



Obbligazione e responsabilità del debitore alla luce della nuova disciplina dell'insolvenza e della crisi d'impresa



Giovanni D'Amico

Prof. ord. dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO: **1.** Premessa. Obbligazioni e responsabilità del debitore “*in bonis*” e del debitore “insolvente”. La distinzione tra debitore “comune” e debitore/imprenditore. – **2.** Il CCII e gli obblighi del debitore/imprenditore di *prevenire* l'insorgere dello stato di insolvenza. – **3.** La procedura di composizione negoziata della crisi e la (timida) apertura all'obbligo di rinegoziazione. – **4.** Gli “accordi di ristrutturazione” dei debiti (art. 57 CCII). – **5.** Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (pro) e le deroghe agli artt. 2740 e 2741 c.c. Differenze rispetto al concordato preventivo in continuità, e possibilità di derogare anche alla regola della c.d. “priorità relativa”, posta a (residuale) tutela dei creditori muniti di titolo di prelazione. – **6.** Uno sguardo di sintesi: la “continuità aziendale” come valore che giustifica la (relativa) compressione dei diritti dei (singoli) creditori, e orienta i comportamenti del debitore e l'esercizio delle prerogative che gli sono riconosciute. La “ricommercializzazione” del diritto delle obbligazioni e dei contratti in presenza di un debitore/imprenditore.

1. Premessa. Obbligazioni e responsabilità del debitore “*in bonis*” e del debitore “insolvente”. La distinzione tra debitore “comune” e debitore/imprenditore

Lo statuto dell'obbligazione del debitore (divenuto) “insolvente” – se vogliamo iniziare la nostra analisi dal debitore di cui, tipicamente, si occupa il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (e, prima di esso, la Legge fallimentare) – nasce nel segno della “deroga” rispetto alle regole ordinarie che si applicherebbero in assenza di una situazione di insolvenza. Ne sono conferma già le disposizioni – invero molto limitate – che il

codice civile detta per questa ipotesi: così si dica della regola contenuta nell'art. 1186 c.c., che priva il debitore (divenuto insolvente) del beneficio del termine a suo favore, del quale altrimenti avrebbe potuto avvalersi; e lo stesso vale per la regola dell'art. 1461 c.c. (*Mutamenti nelle condizioni patrimoniali del contraente*), che faculta il contraente a sospendere l'esecuzione della propria prestazione se le condizioni patrimoniali dell'altro «sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione»¹.

Si tratta di poche regole: e questa esiguità si spiega col fatto che il codice civile si riferisce, genericamente, al “debitore”, o meglio a *qualsiasi debitore*. Ben più ricco è lo “statuto” del “debitore insolvente”, contenuto nella legge che proprio di questo fenomeno (ossia dell'insolvenza) si occupa, regolandolo peraltro non con riferimento al debitore *tout court* (quello che potremmo chiamare il “debitore comune”), bensì al debitore/*imprenditore*. Alludiamo ovviamente alla Legge fallimentare, e (oggi) al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Per la verità quest'ultimo codice, con l'inserimento tra le “procedure concorsuali” anche delle procedure di “sovraindebitamento” (e, in particolare, della procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore), sembrerebbe avallare l'idea di una considerazione “unitaria” (non a caso, il CCII torna a parlare di “debitore” *tout court*²). Sennonché, chi si fermasse a questa prima impressione acquisirebbe una visuale (suggestiva, ma al tempo stesso) poco significativa. Non v'è dubbio, infatti, che – nonostante l'allargamento dell'ambito del “diritto delle procedure concorsuali” anche a debitori *non imprenditori* (e, più esattamente, a debitori che *non sono imprenditori assoggettati alle tradizionali procedure concorsuali*, concordato preventivo e liquidazione giudiziale) – la legge “speciale” continua a riguardare *in grande prevalenza* la situazione dell'*imprenditore* “fallibile” (come si diceva un tempo), mantenendo uno statuto significativamente *differenziato* (e una corrispondente disciplina organica) quando *questo debitore* versi in una situazione

¹ Probabilmente, sia l'art. 1186 c.c. che l'art. 1461 c.c. fanno riferimento a situazioni che non richiedono (necessariamente) il ricorrere dei presupposti che definiscono il concetto di “insolvenza” nel diritto delle procedure concorsuali. Non c'è dubbio, comunque, che le due disposizioni codicistiche possano essere riferite anche alle situazioni di “insolvenza” rilevanti ai sensi della Legge fallimentare e, adesso, del Codice della crisi e dell'insolvenza.

² Il che avviene sin dalla norma di apertura del Codice (chiamata a definirne l'ambito di applicazione), la quale statuisce che “Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore ...» (art. 1, comma 1, CCII).

Si torna, in tal modo, a una categoria (apparentemente) *generale e astratta* (il “debitore”), sebbene poi il CCII continui a dedicare – come diciamo nel testo – la sua prevalente attenzione al “debitore/imprenditore” (commerciale), destinando solo ad esso la disciplina delle procedure concorsuali c.d. “maggiori” (che continuano a costituire *magna pars* del Codice), e dedicando una considerazione, se non marginale certamente secondaria, alle procedure “concorsuali” destinate al debitore “sovraindebitato” (figura nella quale rientrano, peraltro, oltre il “consumatore”, anche gli imprenditori commerciali c.d. “minori”, e l'imprenditore agricolo, soggetti esclusi tutti dalla soggezione alle procedure concorsuali “maggiori”).

di insolvenza³ (sebbene una parte di questo statuto sia – adesso – utilizzata anche per regolare le procedure “concorsuali” dei debitori c.d. “civili”).

Volendo richiamare, sinteticamente, i tratti essenziali di questo “statuto differenziato” (del debitore/imprenditore insolvente), basti ricordare come già la presentazione di una domanda di accesso ad un concordato preventivo (quando sia accompagnata – come accadrà di norma – dalla richiesta di “misure protettive”) implichi il divieto imposto ai (singoli) creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del loro debitore, cui fa da *pendant* (sempre nella logica della “concorsualità”) il correlativo divieto per il debitore di adempiere “individualmente” le obbligazioni pregresse⁴. Il mutamento di regime (era ed) è, poi, ancor più evidente nel caso di (dichiarazione di) fallimento (oggi: liquidazione giudiziale) del debitore/imprenditore (insolvente). A parte lo “spossessamento” del debitore rispetto ai propri beni (v., ora, art. 142 CCII), e l’assoggettamento (anche qui) dei creditori alle regole del “concorso” (v., ora, art. 150-151 CCII) – con le ulteriori regole a tal fine dettate tanto per l’accertamento dei debiti e la formazione del c.d. “stato passivo” quanto per l’accertamento dell’Attivo – meritano di essere ricordate soprattutto le disposizioni concernenti la c.d. azione “revocatoria” fallimentare (artt. 64 e ss. L. fall.; e, ora, artt. 163 ss. CCII), che comportano l’inefficacia nei confronti dei creditori di una serie di atti (a titolo gratuito od oneroso), di pagamenti o di concessioni di garanzie, secondo presupposti più ampi rispetto a quelli che consentirebbero l’esercizio dell’azione revocatoria ordinaria in base alle norme del codice civile (art. 2901 ss. cod. civ.)⁵. Per non

³ Tale disciplina segna un distacco così marcato e diffuso (rispetto alle norme del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, applicabili al debitore *in bonis*) da aver suggerito – al momento della codificazione del codice civile del 1942, che pur era avvenuta all’insegna della unificazione del codice civile e di quello commerciale – di non inserire la materia “fallimentare” nel codice (divenuto) “unico”, atteso che le regole che si dovevano seguire (una volta instaurata una procedura concorsuale: concordato preventivo o, a maggior ragione, fallimento) erano del tutto diverse (e “distoniche”) rispetto ai principi e alle regole del diritto “comune” delle obbligazioni e dei contratti. Di qui la scelta di emanare (contestualmente al codice civile) la “Legge fallimentare” (approvata con R.D. n 267 del 1942), come legge “extracodicistica” (tale per la sua evidente “specialità”).

⁴ Salva l’autorizzazione prevista – eccezionalmente – dall’art. 100 CCII.

⁵ E, invero, la finalità della revocatoria fallimentare non è tanto quella di rimediare al “pregiudizio” che i singoli creditori possano subire da atti dispositivi del debitore che riducano la “garanzia patrimoniale generica” (e, difatti, il “danno” non costituisce presupposto di tale revocatoria), quanto piuttosto quella di far operare la *par condicio creditorum* (in funzione della applicazione della “concorsualità”) con riferimento a “periodi” nei quali era già presente l’insolvenza, ancorché non ancora accertata e dichiarata giudizialmente. Si aggiunga che la revocatoria fallimentare – per la sua natura e funzione – non comporta l’inefficacia (degli atti che vi sono assoggettati) a favore del singolo (o di singoli) creditore(i), perché essa opera accrescendo la “massa fallimentare”, a *beneficio di tutti i creditori* che partecipano alla liquidazione concorsuale.

Significativa è la previsione della revoca delle *ipoteche giudiziali* (per debiti scaduti) costituite nei sei mesi anteriori al deposito della domanda cui è seguita l’apertura della liquidazione giudiziale (art. 166, comma 1, lett d, CCII). Si veda, al riguardo, FABIANI, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in *Crisi d’impresa e fallimento*, articolo del

parlare, poi, delle disposizioni relative agli effetti del fallimento sui c.d. “contratti pendenti” (artt. 72 ss. L. fall., e ora artt. 172 ss. CCII)⁶; e l'esemplificazione potrebbe ulteriormente proseguire (specie se si volesse scendere nei dettagli).

La differenziazione dello statuto del debitore/imprenditore divenuto insolvente (rinveniva e) rinviene la sua (ovvia) *ratio* in una fondamentale differenza che vi è tra questo debitore e il “debitore comune” (o – come forse meglio si direbbe – “*debitore civile*”), differenza destinata ad evidenziarsi, appunto, soprattutto nel momento “patologico” dell'insolvenza (almeno, secondo la visione tradizionale). È intuitivo infatti che il *codice civile* (aveva ed) ha in mente un “debitore” (non ulteriormente qualificato soggettivamente) che instaura rapporti obbligatori (anche frequenti, e – alcuni almeno – di carattere continuativo) con un numero limitato di “controparti” (la banca, la compagnia assicurativa, il gestore telefonico, la società che fornisce energia elettrica, e – naturalmente – il Fisco, oltre che vari altri creditori, più o meno occasionali). E il codice civile (e le altre leggi che disciplinano i rapporti obbligatori in questione) guarda a questi singoli rapporti *isolatamente* (ossia considerando la relazione che – in ognuno di essi – si stabilisce tra *quel* debitore e *quel* creditore), dettando delle regole (e dei corrispondenti “rimedi”) che sono destinati a interessare appunto *il singolo, isolato, rapporto obbligatorio*.

