



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

RICERCA

DOCUMENTO

LA CONTINUA EVOLUZIONE DEL DIRITTO CONCORSUALE: UNA NUOVA PROPOSTA DI DIRETTIVA UE

AREA DI DELEGA CNDCEC

Gestione della crisi d'impresa e
procedure concorsuali

CONSIGLIERI DELEGATI

Cristina Marrone
Pierpaolo Sanna

COMMISSIONE DI STUDIO CNDCEC

Insolvenza internazionale

PRESIDENTE

Michele D'Apolito

29 NOVEMBRE 2024

DOCUMENTO

La continua evoluzione del diritto concorsuale:
una nuova proposta di direttiva UE



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**

RICERCA

Area di delega “Gestione della crisi d’impresa e procedure concorsuali”

Commissione di studio “Insolvenza internazionale”

Consiglieri CNDCEC delegati

Cristina Marrone
Pierpaolo Sanna

Presidente

Michele D’Apolito

A cura di

Michele D’Apolito
Gualtiero Bertella
Giovanni Casartelli
Vincenzo Cristarella
Vincenzo Di Paolo
Davide Fico
Massimiliano Fiora

Fabio Iodice
Rossella Magini
Mario Mariano
Cesare Marullo
Roberto Rizzo
Daniela Savi
Graziano Serpico

Con la collaborazione di

Cristina Bauco – *Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti*



Sommario

INTRODUZIONE	4
1. PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE SEMPLIFICATA PER LE MICROIMPRESE	9
1.1. Requisiti di accesso e ambito di applicazione della liquidazione semplificata per le microimprese	9
1.2. Soggetti legittimati a richiedere l'apertura della procedura	11
1.3. Individuazione dell'Autorità competente per la richiesta di apertura della procedura	12
1.4. Modalità e termini di presentazione della domanda	13
1.5. Il mancato spossessamento dei beni e la continuità di gestione del debitore	14
1.6. L'accertamento del passivo e l'ammissione dei crediti	16
1.7. La ricostruzione dell'attivo	18
1.8. Le modalità di liquidazione dell'attivo	19
1.9. L'ipotesi di azioni revocatorie nelle procedure semplificate	19
1.10. La chiusura della procedura	22
1.11. La procedura di esdebitazione	23
1.12. La nomina del comitato dei creditori e il suo funzionamento	24
1.13. Sovrapposizione della nuova procedura con liquidazione controllata e liquidazione giudiziale	26
2. L'AMMINISTRAZIONE PRECONFEZIONATA – IL C.D. PRE-PACK	29
2.1. Inquadramento dell'istituto	29
2.2. Ambito di applicazione	30
2.3. Il debitore	31
2.4. L'organo giurisdizionale	32
2.5. Il commissario	32
2.6. Fase di preparazione e fase di liquidazione	34
2.7. Tutela degli interessi dei creditori	35
2.8. Svantaggi	37
2.9.1. Confronto con l'attuale composizione negoziata	39



3. LA REVISIONE DEI PRINCIPI CHE GOVERNANO LA DEFINIZIONE DEGLI ATTI PREGIUDIZIEVOLI	41
3.1. I comportamenti omissivi quali pregiudizievoli della massa	41
3.2. L'obbligo degli amministratori di ricorso tempestivo alle procedure di insolvenza	43
3.3. Le conseguenze	45



Introduzione

Il diritto concorsuale è in continuo movimento e assestamento, alla ricerca delle più efficaci modalità di approccio alla variegata realtà economica che deve preservare e regolare.

Tale continuo sforzo di adattamento ha creato negli ultimi due decenni un profluvio di nuove norme, spesso seguite a breve distanza da correttivi che ne controvertavano in qualche modo lo spirito, messo a dura prova dalla constatazione di inefficacia o impraticabilità al mondo economico e produttivo di taluni rimedi.

A tale panorama italiano, allargando lo sguardo, si è negli anni accompagnata la constatazione di un necessario crescente coordinamento europeo di queste tematiche, di forte impatto sul sistema economico unionale.

