione di un giudice.

Ampliamento che appare necessario tenuto conto che nel sistema delineato dalla riforma fallimentare, caratterizzato dall'abbandono di ogni iniziativa giudiziale officiosa, l'ambito residuo di tutela dell'interesse pubblico alla rilevazione dell'insolvenza è stato soggettivamente ristretto all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento o di liquidazione giudiziale del pubblico ministero.

L'unico presupposto è quindi che la *notitia decoctionis* sia stata acquisita dal PM nell'ambito della sua attività istituzionale, e non attraverso una mera ricerca di iniziativa ex novo dell'insolvenza.

La segnalazione al PM da parte del giudice viene svincolata dai vincoli soggettivi e procedurali di cui all'art. 7 comma 2 l.fall. che pone l'obbligo della segnalazione di insolvenza al solo giudice che l'abbia rilevata "nel corso di un procedimento civile".

L'art. 38, secondo comma, CCII, fa riferimento all'"autorità giudiziaria", senza, quindi, alcuna distinzione né tra quella ordinaria e speciale, né, nell'ambito di quella ordinaria, tra settori di appartenenza, con la conseguenza che tutti i giudici avranno l'obbligo di segnalare l'insolvenza rilevata nell'ambito di un qualunque "procedimento", che potrà, dunque, essere anche un procedimento amministrativo o tributario o di qualsiasi altro tipo.

In questo quadro normativo la norma che esclude l'applicazione dell'art. 38 CCII nella composizione negoziata, norma di cui non vi è alcun cenno nella relazione illustrativa, appare del tutto estranea all'ambito di attuazione della direttiva Insolvency, non occupandosi la stessa in maniera specifica dell'intervento della pubblica accusa nei quadri di ristrutturazione aziendale. L'eliminazione dell'intervento del pubblico ministero non è affatto imposta, né consigliata dalla direttiva 1023/19.

Con riferimento all'iniziativa autonoma del pubblico ministero, quando cioè egli abbia avuto notizia dell'insolvenza nell'ambito della sua attività istituzionale, la norma appare, altresì, in evidente contrasto con il ricordato criterio direttivo della legge delega che prevedeva "*l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza*". A medesime conclusioni deve giungersi anche con riferimento alle ipotesi in cui l'iniziativa sia frutto di una segnalazione dell'autorità giudiziaria. Invero escludere la segnalazione al PM dall'autorità giudiziaria ogni qual volta la stessa, evocata dal debitore per l'emissione di provvedimenti funzionali al buon esito della composizione negoziata (misure cautelari, autorizzazioni...), riscontri una situazione di insolvenza comporta, di fatto, l'elusione del criterio direttivo previsto dall'articolo 2, comma 1, lett. d), della Legge Delega n. 155/2017. Invero essendovi un rapporto immediato e diretto tra segnalazione ed iniziativa vietare il rilievo dell'insolvenza nella composizione negoziata si traduce in un'illegittima compressione del potere d'iniziativa del pubblico ministero.

Deve concludersi quindi che la nuova regola che esclude l'applicazione dell'art. 38 CCII sia disposizione del tutto estranea alla legge di delegazione europea e contraria al criterio direttivo previsto dall'articolo 2, comma 1, lett. d), della Legge Delega n. 155/2017, con conseguenti profili di incostituzionalità, con riferimento a quanto previsto dall'art. 76 Cost.