Queste regole (parliamo sempre di quelle del codice civile, cui possono aggiungersi le altre normative che regolano la *fisiologia* di tali rapporti) – beninteso – sono le stesse che si applicano anche quando il “debitore” sia un imprenditore *in bonis* (tanto che egli appaia nella veste di “acquirente/fruitori” di beni e servizi, quanto che ricopra il ruolo di “venditore/fornitore” degli stessi⁷), sebbene anche qui con una differenza che distingue nettamente la situazione del debitore “civile” rispetto a quella del “debitore/imprenditore”, differenza che si coglie sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo. Sul *piano quantitativo* la rete di rapporti obbligatori (con fornitori, banche, lavoratori, clienti, etc.) che l'imprenditore instaura nello svolgimento della propria attività economica è – di regola – *notevolmente più vasta* di quella che può riguardare un debitore “civile”: il che spiega perché il fenomeno (*patologico*) dell'“insolvenza” del debitore/imprenditore (quando si tratti di un imprenditore *non piccolo*) sia un fenomeno che richiede di per sé un'attenzione particolare, in quanto coinvolge un numero di soggetti assai più rilevante di quello che può essere interessato dall'insolvenza di un debitore “civile”, al punto da potere (in

24.07.2014, pp. 13-14 (dell'estratto), dove si legge la seguente osservazione: “... L'iscrizione di ipoteca giudiziale non è atto del debitore ma del creditore ed è atto che discende da un preciso diritto attribuito al creditore quando questi conquista un titolo esecutivo qualificato (ad esempio, la sentenza di condanna o il decreto ingiuntivo). Questo caso dimostra, in modo non controvertibile, che l'azione revocatoria fallimentare non mira a reprimere un atto illecito ma a restaurare un maggior equilibrio fra le posizioni dei creditori”.

⁶ Per il concordato preventivo si veda, ora, l'art. 97 CCII.

⁷ Una differenziazione notevole – comunque – è stata introdotta, negli ultimi decenni, con riferimento ai “contratto dei consumatori”, ossia quando il rapporto obbligatorio intercorra tra un imprenditore (c.d. “professionista”) e un consumatore.

alcuni casi almeno) avere ripercussioni sull'economia generale (di un settore produttivo, di una zona territoriale, etc.), onde la necessità di prevedere delle norme particolari (che sono quelle in cui consistono le procedure “concorsuali” tradizionali). Norme che, quindi, di per sé hanno necessità di essere previste proprio per regolare il fenomeno dell'*insolvenza* di un debitore di questo tipo.

Ma, poi, esiste anche una differenza “qualitativa”, forse più importante della prima (specie dal punto di vista del nostro discorso). Mentre, infatti, la molteplicità dei rapporti obbligatori di un debitore “civile” (non imprenditore) non trova un “collegamento” unitario *se non nella persona stessa del debitore* (nel senso che si tratta di rapporti obbligatori, che valgono a soddisfare vari tipi di “bisogni” che sono riferibili a quel soggetto, ma che “oggettivamente” sono del tutto distinti l'uno dall'altro, specie per la “occasionalità” che sovente li caratterizza: andare a teatro, acquistare la proprietà di un'automobile per le proprie esigenze di mobilità, acquisire il diritto al godimento di un immobile da adibire a propria abitazione, etc.), i rapporti obbligatori che instaura il debitore/imprenditore hanno tra di loro un *collegamento unitario di tipo “oggettivo”*, che risiede nell'essere (nel loro insieme, e non solo in una considerazione atomistica) funzionali/finalizzati allo svolgimento dell'attività economica in cui consiste l'“impresa”. Questa finalizzazione (unitaria) determina che tali rapporti – per quanto, in sé considerati, siano rapporti *formalmente distinti* (i rapporti con i fornitori sono distinti dai rapporti con i clienti o con i lavoratori dell'impresa; e, all'interno di ciascuna di queste categorie, il rapporto con ciascun fornitore o ciascun lavoratore è *formalmente* distinto da quelli con gli altri fornitori o con gli altri lavoratori) –, l'essere nel loro complesso rapporti *unitariamente finalizzati* allo svolgimento dell'attività di impresa (spesso imputata a un soggetto diverso dall'individuo singolo, come accade nel caso delle società, che sono “imprenditori collettivi” – cui viene imputata l'attività di impresa – distinti dai singoli soci) fa sì che quella *distinzione formale*, che farebbe del singolo rapporto obbligatorio una relazione diversa (e considerevole *atomisticamente*) rispetto alle altre di cui sia parte il medesimo “soggetto”, venga in qualche modo ad essere incrinata, al punto da giustificare (già nella fase *fisiologica* di svolgimento del rapporto, e non solo in quella *patologica* della sopravvenuta insolvenza) una considerazione almeno in parte “unitaria”.

Vedremo come è proprio su questo piano che possono cogliersi le novità più rilevanti (sul terreno dei *rapporti obbligatori del debitore/imprenditore*) del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza rispetto all'impostazione tradizionale, che caratterizzava la vecchia Legge fallimentare, che limitava la *differenziazione* della disciplina solo alla gestione della fase dell'insolvenza (una volta che questa fosse intervenuta, e fosse stata accertata in sede di ammissione ad una procedura di concordato preventivo⁸ o di dichiarazione di fallimento).

⁸ Per la quale, peraltro, è sufficiente la sussistenza anche solo di uno “stato di crisi”.

2. Il CCII e gli obblighi del debitore/imprenditore di *prevenire* l'insorgere dello stato di insolvenza

Alla disciplina del rapporto obbligatorio – dettata dal diritto “comune” del codice civile – non sono certamente estranei una serie di “obblighi” che si collocano nella fase che precede quella dell’adempimento (vero e proprio) dell’obbligazione; obblighi che sono preordinati all’attuazione (esatta) dell’obbligazione, e quindi anche ad evitare che questa attuazione divenga in tutto o in parte *impossibile*.

Si tratta di obblighi riconducibili a regole specifiche, ma soprattutto espressione – al di là di dette regole – di due fondamentali principi che regolano il rapporto obbligatorio (specie *a parte debitoris*): il *dovere di diligenza nell’adempimento* (art. 1176 c.c.), che trova un’importante specificazione appunto nella c.d. “diligenza conservativa”, ossia nella diligenza che specificamente il debitore deve adoperare per prevenire ed evitare *impedimenti* che possano compromettere l’attuazione (o l’esatta attuazione) del rapporto obbligatorio (cfr. art. 1218 c.c., nella parte in cui questa norma rende responsabile il debitore per non aver prevenuto o evitato l’operare di una causa estranea che abbia reso impossibile, in tutto o in parte, l’adempimento dell’obbligazione); e il *dovere di buona fede* nell’instaurazione e nell’attuazione del rapporto obbligatorio (cfr. artt. 1337 c.c. e 1175 c.c.)⁹.

A questi doveri generali si aggiungono adesso – e si tratta di novità di grande ed inedito rilievo – alcuni *obblighi specifici* che vengono posti a carico del debitore/imprenditore soggetto alle procedure concorsuali “maggiori”, e ciò non soltanto con riferimento all’instaurarsi di una delle suddette procedure, ma anche (e soprattutto) *prima* che ciò avvenga.

Quest’ultimo profilo si innesta su quella che è, forse, la principale novità del CCII (rispetto alla vecchia Legge fallimentare, specie nel suo impianto originario), ossia l’aver predisposto una complessa normativa volta a *prevenire* l’insorgere di situazioni di crisi o di insolvenza vera e propria (si tratta del meccanismo c.d. di “allerta”). Non c’è dubbio – a nostro avviso – che dell’adempimento degli obblighi di cui si parla dovrebbero beneficiare (direttamente o indirettamente) *anche i creditori* dell’imprenditore¹⁰, e quindi ci troviamo di fronte ad una disciplina che ha sicuramente dei riflessi sui rapporti

⁹ Il dovere di buona fede – come risulta dalle norme citate – riguarda non solo il debitore (potenziale o attuale) ma anche il creditore: basti pensare alle disposizioni che impongono al creditore finanziario di valutare il c.d. “merito creditizio” del cliente, oppure al principio (di portata più ampia) che impone a qualsiasi creditore di *cooperare* con il proprio debitore per rendere possibile l’adempimento (per la parte in cui esso dipende, appunto, da un comportamento del creditore medesimo).

¹⁰ Naturalmente, le norme dirette a favorire l’emersione tempestiva di situazioni di insolvenza perseguono una molteplicità di obiettivi (oltre quello della tutela dei creditori dell’impresa), primo fra tutti l’obiettivo di assicurare (quando ancora possibile) la *continuità aziendale*, e dunque la conservazione e la prosecuzione dell’attività di impresa (e del “valore” che essa rappresenta).

(obbligatori) con detti creditori¹¹. Che, poi, si tratti di una normativa che riguarda non tanto il singolo rapporto obbligatorio *atomisticamente considerato*, ma piuttosto (anche, se non esclusivamente) *l'insieme dei rapporti obbligatori* che fanno capo all'imprenditore (individuale o collettivo che sia)¹², corrisponde alla già segnalata *peculiarità* che connota i rapporti obbligatori che riguardano *l'attività di impresa*, rapporti che – come si è già detto –, per quanto formalmente distinti e distinguibili, sono in un certo senso *unificati* dalla comune *finalizzazione* allo svolgimento di quell'attività (il che impone – evidentemente – una loro considerazione *non (esclusivamente) atomistica*, bensì *anche unitaria*).

Merita di essere menzionato, anzitutto, l'art. 3 del CCII (collocato, significativamente, tra i “Principi generali” cui si ispira l'intero CCII)¹³. Questa disposizione (intitolata “*Adeguatezza degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*”) statuisce che « L'imprenditore individuale *deve adottare* misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte » (1° comma), mentre – per quanto riguarda l'imprenditore collettivo – si dispone (più specificamente) che egli deve a tal fine (cioè *al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*) « *istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile* »¹⁴.

¹¹ Il criterio della *tutela prioritaria dei creditori* è – come vedremo – costantemente presente nelle norme che prevedono i vari meccanismi predisposti per evitare l'evoluzione della situazione di crisi (c.d. pre-insolvenza) in una situazione di vera e propria (irreversibile) “insolvenza” dell'imprenditore.

¹² E, più in generale, la complessiva *attività di impresa*, della quale le relazioni contrattuali (e, in particolare, obbligatorie) con i terzi costituiscono (*solo*) un aspetto (per quanto importante).

È chiaro, infatti, che lo svolgimento dell'attività di impresa comporta soprattutto scelte (e valutazioni) *di tipo economico* (che costituiscono oggetto delle decisioni “imprenditoriali” in senso stretto), rispetto alle quali i rapporti *giuridici* che l'imprenditore instaura con i terzi (lavoratori, fornitori, clienti, etc.) hanno – per così dire – carattere *strumentale* (nel senso che sono mezzi per realizzare gli obiettivi/risultati *economici* che l'impresa si propone di raggiungere).