Ciò ha creato il presupposto per l'introduzione di una nuova Proposta di direttiva¹, quale reiterato tentativo della Commissione UE di operare un fine tuning che risolva la distonia tra il sistema economico, sempre più integrato negli scambi tra imprese che operano in diversi Stati membri e i singoli sistemi legislativi nazionali di regolamentazione dei rapporti economici sottostanti.

Le significative differenze nelle normative specificamente applicabili e nelle prassi generalmente riconosciute nei vari sistemi concorsuali degli Stati europei generano fattori di sfiducia e rigidità per l'attrazione di investimenti e anche nello spostamento di risorse da un paese all'altro o anche, ma non in subordine, nell'acquisire partecipazioni in attività straniere. I diversi fattori che influenzano le decisioni di investimento tra cui, *inter alia*, i termini di durata e le condizioni di buon esito delle procedure, devono pertanto essere debitamente tenuti in considerazione per una corretta valutazione critica circa le diverse misure di insolvenza, ristrutturazione e risanamento.

Tali problematiche e criticità di valutazione generano effetti avversi sulla reale ed effettiva libertà di stabilimento e sull'uniformità del tessuto produttivo dell'Unione Europea, aspetti che la Commissione Europea considera di fondamentale importanza.

Risulta di tutta evidenza che la nascita di nuove attività economiche, nelle varie forme previste dagli ordinamenti interni, rappresenta uno degli elementi cardine su cui poggia il sistema del mercato interno dell'Unione Europea e il maggior fattore di propulsione che ne alimentano il suo costante evolversi; non si può quindi non considerare che le differenze normative nelle varie aree della crisi e dell'insolvenza possono distorcere e pesantemente condizionare le decisioni imprenditoriali all'interno dell'Unione.

È parimenti chiaro che, volendo favorire, o quantomeno non ostacolare, la creazione di imprese che operano stabilmente oltre i confini nazionali, è necessario appianare le differenze normative in materia di crisi e insolvenza che possono influenzare negativamente le decisioni imprenditoriali.

¹ Si tratta della Proposta di direttiva della Commissione Europea, del 7 dicembre 2022, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza.



L'esistenza di tali differenze normative può portare, infatti, a dislocazione di aziende verso Stati membri con normative concorsuali più favorevoli e rischi di instabilità economica causati da fallimenti mal gestiti in altri paesi dell'Unione.

Lo scopo del presente documento è dunque quello di fornire una riflessione sulle tendenze in atto a livello europeo rispetto al diritto della crisi: quali sono gli ambiti che si intende maggiormente regolamentare e potenziare? Con quali strumenti? Che tipo di ricadute sul nostro sistema normativo domestico avrà il recepimento – se e quando avverrà – di tali proposte?

Nelle pagine seguenti, a queste domande si cercherà di fornire alcune risposte e fare qualche riflessione, partendo dall'analisi della Proposta di direttiva COM/2022/702 (c.d. Direttiva Insolvency III), che segue il Regolamento 848/2015 e la Direttiva (UE)1023/2019 (c.d. Direttiva Insolvency).

Il Regolamento 848/2015 è stato introdotto con l'obiettivo di risolvere i conflitti potenziali tra gli Stati membri dell'UE riguardo l'avvio delle procedure di insolvenza e la determinazione della legge applicabile. Inoltre, mirava a garantire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni adottate dalle autorità giurisdizionali e amministrative competenti in tutta l'Unione Europea. Questo regolamento intendeva creare un quadro normativo uniforme per migliorare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di insolvenza. Tuttavia, non ha avuto un impatto rilevante sull'ordinamento giuridico italiano, poiché non ha influenzato la portata degli strumenti legislativi esistenti nel sistema legale italiano.