La norma appare altresì viziata da ulteriori profili di incostituzionalità con riferimento all'art. 3 Cost. La valutazione della razionalità della norma censurata, che comporta una verifica della coerenza tra la stessa e le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, produce esiti negativi evidenziando l'assenza di una giustificazione del trattamento differenziato tra imprenditori che accedono alla composizione negoziata ed imprenditori coinvolti in qualsiasi altro procedimento giudiziale. Tanto più che il procedimento di composizione negoziata prevede espressamente che possano accedervi anche imprenditori in stato d'insolvenza, sia pur reversibile ed esso è finalizzato proprio alla soluzione di una situazione di crisi o insolvenza. Né infine può ritenersi che tale differenza di trattamento possa essere giustificata dalla necessità di salvaguardare il debitore durante il corso delle trattative. La disciplina, invero, già prevede un'adeguata specifica misura protettiva dato che in forza dell'art. 18 comma 4 CCII "Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive. Restano fermi i provvedimenti già concessi ai sensi dell'articolo 54, comma 1". La disciplina consentiva quindi soltanto il deposito dell'istanza per la dichiarazione, ma non l'apertura della procedura di fallimento (oggi) o di liquidazione giudiziale (domani). Disciplina che appariva del tutto coerente con i principi dettati dal Codice per la trattazione unitaria delle procedure, principi che paiono perfettamente applicabili anche al caso di specie: trattazione in via prioritaria della domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata: ove il procedimento non vada a buon fine e sia accertato lo stato di insolvenza, procedere, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale.

TESTO ATTUALE ART. 12

Art. 12

(Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa)

1. L'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8.
2. L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.
3. Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38.

PROPOSTA DI MODIFICA ABROGATIVA

Art. 12

(Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa)

1. L'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8.
2. L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

-Art. 64-bis. Introduzione di un nuovo quadro di ristrutturazione preventiva: il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (PRO).

L'articolo 64-bis introduce un nuovo quadro di ristrutturazione per il debitore, che prevede l'obbligatoria suddivisione dei creditori in classi, e che consente di distribuire il ricavato del piano senza vincoli, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2740 e 2741 c.c., facendo salvi i diritti dei lavoratori, per i quali il pagamento è sempre assicurato entro trenta giorni dall'omologazione.

La norma richiama le disposizioni del concordato preventivo sul contenuto del ricorso e sulla documentazione da depositare, sugli effetti del deposito della domanda, sulla necessità del deposito dell'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano; prevede poi un procedimento semplificato, stabilendo che il tribunale verifichi la sola ritualità della proposta e la corretta formazione delle classi prima di aprire le operazioni di voto; chiarisce inoltre l'assenza di spossessamento in capo all'imprenditore, chiamato comunque a gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, e ribadisce il potere di vigilanza proprio delle funzioni del commissario giudiziale, dettando disposizioni specifiche nel caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione.

Si tratta di uno strumento riservato alle ipotesi di continuità diretta ed indiretta, la cui caratteristica principale è integrata dal fatto che il quadro di ristrutturazione possa prescindere sia dal rispetto del principio generale della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.) sia dal rispetto delle regole distributive proprie delle procedure esecutive e concorsuali (2741 c.c.).

La possibilità per il debitore di derogare ai principi cardine dell'ordinamento interno della garanzia patrimoniale e del rispetto dell'ordine della cause di prelazione non è affatto imposta, né autorizzata, dalla direttiva 1023/19, che anzi espressamente vincola gli Stati membri al rispetto della regola della "priorità", nella distribuzione ai creditori dei flussi di cassa scaturiti dall'attuazione del piano, lasciandoli liberi di optare per la regola della priorità relativa o per quella della priorità assoluta.

La relazione illustrativa collega l'introduzione del nuovo istituto all'intenzione del legislatore di *"dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva, che richiede la previsione di un quadro di ristrutturazione che può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali"*.

Si tratta di una affermazione evidentemente errata, dal momento che l'art. 11 della direttiva inerisce alla *ristrutturazione trasversale dei debiti* ed ha trovato integrale recepimento all'art. 24 dello schema di decreto legislativo, che sostituisce integralmente l'art. 112 del CCII.

Deve concludersi quindi che la nuova regola che svincola il debitore dall'obbligo di rispettare quanto previsto dagli art. 2740 e 2741 c.c. nella distribuzione ai creditori del ricavato del piano sia disposizione del tutto estranea alla legge di delegazione europea, con conseguenti possibili profili di incostituzionalità, con riferimento a quanto previsto dall'art. 76 Cost.

Né possa servire ad attenuare l'anomalia in discorso, gravida di possibili conseguenze negative per tutti i creditori concorsuali diversi dai lavoratori (erario ed enti previdenziali ed assistenziali compresi) la previsione che il piano non possa essere omologato solo se approvato da tutte le classi dei creditori e, anche in questo caso, ove non vi sia l'opposizione di un creditore dissenziente, il che chiama il tribunale ad una valutazione di mancanza di pregiudizio per il creditore opponente, tenuto conto di quanto avrebbe percepito in sede di liquidazione giudiziale.