¹³ La norma in questione ha già, significativamente, richiamato l'attenzione anche della dottrina civilistica. Si vedano, tra i saggi più recenti, BENEDETTI, *Principi (definitivi) e clausole generali (ambulatorie): “assetti organizzativi adeguati” e (nozione di) “impresa” nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 907 ss.; MAGGIOLÒ, *La risoluzione per inadempimento nel Codice della crisi d'impresa e nel diritto comune: aderenze e dissonanze*, in *Il fallimento*, 2023, 1333 ss.; LOBUONO, *Gli assetti organizzativi dell'impresa. Spunti per una riflessione di diritto civile*, in *Giust. civ.*, 2023, 825 ss.

¹⁴ Il contenuto delle disposizioni citate è stato ripreso anche nel nuovo (testo del) secondo comma dell'art. 2086 c.c., quale introdotto dall'art. 375 intitolato “*Assetti organizzativi dell'impresa*” (e contenuto nella Parte II – Modifiche al codice civile – del CCII).

In particolare, l'art. 375 ha modificato la rubrica dell'art. 2086 e introdotto nella disposizione un secondo comma, ai sensi del quale: “L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Si tratta di statuizioni suscettibili – a nostro avviso – di acquisire rilevanza (indipendentemente dal verificarsi effettivo di una situazione di “insolvenza”) *anche* in eventuali azioni (ordinarie) di *responsabilità per inadempimento* poste in essere da singoli creditori *nei confronti dell'impresa debitrice*, sebbene – verisimilmente – la loro violazione verrà in gioco soprattutto in sede di azione di responsabilità (esercitata dai creditori sociali¹⁵) *verso gli amministratori* (esperibile quando ci si trovi di fronte ad una impresa collettiva, e segnatamente ad una società per azioni o ad una s.r.l.)¹⁶, ovviamente quando l'irrazionalità delle scelte gestorie da questi compiute non sia stata *tempestivamente evidenziata*

A sua volta, l'art. 377 (rubricato “*Assetti organizzativi societari*”) ha modificato le norme *sull'amministrazione* delle società: di persone (art. 2257 c.c.), per azioni (artt. 2380 *bis* e, per le S.p.a. a sistema dualistico, 2409 *novies* c.c.) e a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.), prevedendo che, indipendentemente dal tipo di società “*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma* – con “un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa” –, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”, in linea con la legge delega (art. 14, comma primo, lett. b) c.c.

L'inserimento nel codice civile della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c. è importante perché sancisce che i nuovi “principi” (sugli assetti organizzativi) sono funzionali non solo a prevenire l'insorgere di situazioni di crisi (significativo è l'uso – nel nuovo 2° comma dell'art. 2086 – della congiunzione “anche” che precede la formula «... *in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale* »), ma costituiscono parte del (nuovo) “statuto dell'impresa” nello svolgimento *ordinario* della propria attività. E cfr. anche MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022, dove si legge che l'innovazione dell'art. 2086 c.c. « costituisce, al contempo, uno degli esiti dell'evoluzione della crisi d'impresa, ma anche un tassello importante nella disciplina generale dell'impresa » (e, poco più avanti, si veda anche l'affermazione secondo cui carattere precipuo del nuovo assetto sistematico è la « generale anteposizione ... della tutela dei diritti dei creditori agli interessi degli stessi soci »).

¹⁵ I quali sono altresì soggetti all'azione di responsabilità promossa dai soci, per violazione del rapporto di mandato in virtù del quale essi amministrano la società.

Per l'esame di alcune pronunce giurisprudenziali in materia di “adeguati assetti societari” cfr. M. ANGELINI, *Adeguati assetti societari: orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *Ristrutturazioni aziendali*, Commento inserito il 4 gennaio 2024.

¹⁶ La responsabilità *personale* degli amministratori (che – di per sé – sono semplicemente degli “organi della società”, i cui atti dovrebbero pertanto essere “imputati” esclusivamente alla società medesima) che non abbiano osservato gli *obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale* (ivi compresi gli obblighi – di cui stiamo parlando – di dotare la società di “adeguati assetti organizzativi”, idonei a *prevenire* l'insorgenza di situazioni di crisi) rafforza ulteriormente la posizione dei creditori sociali, in quanto costituisce un ulteriore “incentivo” ad una corretta gestione della società, *anche sotto il profilo dell'adempimento delle obbligazioni che essa assume nello svolgimento della propria attività*.

All'art. 2394 c.c. (che regola la responsabilità personale degli amministratori di S.p.A. verso i creditori sociali), si è aggiunta – in virtù dell'inserimento di un comma 6 nell'art. 2476 c.c., proprio ad opera dell'art. 378, comma 1, del CCII – una analoga azione (dei creditori sociali) verso gli amministratori delle S.r.l. (azione, la cui ammissibilità, era in precedenza alquanto discussa).

(si da consentire di porvi rimedio, o quanto meno di limitarne gli effetti negativi) dall'assetto organizzativo, amministrativo e contabile di cui la società avrebbe dovuto risultare dotata (assetto che si sia, in concreto, rivelato "inadeguato").

3. La procedura di composizione negoziata della crisi e la (timida) apertura all'obbligo di rinegoziazione

L'interesse *prioritario* dei creditori (intesi sia singolarmente che nel loro insieme) viene, del resto, esplicitamente messo in primo piano dal CCII, quale criterio che deve orientare i comportamenti del debitore/imprenditore, anche con riferimento alle fasi (anch'esse *precedenti* all'insorgere vero e proprio di una situazione di insolvenza) in cui l'imprenditore in difficoltà avvii una procedura di *composizione negoziata della crisi*.

Questa "procedura" (che appartiene al novero delle c.d. "soluzioni *stragiudiziali*"¹⁷ della "crisi" di impresa) è oggi regolata – com'è noto – dal Capo I (artt. da 12 a 25-*quinquies*) del Titolo II del CCII¹⁸, nel quale è confluita la disciplina dell'istituto in questione¹⁹.

¹⁷ Il carattere "negoziale" (e dunque, stragiudiziale) della composizione negoziata della crisi non è messo in discussione dalla circostanza che sia previsto un intervento giudiziale sia per la nomina dell' "esperto mediatore", sia, e soprattutto, per la concessione (eventualmente richiesta dall'imprenditore) di "misure protettive".

D'altronde – secondo un orientamento dottrinale (cfr. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit.) – la "negozialità" dello strumento di superamento della crisi dovrebbe affermarsi anche con riferimento ad ipotesi di "ristrutturazione" (del debito) per le quali è previsto un intervento giudiziale ben più incisivo di quello cui si assiste nella "procedura" di composizione negoziata della crisi.

¹⁸ Questo Titolo – nella versione originaria del CCII – si intitolava "Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi", e conteneva un Capo I intitolato "Strumenti di allerta" (artt. da 12 a 15), un capo II intitolato "Organismo di composizione della crisi di impresa" – OCRI (artt. da 16 a 18), un Capo III intitolato "Procedimento di composizione assistita della crisi" (artt. da 19 a 23), e un Capo IV intitolato "Misure premiali" (artt. 24-25).

Adesso, il Titolo II si intitola "Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi" (artt. da 12 a 25-*undecies*), e – dopo il Capo I dedicato alla "Composizione negoziata della crisi" (artt. da 12 a 25-*quinquies*) – disciplina nel Capo II il c.d. "Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio" (artt. da 25-*sexies* a 25-*septies*) in caso di esito negativo della "composizione negoziata" (e purché l'imprenditore abbia agito correttamente nelle trattative), e in un Capo II le "Segnalazioni per la anticipata emersione della crisi" (artt. da 25-*octies* a 25-*undecies*).

In sostanza, la disciplina originaria) degli "strumenti di allerta" (essenzialmente consistenti negli obblighi, posti a carico di determinati soggetti, di "segnalazione degli indizi di crisi") è stata variamente "rielaborata" (rifluendo nella nuova disciplina della "composizione negoziata della crisi", che assorbe anche la precedente procedura di "composizione assistita"), e non sono più previsti gli OCRI, ai quali la normativa originaria affidava il compito di ricevere le segnalazioni di allerta, di gestire il procedimento di allerta e di assistere l'imprenditore (su sua istanza) nel procedimento di "composizione assistita della crisi".

¹⁹ Disciplina inizialmente introdotta (in attesa dell'entrata in vigore del CCII) con il d.l. 24 ago-

Non è questa la sede per esaminare in dettaglio l'istituto della “composizione negoziata della crisi”, mentre mette conto di segnalare alcuni aspetti che possono riguardare più direttamente il tema oggetto del presente contributo. A parte la possibilità del debitore, espressamente prevista dall'art. 18 CCII, di chiedere ed ottenere l'applicazione di “misure protettive” (al fine di non pregiudicare il possibile esito positivo delle trattative)²⁰, interessa in particolare segnalare il 5° comma dell'art. 17 CCII, laddove si prevede che «Nel corso delle trattative [instaurate per addivenire ad una composizione negoziata della crisi] l'esperto [nominato] può invitare le parti a *rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita* se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute», aggiungendosi che «Le parti sono tenute a *collaborare tra loro* per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni».

La disposizione in esame contiene diverse “deroghe” alla disciplina dell'eccessiva onerosità dettata nel codice civile²¹: innanzitutto viene sancito un “obbligo” di rinego-

sto 2021, n. 118 (conv. nella L. 21.10.2021, n. 147), e successivamente integrata con il d.lgs. 17 giugno 2022 n. 83 (secondo correttivo al CCII).

Con quest'ultimo decreto correttivo – che ha, fra l'altro, provveduto al recepimento della dir. UE n. 1023/2019, c.d. “direttiva *Insolvency*” (che ha modificato e sostituito la precedente dir. UE n. 1132/217, su cui si era basata la versione originaria del CCII), riguardante i c.d. “quadri di ristrutturazione preventiva”, l'esdebitazione e le interdizioni – sono state introdotte, oltre che modifiche e integrazioni alla procedura di “composizione negoziata della crisi” (v. la nota precedente), ulteriori importanti “novità”, come la già ricordata modifica dell'art. 2086 c.c. (v. *supra*), e l'introduzione del nuovo “Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa” (v. art. 64-bis CCII) in attuazione dell'art.11, par. 1, della direttiva *Insolvency*.

Merita evidenziare come, con l'espressione “quadri di ristrutturazione preventiva”, la direttiva *Insolvency*, fa riferimento alle procedure, misure o disposizioni – realizzabili sia in sede giudiziale che stragiudiziale – che consentono al debitore di predisporre un piano di ristrutturazione e risanamento economico dell'azienda, in grado di evitare (se possibile) l'evolversi della crisi verso una situazione di vera e propria insolvenza. Il concetto è assai ampio, e suscettibile di ricomprendere varie “fattispecie”, da quelle già ricordate della “composizione negoziata della crisi”, al nuovo “piano di ristrutturazione soggetto ad omologa” (c.d. PRO), ai “piani attestati”, sino a ricomprendere lo stesso strumento del “concordato *in continuità*” (costituente ormai la “regola” del concordato preventivo).