La Direttiva Insolvency 1023/2019, come è noto, ha introdotto cambiamenti rilevanti nel nostro sistema normativo, concentrando il proprio perimetro di intervento sulle misure di rafforzamento delle procedure, esdebitazione e quadri di ristrutturazione preventiva all'insolvenza. La direttiva è stata inserita nel nostro ordinamento con l'approvazione del Decreto Legislativo n. 83/2022, che ha modificato il Decreto Legislativo n. 14/2019, noto come Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Attualmente, tali disposizioni sovrintendono il nostro sistema di gestione delle crisi aziendali, recentemente modificato e integrato dal d.lgs. n. 136/2024.

La Proposta di direttiva qui in commento impone al legislatore di proseguire il percorso iniziato con il Codice della Crisi, ponendo ancora di più al centro dell'attenzione la continuità aziendale, da prediligere anche nella prospettiva della più radicale liquidazione dell'impresa insolvente, all'interno della quale favorire una rapida ed efficace circolazione dell'azienda, da preservare e valorizzare per finalità sistemiche, sociali e nel migliore interesse dei creditori.

Dal 1942, la normativa riguardante le crisi d'impresa ha sempre posto al centro del proprio intervento l'imprenditore insolvente. In caso di comportamento doloso, l'imprenditore veniva escluso dal mercato, con l'intento ultimo di proteggere il sistema economico e garantire che i creditori potessero essere rimborsati, senza troppo considerare effetti e cause collaterali. La procedura prevedeva la liquidazione dei beni dell'imprenditore, operazione che veniva gestita sotto una rigorosa supervisione di natura pubblica e giudiziaria. Questa eterodirezione era volta a garantire trasparenza e correttezza nel processo, assicurando che gli interessi dei creditori fossero adeguatamente tutelati.



Progressivamente questa impostazione è radicalmente cambiata, in modo significativo già con la Direttiva 1023/2019, e la Proposta di direttiva attribuisce un grande peso alla continuità aziendale, da preservare con nuove possibili norme, che andranno recepite e metabolizzate dal nostro ordinamento.

Detti strumenti giuridici, come vedremo nelle pagine seguenti, rappresentano una valida alternativa sia all'esercizio provvisorio dell'impresa (istituto poco applicato per le note problematiche che comporta), sia all'affitto di azienda, soluzione – quest'ultima – che, seppure idonea a garantire il temporaneo *going concern*, è spesso mal vista dai potenziali acquirenti per la responsabilità solidale dei debiti nascenti da rapporti di lavoro, nonché dai liquidatori giudiziali, perché rischia di creare posizioni di privilegio per l'affittuario e vincoli alla migliore collocazione sul mercato.

La Proposta si inserisce in questo percorso, proseguendo il cammino iniziato con la Direttiva 1023/2019. Quest'ultima direttiva aveva già posto le basi per un miglioramento delle procedure di insolvenza, ma la nuova proposta va oltre, esortando gli Stati membri ad adottare soluzioni concrete e specifiche.

L'obiettivo dichiarato è aumentare l'efficacia e l'efficienza delle procedure di insolvenza, permettendo ai creditori di essere soddisfatti in modo più tempestivo e adeguato rispetto al passato, continuando ad innovare e migliorare il sistema, affinché le imprese possano essere salvate e i creditori tutelati in modo più rapido e soddisfacente.

Sintetizzando in pochi punti lo spirito della proposta in commento, si possono osservare i seguenti aspetti caratterizzanti:

- i) consentire il raggiungimento di coefficienti maggiori coefficienti di recupero in termini relativi e conseguenti maggiori risorse in senso assoluto;
- ii) ridurre gli orizzonti temporali per la gestione delle situazioni di insolvenza;
- iii) ridurre gli elementi di incertezza delle misure normative previste dall'ordinamento riducendo, al contempo, il costo dell'informativa per i soggetti coinvolti, in particolare per gli investitori transfrontalieri.

La Direttiva Insolvency 1023/2019 si era maggiormente concentrata sull'individuazione di strumenti per la precoce individuazione dei segnali di crisi, affidando la gestione delle ristrutturazioni a professionisti adeguatamente preparati, remunerati e sorvegliati, in contesti stragiudiziali, riservati e protetti.