Anzi, l'introduzione di un'ulteriore norma fuori delega, quella secondo cui all'interno di ciascuna classe la maggioranza può intendersi raggiunta oltre che con la maggioranza dei crediti ammessi al voto (criterio oggi vigente ed adottato anche dal CCII), anche soltanto con il voto favorevole dei due terzi dei crediti dei creditori votanti, rischia di penalizzare oltre misura il creditore distratto o male assistito e di incentivare il debitore a ricorrere a criteri di formazione delle classi che, per quanto formalmente corretti, mirino ad assicurare un più agevole raggiungimento della maggioranza dei due terzi dei votanti.

Sotto questo profilo, la previsione della necessità che abbiano votato creditori che detengano la metà del totale dei crediti inseriti nella singola classe, certamente attenua il problema, ma non lo risolve.

Quel che sembra indubbio è che la regola che autorizza a ritenere raggiunta la maggioranza sulla base dei soli creditori votanti non è autorizzata da nessuna norma della direttiva, e quindi si offre a sua volta a dubbi di costituzionalità analoghi a quelli già visti.

Infine va segnalata l'inopportunità di subordinare la possibilità che i creditori dissenzienti hanno di contestare la convenienza del loro soddisfacimento rispetto a quanto avrebbero percepito nell'ipotesi liquidatoria, con lo strumento dell'opposizione all'omologazione, al rispetto di un termine di decadenza (dieci giorni prima della data iniziale prevista per l'espressione del voto).

Gli ultimi due rilievi valgono anche per le analoghe norme introdotte nella nuova disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale.

Art. 64-bis comma 8 ed art. 112 comma 3: limiti all'opposizione del creditore dissenziente

Particolare attenzione va riservata all'introduzione di un "filtro" per l'opposizione nel Pro, nel concordato preventivo con continuità aziendale.

Con riferimento all'approvazione del piano occorre sottolineare che, ai sensi della Direttiva, il piano per essere approvato deve comunque rispettare il requisito del miglior soddisfacimento dei creditori. La Direttiva subordina questa verifica all'opposizione all'omologazione del creditore dissenziente.

Come precisa l'art. 2 n. 6 della Direttiva occorre accertare che "nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato".

Di conseguenza ai sensi dell'art. 10 n. 2 lett. d) 2. gli Stati membri provvedono affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente e prevedano almeno che nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori.

Verifica funzionale alla salvaguardia del nucleo intangibile del diritto di credito, la cui tutela è assicurata dalla possibilità di opporsi all'omologa, opposizione il cui esercizio non trova limitazioni nella Direttiva e che quindi non pare legittimo subordinare, a pena di decadenza, a stringenti presupposti quali quelli introdotti dalle norme richiamate.

Limitazione che appare poco rispondente ad un'effettiva tutela del diritto di difesa dei creditori, tenuto conto che la loro valutazione sulla convenienza della proposta sarà sicuramente fondata, essenzialmente, sulla relazione del commissario giudiziario e che, ai sensi del comma 3 dell'art. 107 CCII, è previsto che almeno quindici giorni prima della data stabilita per il voto il commissario giudiziale illustri ai creditori la sua relazione e le proposte definitive del debitore. Con la conseguenza che i creditori potrebbero avere un termine ridottissimo per predisporre e depositare osservazioni, perdendo altrimenti il diritto di potersi successivamente opporre all'omologa di una proposta anche se essa si tramuti, con specifico riferimento al PRO, nel mancato riconoscimento di un soddisfacimento privilegiato perché il piano opera in deroga agli articoli 2740, 2741, 2777 e 2778 c.c.