²⁰ Si tratta di misure alquanto incisive, che vanno dal divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore (si pensi, ad es., ad una ipoteca *giudiziale*, iscritta a seguito di una sentenza di condanna o di un decreto ingiuntivo ottenuti dal creditore), al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari. Inoltre i creditori nei cui confronti operano (nel periodo di svolgimento della composizione negoziata della crisi) le misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione (art. 18, comma 5, CCII).

²¹ Può essere utile evidenziare che un (generale) obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti eccessivamente onerosi in conseguenza di eventi sopravvenuti straordinari ed imprevedibili, costituiva una delle modifiche al codice civile, che erano previste da un (ormai archiviato, almeno

ziazione (dei *contratti di durata* divenuti eccessivamente onerosi) a carico dell'altro contraente, laddove invece l'art. 1467 c.c. attribuisce a tale contraente una (mera) *facoltà* di "offrire" modifiche che riconducano in equilibrio il contratto, e *sempreché egli intenda evitare la risoluzione* (ipoteticamente) chiesta dal contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa. Inoltre – con formula, peraltro, a dir poco vaga – viene equiparato all'"eccessiva onerosità" anche il semplice "*alterato equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute*" (e si noti come non si faccia neanche riferimento ad un carattere straordinario e imprevedibile delle circostanze sopravvenute che hanno determinato l'eccessiva onerosità o, comunque, l'alterazione dell'equilibrio del rapporto).

La norma in esame, tuttavia, non dispone alcuna "sanzione"²² per l'ipotesi in cui le trattative non addivengano ad una soluzione concordata²³, sanzione che potrebbe forse ipotizzarsi in una (eventuale) misura "risarcitoria" posta a carico di quei creditori che abbiano *agito in mala fede* nello svolgimento della trattativa, *in particolare opponendosi irragionevolmente alla proposta di "rinegoziazione" formulata dall'esperto* (sebbene non possa sottacersi la difficoltà di fornire una prova siffatta, come pure di provare il danno conseguente alla mancata rinegoziazione).

per il momento) disegno di legge delega per la riforma del codice civile, che era stato presentato nella scorsa legislatura (cfr. art. 1 lett. i del ddl di delega al Governo per la revisione del Codice civile, recante il n. 1151/2019, depositato presso il Senato della Repubblica).

La disposizione dell'art. 17, co. 5. CCII, può essere considerata – in un certo senso – come un'applicazione specifica della regola generale che si pensava di introdurre con la disposizione prevista dal suddetto ddl-delega.

²² In argomento si veda MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, Editoriale, in *Contratti*, 2022, 1 ss., spec. par. 7), contributo che si basa, però, sulla formulazione originaria che era contenuta nell'art. 10, comma 2, del d.l. 118/2021, il quale recitava che « L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa *per effetto della pandemia da SARS-CoV-2*. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, *può rideterminare equamente le condizioni del contratto*, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratto di lavoro dipendente ».

Ma questa formulazione è stata ampiamente superata (sotto diversi profili) nel testo che è poi confluito nel CCII, anche per effetto delle critiche che ad essa aveva rivolto una parte della dottrina (v., in parti, FABIANI e PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *www.dirittodellacrisi*, 2022), ritenendo che il (singolare) potere "determinativo" attribuito al giudice fosse lesivo dell'autonomia privata.

²³ Si veda l'art. 23, comma 2, CCII.

4. Gli “accordi di ristrutturazione” dei debiti (art. 57 CCII)

Più evidenti (e, anzi, esplicitate dallo stesso legislatore) sono le deroghe al diritto comune delle obbligazioni, previste con riferimento agli “accordi di ristrutturazione dei debiti”, regolati dagli artt. 57 ss. CCII, che riprendono (integrandola e/o modificandola in diversi punti) la disciplina prima contenuta negli artt. 182-*bis* e ss. della previgente Legge fallimentare.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono uno strumento “*negoziale*”²⁴ (nonostante siano soggetti all’omologazione del Tribunale) volto a ridurre – ristrutturandola – l’esposizione debitoria dell’impresa commerciale o anche agricola (purché non si tratti di un’impresa “minore”), che versi in stato di crisi o di insolvenza.

Alla luce di tale natura (negoziale) dovrebbe valere la regola secondo la quale essi vincolano soltanto i creditori aderenti, come in effetti era previsto nel vecchio art. 182-*bis* L. fall., e come continua ad avvenire, per vero, anche nell’ipotesi-base (o ordinaria) di accordi di ristrutturazione disciplinata dal CCII, ipotesi che presuppone che l’imprenditore raggiunga un accordo con tanti creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, e che sia assicurato il pagamento integrale dei creditori rimasti “*estranei*” all’accordo di ristrutturazione (art. 57 CCII)²⁵.

Il nuovo Codice prevede però – oltre ad una seconda ipotesi (di c.d. “accordi di ristrutturazione agevolati”: art. 60 CCII), nella quale la percentuale necessaria di creditori che aderiscano all’accordo scende al 30%²⁶ – una fattispecie di “accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa” (art. 61 CCII), in base alla quale gli effetti dell’accordo si estendono anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima “categoria”, individuata tenuto conto dell’omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici. L’estensione (in deroga esplicita agli artt. 1372 e 1411 c.c.) è subordinata al ricorrere di alcuni presup-

²⁴ Come già ricordato, gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono regolati nell’ambito del Capo I (Accordi), sez. II (Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione).

²⁵ Pagamento che deve avvenire entro 120 gg. dall’omologazione, se si tratta di crediti già scaduti a quella data; ovvero entro 120 gg. dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell’omologazione.

²⁶ È necessario tuttavia – per accedere a questa procedura “agevolata” – che l’imprenditore non richieda (o rinunci a richiedere) misure protettive temporanee, e non proponga la moratoria dei crediti i cui titolari siano rimasti estranei agli accordi.

posti (elencati nel 2° comma dell'art. 61 CCII)²⁷, che – se pure circoscrivono la “deroga”²⁸, richiedendo ad es. una percentuale di aderenti all'accordo (compresi però anche i creditori muniti di prelazione) particolarmente elevata, e il coinvolgimento comunque di tutti i creditori (che hanno diritto ad essere informati dell'avvio delle trattative, al fine di decidere se parteciparvi o meno, e a ricevere informazioni complete e aggiornate sulla situazione finanziaria del debitore nonché sull'accordo e i suoi effetti), con la “garanzia” che i creditori non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo non subiscano un trattamento inferiore a quello che riceverebbero in sede di liquidazione giudiziale – non la eliminano del tutto, e con essa non eliminano il sacrificio – almeno parziale – degli interessi dei creditori (o di alcuni di essi), che tale tipo di procedura comporta²⁹. Sacrificio che trova la sua “giustificazione”, peraltro, non tanto in un *favor debitoris* quanto piuttosto nella tutela dell'impresa come tale, intesa come “valore” oggettivo (sia dal punto di vista economico che dal punto di vista sociale) da preservare, sin quando è possibile. Non a caso, tra i presupposti dell'estensione (autoritativa) degli effetti dell'accordo di ristrutturazione anche ai creditori non aderenti viene posto quello che l'accordo di ristrutturazione non sia “liquidatorio”³⁰, ma preveda la continuazione dell'attività dell'impresa in

²⁷ In particolare, occorre che: «a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti; b) l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84; c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria; d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; e) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo».

Sulla disciplina della convenzione di moratoria cfr. M. CAMPOBASSO, *La convenzione di moratoria e il contratto a sfavore di terzo*, in *Riv.dir.civ.*, 2023, 1051 ss., spec. 1053 ss.

²⁸ Si tenga presente che – a differenza di quel che accade nel concordato preventivo (dove è sufficiente la maggioranza dei creditori chirografari o degradati al chirografo, per imporre il piano concordatario anche agli altri creditori dissenzienti) – ci troviamo qui di fronte a una procedura “negoziale” (e stragiudiziale), e non ad una procedura “giudiziale”.

²⁹ Il “sacrificio” (richiesto ai creditori non aderenti) non si spinge (si sarebbe trattato di una aperta violazione della libertà contrattuale) sino al punto di mantenere in vita la possibilità di utilizzare “affidamenti” (già concessi) e, tanto meno, di concederne *ex novo*, di erogare nuovi finanziamenti o in generale di eseguire nuove prestazioni (cfr. art. 61, comma 4, CCII, ove però si precisa che “non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati”).

³⁰ A questo presupposto si deroga – ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 61 – quando l'impresa abbia almeno il 50% dei debiti verso banche ed intermediari finanziari. In tal caso – e limitatamente a detti creditori (eventualmente suddivisi in “categorie”) – il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti, ancorché l'accordo di ristrutturazione non preveda la continuità aziendale.

via diretta o indiretta (e che i creditori siano soddisfatti, in maniera significativa o prevalente, dal ricavato della continuità aziendale); mentre, d'altro canto, l'attestazione di un professionista indipendente circa la fattibilità del piano di risanamento, e il controllo esercitato dal Tribunale in sede di omologazione (oltre che i consensi provenienti da una percentuale significativa del ceto creditorio), dovrebbe garantire la credibilità del progetto di riequilibrio economico-finanziario dell'impresa³¹.

5. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (pro) e le deroghe agli artt. 2740 e 2741 c.c. Differenze rispetto al concordato preventivo in continuità, e possibilità di derogare anche alla regola della c.d. “priorità relativa”, posta a (residuale) tutela dei creditori muniti di titolo di prelazione

Significative deroghe al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti sono previste anche in un'inedita “procedura di ristrutturazione” (il c.d. PRO, acronimo che sta per “Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione”)³², che è stata introdotta nel CCII (v.

³¹ Con un'ultima “garanzia” concessa al creditore “non aderente”, costituita dalla possibilità di fare opposizione (ex art. 48, comma 4, CCII), dimostrando che l'accordo non garantisce “concrete possibilità” (per il creditore non aderente) di vedere soddisfatto il proprio credito “in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale”.

³² Il PRO rientra nell'ambito di quelli che il CCII indica come “strumenti di regolazione della crisi”, formula nella quale si possono fare rientrare i contratti e le procedure intesi alla “ristrutturazione del debito”.