Questa nuova proposta si focalizza su aspetti cruciali quando ormai la crisi aziendale è già conclamata e si è evoluta in insolvenza, con obiettivi fondamentali ben delineati:

- incaricare gli Stati membri a implementare procedure di liquidazione rapide, attivabili in specifiche situazioni, come le liquidazioni pre-pack e le procedure semplificate per le "microimprese". La Proposta pone una forte enfasi sulla regolamentazione delle liquidazioni pre-pack semplificate. Questo tipo di liquidazione prevede la cessione preconfezionata di un'azienda mantenendo la sua continuità operativa e realizzando il processo in tempi ragionevoli. L'idea di



- fondo è semplice e intuitiva: preservare il valore dell'azienda, che inevitabilmente si deteriora con il passare del tempo, e garantire un pagamento più rapido ai creditori rispetto ai tempi attuali;
- intervenire in fasi critiche delle procedure di insolvenza per massimizzare il valore distribuito ai creditori, includendo azioni revocatorie e responsabilità degli amministratori.
 - migliorare la supervisione sugli organi procedurali, rafforzando l'istituto del comitato dei creditori presente in molti ordinamenti.
 - applicare strumenti sviluppati dall'Unione Europea per altri scopi alle procedure di insolvenza, come le banche dati sui conti correnti e sulla proprietà effettiva di società e trust, oltre al portale e-Justice.

La proposta si articola in sette Titoli e include sessantatré considerando che non solo sintetizzano, ma forniscono importanti indicazioni per comprenderne appieno l'impatto. In questa sede ne verranno illustrati solo i punti salienti, tenendo presente che la Proposta deve ancora completare il suo *iter* di approvazione, durante il quale potrebbe subire modifiche significative.

Una volta adottata, gli Stati membri avranno due anni per integrarla nei loro ordinamenti. Pertanto, è prematuro discutere della compatibilità con il diritto concorsuale italiano attuale e delle modifiche necessarie. Per ora, è utile iniziare a familiarizzare con le dettagliate disposizioni della futura direttiva, identificandone i tratti distintivi e rapportandoli al nostro quadro normativo esistente.

A titolo d'esempio, un ambito di rilevante impatto è rappresentato dalla procedura di liquidazione semplificata delle microimprese, anche in considerazione della numerosa platea di imprese che i nuovi limiti dimensionali coinvolgerebbero.

Tale procedura andrebbe in parte a sovrapporsi all'attuale procedura di liquidazione controllata, nonché alla liquidazione giudiziale.

Dal punto di vista delle operazioni di liquidazione delle attività, è prevista la possibilità di gestione da parte del debitore, con problematiche di controllo che solo in parte paiono risolvibili con un ruolo potenziato del comitato dei creditori (che resta alquanto debole nella sua strutturazione anche in questa proposta, nonostante gli obiettivi dichiarati).

Tale procedura – se recepita dal nostro Legislatore in base ai principi enucleati nella Proposta di Direttiva – impatterà sulla attuale disciplina dell'accertamento del passivo, sulle tempistiche di liquidazione dell'attivo (notevolmente ridotte), sul ruolo del Comitato dei creditori.

Un secondo ambito, estremamente correlato ed anticipatorio del primo, è rappresentato dall'*iter* procedurale del pre-pack, ovvero dalla procedura di liquidazione accelerata dell'azienda facente capo all'impresa insolvente.

Il pre-pack dovrebbe consentire la cessione, in tutto od in parte, del complesso aziendale in continuità al miglior offerente in vista della liquidazione giudiziale, con una particolare attenzione alla sospensione delle procedure esecutive. Coerentemente collegata a questa tematica, appare la discussione sulle possibili criticità o gli elementi migliorativi delle piattaforme di vendita esistenti,



sull'applicazione delle misure protettive, sulla trasparenza delle opportunità di circolazione dei rami aziendali, sulle tempistiche concesse ai potenziali interessati ed alle tempistiche necessarie per svolgere le opportune verifiche circa la consistenza ed il valore effettivo dell'azienda in vendita.