Previsione gravida di possibili conseguenze negative per tutti i creditori concorsuali diversi dai lavoratori (erario ed enti previdenziali ed assistenziali compresi) che dovranno valutare tempestivamente la necessità o meno di depositare delle osservazioni per evitare di subire conseguenze irreparabili dall'omologa. Il che comporterà, inevitabilmente, anche un aumento dei costi per i creditori, già colpiti dagli effetti della ristrutturazione dei debiti, dato che essi dovranno avvalersi di un'assistenza professionale per valutare gli eventuali svantaggi del piano di ristrutturazione rispetto all'alternativa liquidatoria.

TESTO ATTUALE ART 64-Bis comma 8

8. Il tribunale omologa il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Il creditore che non ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'articolo 107, comma 4, non può proporre l'opposizione di cui al primo periodo, se non dimostra che la mancata contestazione è dipesa da causa a lui non imputabile.

PROPOSTA DI MODIFICA ABROGATIVA

8. Il tribunale omologa il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

TESTO ATTUALE ART 112 comma 3

3. Nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Il creditore che non ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'articolo 107, comma 4, non può proporre l'opposizione di cui al primo periodo se non dimostra che la mancata contestazione è dipesa da causa a lui non imputabile.

PROPOSTA DI MODIFICA ABROGATIVA

3. Nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Art. 23 comma 1 lett. c) : l'accordo sottoscritto dall'esperto in esito alla conclusione delle trattative

Con riferimento alla procedura di negoziazione assistita lo schema di DLGS apporta delle modifiche al vecchio art. 11, oggi art. 23 disciplinante la conclusione delle trattative, con specifico riferimento all'ipotesi di cui al comma 1, lett. c) che prevede la conclusione di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324. E' stata eliminata la precisazione che in tal caso non è prevista l'attestazione ed

Lo schema di DLGS pone dei problemi di coordinamento tra una serie di norme (l'art. 84 c. 9, l'art. 91 c. 1) che disciplinano in maniera difforme una medesima fattispecie: la vendita dell'azienda o di uno o più rami d'azienda in presenza di un'offerta da parte di un soggetto già individuato.

Art. 84 comma 9

9. Quando il piano prevede l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il commissario giudiziale verifica l'assenza di soluzioni alternative migliori sul mercato e assicura il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.».

Art. 91 comma 1

1. Il tribunale o il giudice da esso delegato, esclusivamente quando il piano di concordato comprende un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato e avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. La stessa disciplina si applica in caso di affitto d'azienda.

Contrasto che andrebbe risolto ribadendo la valenza il principio della necessità dell'adozione di procedure competitive e quindi della prevalenza della norma dettata in tema di offerte concorrenti, la cui disciplina, come si legge nella relazione illustrativa all'art. 91 CCII "è finalizzata a contemperare la libertà del debitore di formulare il piano di concordato con l'interesse dei creditori alla più proficua liquidazione e gestione del patrimonio contrastando i cosiddetti concordati chiusi o preconfezionati; l'obiettivo viene perseguito stimolando l'interesse dei terzi a mettersi in competizione con gli offerenti individuati dal debitore". Finalità che non verrebbero ad essere adeguatamente tutelate dal meccanismo di cui all'art. 84 comma 9 CCII.

PROPOSTA DI MODIFICA ABROGATIVA

Si propone di abrogare l'art. 84 comma 9 CCII

Correzione di errori materiali

64-bis

Disposizione attuale

8. Il tribunale omologa il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Il creditore che non ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'articolo 107, comma 4, non può proporre l'opposizione di cui al primo periodo, se non dimostra che la mancata contestazione è dipesa da causa a lui non imputabile.

Correzione

8. Il tribunale omologa il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il

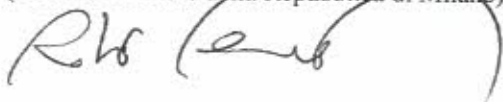
tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Il creditore che non ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'articolo 107, comma 4, non può proporre l'opposizione di cui al secondo periodo, se non dimostra che la mancata contestazione è dipesa da causa a lui non imputabile.

Sperando di aver offerto un utile contributo porgiamo distinti saluti

Milano, 9-5-2022

Roberto Fontana

(Sost. Procuratore della Repubblica di Milano)



Giovanni B. Nardecchia

(Sost. Procuratore Generale Corte di Cassazione)