Con quest'ultima formula ci si intende riferire ai “contratti e (alle) procedure” che il CCII prevede quali mezzi per il *riequilibrio finanziario* della situazione del debitore/imprenditore. Non è che tali “strumenti” siano (del tutto) sconosciuti al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, sotto forma (soprattutto) di contratti e/o accordi di varia natura (transazioni, *dationes in solutum*, cessioni di beni ai creditori, remissioni del debito, *pacta de non petendo*, etc.), attraverso i quali il debitore “comune” (ivi compreso lo stesso debitore/imprenditore) può accordarsi con i suoi creditori allo scopo di “regolare” la struttura del proprio debito nei loro confronti. Quel che il CCII aggiunge (a parte l'*arricchimento* della tipologia di tali “accordi” di ristrutturazione del debito) è la considerazione di questi “strumenti” all'interno di “procedure” (onde la formula “contratti e procedure”, di cui sopra, va intesa qui quasi come un'endiadi) nell'ambito delle quali non si considera (tanto) il *singolo accordo* raggiunto con il *singolo creditore*, bensì (generalmente) un *complesso di accordi* volti a riequilibrare la situazione “finanziaria” (ossia la composizione e la regolazione del debito del debitore/imprenditore) considerata *nel suo complesso* (e, quindi, coinvolgendo *unitariamente* – se pur non necessariamente *in toto* – l'insieme dei rapporti di debito/credito, che compongono e determinano la suddetta “situazione finanziaria” dell'impresa) (e v. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 140, ove si legge che «... la singola vicenda [*id est*: l'evento di ristrutturazione del singolo debito] è funzionalizzata a un obiettivo ulteriore ed esterno alla stessa, la ristrutturazione economico-finanziaria » dell'azienda, onde « la ragionevolezza economica della singola vicenda, in termini giuridici la causa, si comprende alla luce di un finalismo più vasto », che impone di considerarla « all'interno dell'intera struttura del passivo patrimoniale »).

artt. 64-*bis* e 64-*ter*) ad opera del sopra ricordato d.lgs. n. 83/2022³³. Si tratta di una procedura (“giudiziale”), ampiamente modellata su quella del concordato preventivo³⁴ (le cui disposizioni sono richiamate in numerosi punti della disciplina dettata dagli artt. 64-*bis* e 64-*ter*), e che può (secondo l’opinione prevalente) svolgere una funzione anche esclusivamente “liquidatoria”³⁵, sebbene sia indubbio – come evidenzia la collocazione stessa dello strumento tra i “quadri di ristrutturazione preventiva” – che l’utilizzazione tipica di tale procedura riguarda “piani” che prevedano la continuità aziendale.

³³ L’introduzione della nuova procedura (concorsuale) sarebbe avvenuta (secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento al d.lgs.) in attuazione della disposizione dell’art. 11, par.1, della Direttiva *Insolvency*, che richiedeva la previsione di un “quadro di ristrutturazione” *che possa prescindere dalle regole distributive proprie delle altre procedure concorsuali*, purché approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto.

³⁴ Tralasciamo, nel prosieguo, l’analitica descrizione della procedura, come pure l’analisi di alcuni effetti che conseguono *alla approvazione e omologazione del piano* (in particolare va ricordata l’estensione al PRO – in virtù del richiamo contenuto nel comma 9 dell’art. 64-*bis* – di alcune norme del concordato preventivo in materia di contratti pendenti (v. artt. 94-*bis* e 97), di contratti con la P.A. (v. art. 95), di finanziamenti prededucibili prima dell’omologazione: v. art. 99) o posti in essere in esecuzione del piano (v. art. 101).

Va ricordato altresì che, con la *presentazione del piano* (che determina, fra l’altro, il divieto per i creditori successivi di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti: art. 46, co. 5, cui rinvia il comma 2 dell’art. 64-*bis*), il debitore ha la possibilità di richiedere l’applicazione di “misure protettive e cautelari” (quali il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul suo patrimonio).

Infine, va evidenziato che il debitore, che abbia presentato un PRO conserva, sino all’omologazione del piano, non solo la gestione ordinaria, ma anche quella straordinaria dell’impresa: gestione che deve bensì svolgersi “nel prevalente interesse dei creditori”, e sotto il controllo del commissario giudiziale (il quale deve informare il Tribunale di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti, effettuati dal debitore, che siano *incoerenti* rispetto alle previsioni del piano), ma che non è soggetta al regime “autorizzatorio” cui soggiace il debitore che abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo

³⁵ In questo senso cfr. in giurisprudenza, tra le prime pronunce che si registrano sul nuovo istituto, Trib. Vicenza 25 febbraio 2023 (sulla quale v. le considerazioni di LENER, *Prime applicazioni del PRO: la realtà supera le attese*, in www.dirittodellacrisi.it, commento inserito il 28 marzo 2023), che si allinea ad un orientamento decisamente prevalente in dottrina (si veda, per tutti, da ultimo, SALAMONE, *Del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Libertà e contrappesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 1226 ss., spec. 1235 ss.).

Le differenze rispetto al concordato preventivo sono molteplici³⁶, e spiegano (almeno in parte) la previsione di una procedura autonoma³⁷. A parte l'obbligatorietà della formazione delle classi (obbligatorietà che sussiste anche nel caso del concordato con continuità, *ma non in quello liquidatorio*), la differenza principale è rappresentata dalla previsione secondo cui il piano – per essere omologato – deve ottenere la maggioranza *in*

³⁶ Oltre quelle di cui parliamo nel testo, si tengano presenti anche le seguenti altre differenze (quelle sub *b* e *c* costituiscono – almeno *prima facie* - svantaggi “competitivi”, se così ci si può esprimere, del PRO rispetto all'alternativa dell'avvio di una procedura concordataria):

a) il PRO “liquidatorio” (ove ritenuto ammissibile) non è vincolato ad alcuna misura minima di soddisfazione dei crediti chirografari (mentre nel concordato preventivo è richiesto che tali creditori siano soddisfatti in misura almeno pari al 20% del credito), né alla necessità di apportare risorse aggiuntive che incrementino di almeno il 10% l'Attivo distribuibile;

b) il PRO deve prevedere il pagamento integrale, entro 30 giorni dall'omologazione, dei crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-bis n.1, ossia delle retribuzioni dovute ai lavoratori subordinati (anche se va detto che qualche autore non ha escluso - sia pur dubitativamente - la possibilità di applicare analogicamente anche nella procedura di PRO la disposizione dell'art. 86 CCII che, in materia di concordato preventivo in continuità consente il soddisfacimento dei lavoratori entro il termine di sei mesi: cfr. LENER, *op.cit.*, pp. 10 ss., ove la precisazione che, in tal caso, i lavoratori subordinati dovrebbero essere inseriti in una apposita classe, e vedersi riconoscere il diritto di voto);

c) Non è estesa al PRO la possibilità di innestare la sub-procedura della c.d. “transazione fiscale” (che è invece prevista sia nell'accordo di ristrutturazione dei debiti che nel concordato preventivo: v. artt. 63 e 88 CCII, che la consentono in deroga al principio della “indisponibilità della obbligazione tributaria”, che non può essere derogato se non con una espressa previsione). Ciò rende lo strumento del PRO teoricamente poco appetibile in presenza di una mole dei debiti fiscali e tributari particolarmente significativa. È da segnalare tuttavia che, in una delle ancora non numerose pronunce sulla nuova procedura (il riferimento è a Trib. Udine, 9 marzo 2023), è contenuta un'apertura alla possibilità di un piano che preveda pagamenti parziali dei debiti tributari e contributivi, sulla base della considerazione secondo cui, sebbene “le norme del CCII dedicate al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione non contengono alcuna disciplina specifica in materia di crediti tributari e contributivi, [...] ciò non può escludere la possibilità per il debitore di proporre un pagamento parziale o dilazionato di tali crediti, mediante l'inserimento in apposite classi, stante la prevista necessità di unanime consenso delle stesse” (in altri termini, il Tribunale di Udine sembra ritenere possibile – o, comunque, non escludere – un'adesione volontaria dell'Amministrazione finanziaria alla proposta, pur in assenza di una esplicita previsione di legge che preveda e regoli la c.d. “transazione fiscale”; sul punto si vedano le considerazioni di LENER, *op. cit.*, 13 ss.).

³⁷ Sebbene da più parti si sia evidenziato come la moltiplicazione delle procedure concorsuali rischi di risolversi in una (inutile) complicazione di un quadro normativo già alquanto complesso.

Va segnalato, al riguardo, che la legge consente (di fatto) un “passaggio” da una ad altra procedura di “ristrutturazione” alquanto elastico (in particolare, è data la possibilità al debitore che abbia presentato un PRO di modificare/convertire la domanda – verisimilmente in caso di mancata approvazione della stessa da parte di una delle classi – formulando una proposta di concordato preventivo).

Per un caso in cui ad una originaria procedura (che non aveva avuto un esito positivo) di “accordo per la ristrutturazione dei debiti” è seguita la presentazione da parte del debitore di un PRO, cfr. la già citata pronuncia del Tribunale di Vicenza del 25 febbraio 2023.

tutte le classi³⁸: il che si collega alla principale caratteristica che contraddistingue il PRO, vale a dire quella di dare al debitore un'amplissima (almeno in teoria) libertà di regolare la distribuzione dell'attivo concordatario, *senza dover rispettare i vincoli posti dagli artt. 2740 e 2741 c.c.*, e in particolare la regola del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione (che, invece, continua ad operare anche nel concordato in continuità, sia pure con le caratteristiche che fra poco illustreremo).

Giova soffermarsi su quest'ultimo punto, che è quello in relazione al quale emerge in maniera più evidente la (potenziale) idoneità del PRO ad incidere sulle regole della responsabilità patrimoniale connessa al rapporto obbligatorio³⁹.

Nell'impostazione tradizionale i creditori garantiti (*recte*: creditori il cui credito sia assistito da una causa di prelazione) non hanno ragione di essere coinvolti nella (approvazione della) proposta di ristrutturazione del debito avanzata dal debitore, perché detta proposta non può incidere sulla soddisfazione del loro credito (nei limiti – ben s'intende – della garanzia assicurata dal titolo di prelazione⁴⁰). Solo per la parte di credito che non trovi "capienza" nel bene (o nei beni) oggetto di garanzia (ovvero in caso di loro volontaria rinuncia, totale o parziale, alla garanzia) essi sono soggetti al concorso con i creditori chirografari, e ne condividono la sorte (trovando, peraltro, tutela nel diritto di voto, e dunque nella possibilità di non approvare la proposta del debitore, in ordine alla falcidia dei crediti chirografari). Di più: i creditori "prelazionari" hanno diritto (sempre, secondo l'impostazione tradizionale) ad essere soddisfatti *senza dilazione*, o meglio *senza che sia dilazionata (oltre il necessario) la liquidazione dei beni, dal cui ricavato essi attendono il soddisfacimento del proprio credito*.