Non sfugge come tale ambito di trattazione possa trovare una possibile sovrapposizione con gli aspetti già trattati dalla giurisprudenza in ambito di circolazione dell'azienda dell'impresa insolvente nella composizione negoziata, ovvero con alcuni aspetti del concordato semplificato di recente introduzione.

Un altro macro-tema cui la proposta devolve grandi aspettative è rappresentato dall'inasprimento delle responsabilità degli amministratori che nella Proposta hanno l'obbligo di richiedere la procedura di insolvenza laddove abbiano riscontrato le condizioni di insostenibilità delle obbligazioni entro tre mesi dal verificarsi di tale momento, nonché dalle rilevanti modifiche in ordine alle azioni revocatorie, connotate dall'ampliamento delle fattispecie revocabili in presenza di atti omissivi degli amministratori.

L'attuazione delle disposizioni della Proposta, quando l'*iter* di approvazione sarà concluso, se recepito, avrà rilevanti ripercussioni sull'attività del gestore della crisi che potrà avere più strumenti di recupero dell'attivo a mezzo di azioni revocatorie, recuperatorie o risarcitorie, dal lato di advisors e degli attestatori che dovranno rapportarsi ad un quadro di difficile comparabilità tra piani di risanamento in continuità e le concrete alternative liquidatorie, potenzialmente valorizzate dall'introduzione di questi nuovi strumenti. È inoltre interessante ragionare sull'impulso a un sempre maggiore attivismo preventivo degli amministratori e su come tale volontà si possa intersecare nel nostro sistema vigente con gli adeguati assetti di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. e di cui all'art. 3 CCII, nonché con le previsioni contenute nell'art. 2486 c.c.

Infine, va sottolineato come gli spazi di manovra dei singoli Stati membri saranno piuttosto ridotti: basti pensare che, a fronte delle settanta "riserve" od "opzioni" contenute nei trentasei articoli della Direttiva Insolvency, la Proposta ne concede solamente otto, distribuendole su ben settantatré articoli.

Appare dunque chiaro che gli obiettivi non potranno allontanarsi troppo dagli orientamenti caratterizzanti la proposta, anche se le possibili declinazioni di soluzioni legislative perseguibili saranno piuttosto ampie.



1. Procedura di liquidazione semplificata per le microimprese

Il titolo VI della Proposta di direttiva della Commissione Europea, del 7 dicembre 2022, che armonizza taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza (d'ora in avanti, Proposta di direttiva, o solo Proposta) prevede un regime di liquidazione semplificata per le imprese al di sotto di determinate soglie dimensionali (c.d. microimprese).

Come si accennerà nel prosieguo, trattasi di previsioni che potrebbero impattare su una platea molto ampia di imprese, soprattutto nel contesto italiano, notoriamente caratterizzato da una nutrita presenza di PMI. L'introduzione della liquidazione delle microimprese insolventi necessita di opportuno coordinamento con le procedure liquidatorie attualmente disciplinate nel Codice della crisi.

1.1. Requisiti di accesso e ambito di applicazione della liquidazione semplificata per le microimprese

L'art. 38 della Proposta di direttiva, che detta le norme sullo scioglimento delle microimprese, prevede espressamente che: *“Gli Stati membri provvedono affinché le microimprese, in caso di insolvenza, abbiano accesso a procedure di liquidazione semplificate conformi alle disposizioni di cui al presente titolo.*

Una microimpresa è considerata insolvente ai fini della procedura di liquidazione semplificata quando non è generalmente in grado di pagare i propri debiti alla scadenza. Gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali si ritiene che una microimpresa sia generalmente incapace di pagare i propri debiti alla scadenza e assicurano che tali condizioni siano chiare, semplici e facilmente verificabili dalla microimpresa interessata.

L'apertura e lo svolgimento della procedura di liquidazione semplificata non possono essere negati per il fatto che il debitore non dispone di beni o il suo patrimonio non è sufficiente a coprire i costi della procedura di liquidazione semplificata.

Gli Stati membri provvedono affinché i costi della procedura di liquidazione semplificata siano coperti nelle situazioni di cui al paragrafo 3”.