A questo schema tradizionale (che trova – ancor oggi – integrale attuazione nel *concordato liquidatorio*, oltreché naturalmente nel fallimento, oggi liquidazione giudiziale), si è andato sovrapponendo, negli ultimi decenni, uno schema diverso, che si caratterizza per il *favor* nei confronti di soluzioni che sacrificano (almeno in parte, e comunque temporaneamente) le ragioni creditorie, quando si profili la possibilità ragionevole di un risanamento dell'impresa in crisi attraverso la continuazione (diretta o indiretta, parziale o totale) dell'attività economica.

³⁸ Per il calcolo relativo al raggiungimento della maggioranza (nelle singole classi) viene estesa (v. comma 7 dell'art. 64-bis CCII) la regola (introdotta dall'art. 112 CCII con riferimento al concordato in continuità) che – al fine di agevolare il raggiungimento dell'accordo – statuisce che la maggioranza si ritiene conseguita (in ciascuna classe) se abbiano votato almeno la metà dei crediti ammessi e si siano espressi a favore della proposta tanti votanti che rappresentino almeno i 2/3 dei creditori votanti (il che significa che, teoricamente, la "maggioranza" potrebbe raggiungersi anche con il voto favorevole di 1/3 dei crediti complessivamente ammessi; es.: crediti ammessi al voto nella classe 99, votanti 50, voti favorevoli 33, 33 pari a 2/3 di 50).

³⁹ Faremo riferimento, per quanto segue, soprattutto alla chiarissima esposizione che si legge in DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., specialmente 540 ss.

⁴⁰ Ad es., il diritto del creditore ipotecario di soddisfarsi con preferenza sul ricavato della vendita del bene ipotecato; o il diritto del creditore munito di privilegio generale di soddisfarsi sul ricavato della vendita dei beni mobili ricompresi nel patrimonio del debitore.

Questo nuovo schema si è andato delineando (*progressivamente*) nella disciplina del concordato preventivo (e, in particolare, del concordato detto appunto *in continuità*, al quale il legislatore sembra ormai riservare tendenzialmente l'utilizzo dell'istituto concordatario⁴¹). I modi attraverso i quali viene compresso il diritto dei creditori (privilegiati) allo scopo di rendere possibile (e favorire) la *continuità aziendale* sono diversi.

Resta ferma la regola (oggi ribadita dall'art. 84, comma 5, CCII) secondo la quale i creditori "garantiti" non possono essere soddisfatti in misura inferiore a quella realizzabile col ricavato della liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione⁴² (mentre l'importo del credito che non trovi capienza in questo ricavato⁴³ sarà considerato, e trattato, come credito chirografario). Epperò, a questa regola se ne affiancano altre – che appaiono funzionali (se non indispensabili e, si direbbe quasi, coesenziali) all'obiettivo della continuità aziendale – che comprimono fortemente il diritto dei creditori "privilegiati".

E, invero, il pagamento *immediato* dei crediti assistiti da una causa di prelazione su beni aziendali presupporrebbe la liquidazione *anch'essa immediata* dei beni su cui insiste la garanzia (*a meno che il debitore non trovi altrimenti le risorse per soddisfare i creditori privilegiati*; ipotesi, il più delle volte, del tutto irrealistica). Ma, se questo è compatibile con una procedura "liquidatoria", si pone invece in contrasto con una procedura che pre-

⁴¹ Non è esclusa l'utilizzazione del concordato a scopi meramente liquidatori, ma questa utilizzazione (che presuppone implicitamente l'insussistenza delle condizioni per la continuità aziendale) viene, per così dire, "scoraggiata" (ritenendosi che la funzione meramente "liquidatoria" sia da affidare tendenzialmente alla procedura del fallimento, oggi liquidazione giudiziale) ponendo al creditore che chieda di accedervi dei "vincoli" piuttosto stringenti (previsione di soddisfacimento dei creditori chirografari in misura pari almeno al 20%; apporto di risorse "esterne" idonee ad aumentare l'attivo distribuibile di almeno il 10%).

⁴² Addirittura, nella versione originaria della legge fallimentare del 1942, la regola del pagamento integrale dei debitori privilegiati (come condizione per poter procedere al *successivo* pagamento dei creditori chirografari) veniva rapportata all'intero patrimonio del debitore (e non limitata alla "capienza" dei beni su cui insisteva la prelazione), sicché non poteva in assoluto procedersi al pagamento dei creditori chirografari se non dopo aver soddisfatto (*integralmente*) i creditori "privilegiati". Il che implicava che il debitore (in caso di "insufficienza" del patrimonio dell'impresa), per accedere al concordato, avrebbe dovuto procurarsi sia le somme necessarie per il suddetto pagamento integrale dei creditori privilegiati, sia quelle necessarie per raggiungere la soglia di soddisfacimento minimo dei creditori chirografari (soglia fissata al 40% del credito).

Sottolinea che questa soluzione (dell'originaria legge fallimentare) era diversa dalla regola stabilita dal codice civile (alla quale è ritornato il legislatore in sede di riforma della legge fallimentare, e, poi, nel CCII), DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 543.

⁴³ È il caso di precisare che il "valore di liquidazione" dei beni su cui insiste una garanzia corrisponde al valore di mercato, quale stimato al momento della presentazione della domanda di concordato. Se questo valore è inferiore alla entità del credito garantito, per la parte "incapiente" il credito sarà considerato (e trattato, anzitutto ai fini del diritto di voto) come un credito "chirografario". L'ipotesi potrebbe verificarsi soprattutto per i creditori ipotecari di grado successivo al primo (mentre è difficile che il creditore ipotecario di primo grado risulti "incapiente", attesa fra l'altro la prassi di iscrivere ipoteca su beni di valore superiore all'entità del credito garantito).

veda la *continuità aziendale*, in particolare quando il bene che dovrebbe essere sottoposto a liquidazione (ossia a vendita) sia un bene essenziale per lo svolgimento dell'attività produttiva (si pensi, ad es., all'immobile o al capannone industriale nel quale si svolge la produzione).

Di qui l'introduzione nella vecchia L. fall. – già ad opera del d.l. n. 83/2012 (conv. nella L. 134/2012) – di un art. 186-*bis* dedicato proprio al “concordato con continuità”, che al comma 2 lett. c) stabiliva che il piano concordatario può in tal caso prevedere una *moratoria sino ad un anno* dall'omologazione (poi aumentato a *due anni* dal d.l. 118/2021, conv. nella L. 147/2021) per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Arriviamo così al CCII, che alla moratoria (nel concordato in continuità) dedica un autonomo articolo (l'art. 86), il quale *non contiene più alcuna specifica limitazione temporale* alla moratoria del pagamento dei debiti nei confronti dei creditori privilegiati⁴⁴ (salvo per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751-*bis* n. 1 c.c., per i quali può essere prevista una moratoria per il pagamento solo sino a sei mesi dall'omologazione del concordato).

Naturalmente, i creditori “privilegiati” non perdono (a seguito della moratoria) il diritto di prelazione sul *ricavato della liquidazione* del bene⁴⁵, diritto che essi potranno esercitare pienamente (e in via, per così dire assoluta, *se e quando questa liquidazione avrà luogo*, e sempreché, a quel momento, residuerà ancora un loro credito⁴⁶). Moratoria non

⁴⁴ I creditori per i quali sia prevista la moratoria hanno diritto di voto con riferimento (si ritiene) all'intero ammontare del loro credito.

Non è stato riprodotta nella versione finale dell'art. 86 CCII la disposizione (quale era stata prevista, da ultimo, dal d.lgs. n. 14/2020, che aveva esteso la moratoria a due anni) secondo la quale “Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza tra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso di sconto previsto dall'art. 5 del d.lgs. 9-10-2002 n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo”.

⁴⁵ Cfr. art. 109, comma 5, CCII, ai sensi del quale “... I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, *entro centottanta giorni dall'omologazione*, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. (...) Se non ricorrono [queste] condizioni i creditori muniti di diritti di prelazione voltano e, per la parte incapiente sono inseriti in una classe distinta”.

⁴⁶ È possibile che il piano preveda, accanto alla continuità dell'attività di impresa, la liquidazione di *assets* non strategici (e, comunque, non essenziali a detta continuazione). In tal caso – se si tratta di beni su cui uno o più creditori vantano diritti di prelazione – il ricavato della liquidazione deve essere *integralmente* destinato a detti creditori (fino a concorrenza del credito).

Qualora invece non sia prevista (neanche parzialmente) la liquidazione (immediata) di *assets* aziendali, fermo restando che il “valore di liquidazione” di detti *assets* è comunque riservato ai creditori “prelatizi”, sino a quando detta liquidazione non si verificherà, il pagamento di questi cre-

significa, peraltro, sospensione del pagamento, ma solo deroga alla regola dell'immediata esigibilità del(l'intero) credito scaduto⁴⁷, e soprattutto della possibilità di ricorso, per ottenere tale pagamento, alla vendita forzata dei beni del debitore, in particolare nella forma della liquidazione giudiziale. In altre parole, il piano concordatario *in continuità* che preveda una moratoria non può semplicemente prevedere lo spostamento in avanti del termine di adempimento del debito, ma *deve* prevedere altresì che la continuità dell'attività economica generi dei flussi economici (ciò che giustifica l'esclusione della messa in liquidazione dell'impresa) e che questi flussi *siano destinati* al (miglior) soddisfacimento dei creditori in un arco temporale ragionevole. È su queste previsioni che si gioca l'*approvazione* (da parte dei creditori) di un piano concordatario in continuità, tenendo presente peraltro che le posizioni dei creditori sono naturalmente differenziate. Ad es., i creditori muniti di un titolo di prelazione (o, almeno, alcuni di essi) potrebbero essere propensi (o più favorevoli) ad una liquidazione immediata, se il rimborso dei loro crediti *con i flussi derivanti dalla continuità aziendale* non sia tale da apparire più conveniente (sia dal punto di vista quantitativo che dal punto di vista dei tempi previsti) rispetto all'alternativa di una liquidazione (più o meno rapida) di tali beni. Rispetto a questi creditori il debitore ha l'onere, pertanto, di approntare un piano di rientro dal debito credibile, *ragionevole nella tempistica e conveniente* (nel senso appena precisato). Ma anche i creditori chirografari (che *tendenzialmente* hanno minori aspettative da una liquidazione del patrimonio del debitore, specie se esistono crediti muniti di titoli di prelazione) potrebbero comunque preferire una liquidazione immediata ad una proposta di (concordato con) continuazione della attività di impresa, specie se i proventi di questa continuazione non andassero (neanche in parte) a ripianare il debito pregresso nei loro confronti.

Risiede in queste considerazioni la *ratio* di una delle novità contenute nel CCII, con riferimento al concordato in continuità. Il debitore che propone tale concordato deve, naturalmente, continuare a prevedere che i flussi di reddito generati dal piano (di risanamento e ristrutturazione aziendale) siano a servizio (anzitutto) del pagamento dei debiti nei confronti di creditori "prelatizi", ma non è più vincolato (come accadeva prima) a destinare *esclusivamente* a tali creditori i suddetti flussi sino al sino al soddisfacimento di tali crediti (che, in ipotesi, troverebbero capienza nel "valore di liquidazione" dei beni su cui insiste la prelazione). Come, infatti, sancisce adesso il 2° comma dell'art. 112 CCII tali proventi (costituenti – come si esprime la norma la norma – il "valore eccedente quello di liquidazione") possono essere distribuiti *anche senza rispettare l'ordine delle cause di prelazione* (e il concordato può essere omologato, nonostante il dissenso di una o più classi) purché "i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un

ditori (come anche di eventuali altri non titolari di diritti di prelazione) non potrà che avvenire attraverso i flussi reddituali che la prosecuzione dell'attività di impresa sarà in grado di generare.

⁴⁷ O che tale deve considerarsi *ex art. 1186 c.c.*

trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole di quello delle classi inferiori” (regola c.d. della “*priorità relativa*”)⁴⁸.

Ciò rende possibile prevedere la destinazione anche ai creditori chirografari (ad es., a classi di creditori chirografari considerati “strategici”), oppure ai soci dell’impresa che prosegue l’attività (soggetti che potrebbero essere disincentivati ad un coinvolgimento in detta continuazione, qualora tutti i risultati utili della stessa andassero a coprire i debiti pregressi) di parte dei proventi della continuità aziendale⁴⁹: ad es., si potrebbe prevedere che l’utile di 800.000 euro che si prevede di generare nell’arco della durata del piano, in ipotesi fissata in 5 anni, sia destinato per il 45% al rimborso di creditori ipotecari (che riceverebbero, quindi, complessivamente, 360.000 euro⁵⁰), per il 30 % al rimborso di creditori assistiti da privilegio generale (che riceverebbero, quindi, complessivamente, 240.000 euro⁵¹) e per il residuo 25% (pari a 200.000 euro) a favore dei creditori concordatari chirografari ed eventualmente dei soci.

Orbene, il PRO può rendere possibile “pianificare” (ossia inserire nel Piano) una distribuzione del ricavato della continuità aziendale *che non rispetti neanche la “priorità relativa”*, che, invece, deve essere osservata (per quanto appena detto) nel piano concordatario in continuità (ad es. si potrebbe riservare ai fornitori chirografari “strategici” una percentuale di soddisfacimento dei loro crediti pregressi superiore a quella prevista per i creditori muniti di prelazione; oppure – sempre in vista di favorire il processo di “rilancio” dell’attività d’impresa – si potrebbe prevedere una “remunerazione” dei soci, che accettino ad es. di ricapitalizzare la società, per coinvolgerli maggiormente nel progetto di continuità aziendale e nel piano di risanamento dell’impresa). Il “contrappeso” di questo (ulteriore) “sacrificio”, che verrebbe imposto ai creditori con prelazione, è costituito peraltro dalla necessità che il PRO riscuota l’approvazione *da parte di tutte le classi*, per il che detto strumento sarà praticabile solo se il debitore/imprenditore possa concretamente confidare nel consenso anche dei creditori “prelazionari” (che devono convincersi che, dall’attuazione del piano – che pur sacri-

⁴⁸ Cfr., nell’ampia letteratura che si è formata su questo tema, il saggio di PERRINO, “*Relative priority rule*” e *diritti dei soci nel concordato preventivo in continuità*, in www.dirittodellacrisi.it (12 dicembre 2022), cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

Si veda anche LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla “distribuzione” del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in www.dirittodellacrisi.it (25 febbraio 2022).

⁴⁹ È appena il caso di sottolineare che si parla qui di una destinazione (nel piano) al pagamento di crediti *anteriori* alla presentazione della domanda di concordato (in continuità). Per i crediti che sorgano successivamente, e a seguito di detta continuazione, vale la regola della prededucibilità (v. art. 6, comma 1, lett *d* CCII, laddove inserisce tra i crediti prededucibili quelli sorti “durante le procedure concorsuali ... per la continuazione dell’esercizio dell’impresa”).

⁵⁰ Ammontare, in ipotesi, non inferiore a quello che tali creditori potrebbero ottenere dalla ripartizione del ricavato della vendita del bene su cui insiste la loro ipoteca.

⁵¹ Anche in questo caso si ipotizza che detto ammontare non sia inferiore a quanto tali creditori riceverebbero dalla ripartizione del ricavato della vendita dei beni su cui hanno privilegio generale.

fica, momentaneamente e in senso relativo, i loro interessi – scaturirà un soddisfacimento *finale* dei loro crediti, superiore a quello che potrebbero ottenere da una liquidazione, più o meno immediata, degli *assets* sul ricavato dei quali essi vantano un diritto di prelazione).

Ai fini del discorso che si sta qui conducendo, quel che importa sottolineare è – comunque – che il valore della continuità aziendale, ancora una volta, risulta assunto ad elemento che giustifica una (profonda) deroga ad uno dei principi più “consolidati” della nostra tradizione giuridica (sia con riferimento al codice civile, che con riferimento al diritto delle procedure concorsuali), vale a dire il principio del rispetto delle cause di prelazione e del loro “ordine”.

6. Uno sguardo di sintesi: la “continuità aziendale” come valore che giustifica la (relativa) compressione dei diritti dei (singoli) creditori, e orienta i comportamenti del debitore e l’esercizio delle prerogative che gli sono riconosciute. La “ricommercializzazione” del diritto delle obbligazioni e dei contratti in presenza di un debitore/imprenditore

Se si volesse, a questo punto, tentare una sintesi delle cose sin qui dette, si potrebbe forse affermare che – dal punto di vista di chi osservi le regole del rapporto obbligatorio nelle procedure di “ristrutturazione” (del debito) disciplinate dal CCII – emerge una (relativa) compressione dei diritti del singolo creditore, che vengono in varia misura (e attraverso vari meccanismi) “sacrificati” in funzione dell’obiettivo di evitare l’evolvere della situazione di “crisi” in una situazione (definitiva) di “insolvenza”, e sottostanno (sia pure entro certi limiti, e con la previsione di più o meno incisivi “contrappesi”) a questa esigenza “finalistica”, che impone di considerare il singolo rapporto obbligatorio nel contesto della *complessiva situazione debitoria* dell’impresa, che deve ritrovare un equilibrio “finanziario” per poter continuare ad operare sul mercato⁵².

Si tratta – come detto – di una compressione (solo) *relativa*, che si sbaglierebbe, forse, a descrivere ponendole come contraltare una corrispondente (o correlativa) espansione dei *poteri del debitore*, non solo perché è lui il soggetto in “difficoltà” finanziaria ed economica (e, dunque, bisognoso di trovare una soluzione alla situazione di “pre-crisi” in cui versa), ma soprattutto perché la “finalizzazione” alle esigenze della “continuità aziendale” coinvolge

⁵² Come già accennato, le esigenze (di assicurare l’obiettivo) della “continuità” aziendale sono alla base anche delle “misure cautelari e protettive”, che comprimono certamente i diritti di autotutela dei creditori.

Sempre tali esigenze giustificano altresì i “poteri” che vengono riconosciuti al debitore circa la sorte dei contratti pendenti: poteri che riguardano non soltanto l’eventuale scelta di *far cessare* quei contratti che non sono funzionali all’obiettivo del risanamento, ma anche quello di provocarne una modificazione attraverso una “rinegoziazione” nella discussione sulla quale i creditori hanno l’obbligo di comportarsi secondo buona fede (invece, nella liquidazione giudiziale i poteri del curatore si limitano semplicemente alla scelta se subentrare nel contratto o provocarne la cessazione).

anche (e, si direbbe, principalmente) i suoi comportamenti, e non solo quelli dei creditori⁵³. Si aggiunga che, nelle procedure di “ristrutturazione” del debito (salvo quanto si dirà subito *infra* per il concordato) domina la *negozialità*, e dunque la possibilità per il singolo creditore di non accettare le “proposte” provenienti dal debitore (ma abbiamo visto come anche questa possibilità è suscettibile di essere sacrificata nel caso di accordi di ristrutturazione *ad efficacia estesa*), sottraendosi almeno alle più drastiche conseguenze che quelle proposte potrebbero comportare sul terreno della soddisfazione del credito (ma subendo, comunque, gli effetti di eventuali “misure cautelari e protettive”, oltre che la esenzione dalla revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione del piano⁵⁴).

La situazione è destinata a cambiare – sia per i singoli creditori che per il debitore – quando, dalla situazione di “pre-crisi” (che riguarda pur sempre un creditore ancora *in bonis*) si trascorra ad una situazione conclamata di “crisi” o addirittura di (irreversibile) insolvenza. Qui, l’alterazione delle regole del rapporto obbligatorio (considerato nella dimensione “atomistica” della singola relazione tra un debitore e un creditore) diventa più incisiva, e risulta sostanzialmente determinata dalle *regole della concorsualità*. Non solo il (singolo) creditore perde, come tale, il potere di governo della specifica relazione obbligatoria (di cui pur continua ad essere la c.d. “parte attiva”), dovendo sottostare alle deliberazioni della maggioranza (v. quanto succede nel concordato preventivo), ma lo stesso debitore è obbligato a gestire la propria azienda (se è stata attivata una procedura di concordato con continuità) *nel prevalente interesse dei creditori* (divenuti virtualmente – secondo una suggestiva formula – i “padroni” dell’azienda), e restando vincolato ai termini della proposta concordataria (e del piano) dagli stessi creditori approvata ed omologata dal Tribunale.

Ma, mentre l’alterazione della disciplina del rapporto obbligatorio “di diritto comune” che si verifica nell’ambito di una procedura “concorsuale” è scontata, il dato nuovo offerto la disciplina del CCII (preceduta – in parte – da alcuni interventi di “manutenzione straordinaria”, cui era stata sottoposta la vecchia Legge fallimentare, a partire dalla rifor-

⁵³ È ben vero che la “riduzione” dei poteri dei singoli creditori in funzione dell’obiettivo del risanamento dell’azienda e della sua continuità (obiettivo che – *specie per i creditori maggiori*, come le banche, pur dotati solitamente di “garanzie” specifiche che rafforzano il proprio credito – può presentarsi come un obiettivo da condividere, e comunque da *preferire* a quello della liquidazione giudiziale) – aumenta il *potere di fatto* del debitore (*specie per i vantaggi* che l’ordinamento accorda a soluzioni che assicurino ragionevolmente, o quanto meno assecondino, un percorso di risanamento: esenzione dalla revocatoria, prededucibilità di alcuni crediti, etc.), ma è anche vero che questo *potere di fatto* dipende molto dalla *reale capacità* del debitore/imprenditore di un progetto di ristrutturazione del debito e (più in generale) un “piano industriale”, che siano “sostenibili” ed effettivamente in grado di avviare un processo di risanamento aziendale.

⁵⁴ Si potrebbe dire che l’esenzione dalla revocatoria finisce comunque per “collettivizzare” il *rischio* del mancato successo del piano di risanamento, riflettendosi anche sulla posizione dei creditori che non vi hanno aderito e che potrebbero risentire degli effetti di tale insuccesso sulla soddisfazione (anche) del loro credito, senza avere la possibilità di rendere inefficaci nei propri confronti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano.

me del 2005-2006) è costituito, come più volte abbiamo avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, da una serie di disposizioni che modificano le “regole del gioco” del rapporto obbligatorio (di diritto comune) anche al di fuori di una procedura *stricto sensu* “concorsuale”. Queste disposizioni (nell’ambito di procedure dominate dalla c.d. “negozialità”, e quindi basate sull’autonomia privata, sebbene senza escludere del tutto l’intervento giudiziale, in funzione soprattutto di “controllo” del corretto uso degli strumenti di “ristrutturazione del debito”), come si è visto, attribuiscono al “debitore”/imprenditore – in uno con incisivi (e specifici) doveri di diligenza e correttezza (clausole generali, che – per la prima volta – ricevono in quest’ambito un così ampio richiamo, e, soprattutto, una così pervasiva “concretizzazione” legislativa⁵⁵) – prerogative inedite (se si ha in mente il rapporto obbligatorio “di diritto comune”) sul piano del “governo” del rapporto obbligatorio. È bensì vero che si tratta di prerogative “funzionalizzate” – nella misura in cui è necessario che esse siano preordinate al *risanamento* dell’impresa, e si palesino come “credibili” e “ragionevoli” (in vista del perseguimento del predetto obiettivo)⁵⁶; ed è anche vero che non si tratta (quasi

⁵⁵ È il caso di osservare che entrambe le clausole generali di “diligenza” e buona fede” vengono “concretizzate” dalla normativa in esame in maniera sicuramente più “pregante” di quanto non accada (o possa ipotizzarsi) nel rapporto obbligatorio “di diritto comune”.

La *diligenza* nell’adempimento (che qui è, evidentemente, la diligenza di cui al 2° comma dell’art. 1176 c.c.) richiede al debitore/imprenditore di adottare comportamenti non soltanto idonei ad assicurare l’esatto adempimento del singolo rapporto obbligatorio (isolatamente considerato), ma anche a preservare il *complessivo* equilibrio economico-finanziario dell’impresa, intervenendo tempestivamente al fine di evitare che situazioni di difficoltà possano evolvere in direzione di una crisi conclamata o di una vera e propria insolvenza.

Quanto alla *buona fede* – a parte la sua “concretizzazione” con riferimento alla posizione debitoria (basti pensare ai penetranti “obblighi di informazione” che vengono imposti al debitore/imprenditore nei confronti dei creditori che egli intenda coinvolgere in una operazione di “ristrutturazione del debito”, obblighi che si sostanziano in una completa *disclosure* circa la situazione economico-patrimoniale dell’impresa debitrice) – viene in rilievo soprattutto la concretizzazione che ne viene fatta (dal legislatore) con riferimento alla posizione creditoria. In questo caso viene decisamente superata la tradizionale “nozione” (giurisprudenziale) di buona fede come “atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli obblighi specifici scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che *senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico* risultino idonei a salvaguardare *gli interessi dell’altra parte*” (cfr., ad es., Cass. 22.11.2000, n. 15066; Cass. 11.1.2006, n. 264; Cass. 7.6.2006, n. 13345). Nel CCII la “buona fede” richiesta ai creditori (che vengano “coinvolti”, ad es., in una procedura di composizione negoziata della crisi, o in un accordo di ristrutturazione), proprio perché finalizzata (e giustificata) non tanto dalla “salvaguardia degli interessi dell’altra parte” (ossia del debitore) quanto dell’interesse (“oggettivo”, e, per così dire, “collettivo”) al risanamento dell’impresa e alla preservazione della continuità aziendale, finisce per poter comportare anche un “sacrificio” degli interessi patrimoniali del singolo creditore (si pensi all’ “obbligo” di rinegoziare previsto dalla disciplina della composizione negoziata della crisi).

⁵⁶ Requisiti alla verifica dei quali sono preordinati (sovente) sia l’intervento di un professionista “attestatore” (si pensi, ad es., alla figura dell’ “esperto”, nella procedura di composizione negoziata della crisi), sia il controllo del giudice (ad es., sulla correttezza della formazione delle classi nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione).

mai) di prerogative di tipo “potestativo”, il cui esercizio ponga i creditori in una posizione di mera “soggezione”⁵⁷; ma – ciò riconosciuto – resta il fatto che la posizione del debitore/imprenditore risulta arricchita di una serie di “poteri” del tutto sconosciuti alla tradizionale teoria del rapporto obbligatorio⁵⁸.

Si tratta di “poteri” – anche questo è stato più volte evidenziato nelle pagine che precedono – che non tutelano l’interesse del debitore *come tale* (ossia come semplice debitore), ma sono piuttosto preordinati alla tutela *dell’impresa come debitore*, e più esattamente alla tutela dell’interesse (che non è solo dell’imprenditore/debitore, ma anche di altri soggetti: si pensi ai lavoratori) – che potrebbe dirsi collettivo, se non generale – alla salvaguardia del *valore economico-sociale* rappresentato dall’impresa e dalla continuazione della sua attività (quando ciò sia ragionevolmente possibile).

Un interesse che – in un certo senso – si potrebbe qualificare come “impersonale” (perché non si identifica con l’interesse *individuale* del debitore stesso, o dei singoli creditori considerati *uti singuli*), e, se si vuole, “oggettivo”.

Un interesse che comunque si rivela capace di aggregare – alla luce della funzione/obiettivo della “continuità aziendale” – uno statuto normativo, che incide fortemente sulla struttura tradizionale del rapporto obbligatorio e della responsabilità patrimoniale, oltreché su fondamentali principi del diritto contrattuale⁵⁹.

Si potrebbe parlare – in questo senso – di una “ricommercializzazione” del diritto delle obbligazioni (e, sia pure in misura minore, del diritto dei contratti), che si muove, per così dire, in direzione opposta rispetto a quell’opera di “unificazione” delle regole di questi due settori dell’ordinamento, cui aveva dato luogo la codificazione civile del 1942 (con l’abolizione e l’assorbimento nel suo ambito del diritto “particolare” che il vecchio codice di commercio riservava – in materia di obbligazioni e contratti – ai rapporti instaurati da un “commerciante”).

Non si tratta, tuttavia, di un ritorno al passato. Se il codice di commercio rafforzava la posizione del “commerciante” *come creditore* (ad es. tutelando la stabilità del vincolo con-

⁵⁷ V. anche la nota precedente,

⁵⁸ Nella quale le posizioni c.d. “attive” solitamente riconosciute al debitore attengono, più che altro, alla pretesa che il creditore ponga in essere l’attività di “cooperazione” necessaria per consentire l’adempimento (o l’esatto adempimento) dell’obbligazione.

Anche la pretesa del debitore ad un (più generale ed ampio) comportamento *di buona fede* da parte del creditore nell’esercizio del suo diritto di credito (art. 1175 c.c.) non si spinge mai – secondo il “diritto comune” del rapporto obbligatorio – sino al punto da legittimare richieste di dilazione nell’adempimento o di rinegoziazione di contratti di durata, imposizioni (sia pur richiedenti un provvedimento giurisdizionale) di “misure protettive” che inibiscano i poteri di “autotutela” di cui il creditore normalmente dispone, limitazioni alla possibilità del creditore di esercitare azioni a tutela della “garanzia patrimoniale generica” (leggi: esenzioni del debitore dall’azione revocatoria), possibilità di alterare la *par condicio creditorum* o, addirittura, di non tener conto (sia pure entro certi limiti) dell’ordine delle prelazioni che assistono il credito; e così via.

⁵⁹ Si ricordino – *inter alia* – le deroghe agli artt. 1372 e 1411 c.c., espressamente menzionate nella disciplina degli “accordi di ristrutturazione”.

trattuale, spesso incrinata dall'impostazione volontaristica delle regole del codice civile), le nuove norme rafforzano (sia pure nei termini, e con i limiti, sopra visti) soprattutto la posizione *del debitore*. Ma, quel che più importa sottolineare (o ribadire) è che questo rafforzamento riguarda – come già detto – *l'impresa*, intesa come *valore economico-sociale oggettivo* che merita di essere (fino a quando è possibile) preservato e mantenuto, anche attraverso il sacrificio dei singoli creditori (sia pure con una serie di garanzie e di bilanciamenti).

In tal senso può dirsi che il nuovo CCII consacra definitivamente *l'impresa* come istituto centrale nel sistema del Codice civile, tale da imporsi non soltanto sulla proprietà (e quindi sull'istituto-principe del Libro III) ma anche sulle tradizionali regole dell'obbligazione (consacrate nel Libro IV).

E, forse, è giunto veramente il momento di ripensare a fondo l'impostazione degli studi civilistici sull'obbligazione, con la consapevolezza che il metodo "astratto" seguito dal legislatore del 1942 – che ha preteso di dettare una disciplina "generale" e "unitaria" del rapporto obbligatorio, indifferente in particolare (oltre che alla "fonte" di tale rapporto, anche) alla "qualità soggettiva" dei suoi protagonisti – è stato ormai, di fatto, superato dallo stesso legislatore⁶⁰, e non costituisce più un criterio adeguato a dare "sistemazione" a questo settore fondamentale del diritto privato.

ABSTRACT

Il saggio sviluppa l'idea secondo cui – specie alla luce delle regole contenute nel C.C.I.I. – il rapporto obbligatorio assume una connotazione alquanto diversa nei casi in cui il debitore sia un imprenditore (commerciale), anziché un debitore "civile". Il valore della c.d. "continuità aziendale" incide fortemente sulla disciplina, limitando la tutela dei singoli creditori, rispetto a quella prevista dal codice civile.

Ciò determina – a parere dell'autore – un fenomeno di "ricommercializzazione" del diritto delle obbligazioni e dei contratti, e impone di ripensare la scelta "unitaria" effettuata dal codice civile del 1942.

The view is advanced in the essay that – particularly after the rules lately introduced in the C.C.I.I. – the debtor-creditor relationship is to some extent differently regulated according to whether the debtor is merely a private individual or rather a commercial entity. The value of "business continuity" profoundly shapes the legal rules concerned, limiting somehow the protection private creditors are usually granted under the civil code.

Thus, the author argues, we are confronted again in the law of obligation with the ancient duality between the code of commerce and the civil code, which requires us to rethink the "unitary" choice made by legislators in 1942.

⁶⁰ Un superamento – come già ricordato – vi è già stato, anche nel campo del diritto delle obbligazioni, con la normativa in materia di "contratti dei consumatori".