Preliminarmente occorre osservare che la procedura di liquidazione semplificata non è considerata in questa proposta una mera opzione, trattandosi piuttosto di una procedura obbligatoria per tutte le microimprese considerate insolventi; agli Stati membri, infatti, è rimesso unicamente il compito di fissare le condizioni per le quali si debba ritenere che una microimpresa sia generalmente incapace di pagare i propri debiti alla scadenza, lasciando ai medesimi ampia discrezionalità nel fissare i parametri secondo i quali una micro impresa debba considerarsi insolvente.

La norma di diritto comunitario sopra richiamata, che assume carattere di prevalenza rispetto al diritto interno, affida, si è detto, agli Stati membri la disciplina sui parametri dell'insolvenza. Occorre pertanto esaminare accanto alla direttiva UE che, si ribadisce, consentirebbe l'accesso alla procedura



semplificata esclusivamente all'impresa insolvente, l'art. 2, comma 1, lett. b), CCII dove l'insolvenza è definita come: *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori i quali rivelano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*.

Considerata la possibilità che la procedura possa essere aperta non soltanto nel caso in cui i beni di cui dispone l'impresa non siano sufficienti a coprire i costi amministrativi della procedura, ma anche nel caso in cui l'impresa sia addirittura priva di attivo, la direttiva comunitaria demanda, anche in tale ipotesi, agli Stati membri il compito di individuare le risorse per coprire i costi della procedura.

Il presupposto soggettivo della procedura di liquidazione semplificata è caratterizzato dalle “microimprese” le quali, secondo la definizione contenuta nell'Allegato A alla Raccomandazione della Commissione CE del 6 maggio 2003, sono rappresentate da imprese che occupano meno di 10 persone e realizzano un fatturato annuo oppure un bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro. Quanto poi ai requisiti dimensionali interviene il CCII che definisce all'art. 2, comma 1 lett. d), l'impresa minore, vale a dire l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

- “1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di liquidazione o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 3) un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila”.

Accanto alla procedura di liquidazione semplificata, introdotta dalla Direttiva EU, nel nostro ordinamento vi è la possibilità di accedere alla procedura di liquidazione controllata ai sensi degli art. 268 e ss. del CCII, per cui si potrebbe assistere per taluni soggetti a una sovrapposizione delle due procedure.

Corre l'obbligo di precisare che, da un punto di vista del requisito oggettivo, le due procedure presentano comunque differenze sostanziali in quanto da un lato, la proposta di direttiva restringe il campo di applicazione della liquidazione semplificata alle sole imprese insolventi, dall'altro il presupposto per accedere alla liquidazione controllata è il sovraindebitamento che non necessariamente coincide con lo stato d'insolvenza ma individua comunque lo stato di crisi dell'impresa.

Peraltro, stanti i requisiti dimensionali individuati dall'Allegato A alla Raccomandazione della Commissione CE del 6 maggio 2003 per la definizione della categoria delle microimprese, occorrerà fare chiarezza sul rapporto tra il procedimento di liquidazione semplificata proposto dalla direttiva comunitaria e la procedura della liquidazione giudiziale in quanto, verosimilmente, per talune imprese si potrebbero configurare una sovrapposizione di percorsi.

Sarebbe pertanto auspicabile che, all'atto del recepimento della direttiva da parte dello Stato italiano, vengano regolamentati i presupposti oggettivi e soggettivi per tale nuova categoria di imprese da



assoggettare alla procedura di liquidazione semplificata, ovvero le correlazioni tanto con la liquidazione controllata quanto con la liquidazione giudiziale a cui oggi possono accedere le imprese c.d. “sopra soglia”.

1.2. Soggetti legittimati a richiedere l’apertura della procedura

La proposta di direttiva europea prevede che la domanda di apertura della procedura di liquidazione semplificata sia presentata all’Autorità giudiziaria competente dal debitore personalmente o, nel caso in cui l’imprenditore sia una società, dal legale rappresentante della microimpresa.

Per come già esposto nel paragrafo precedente, la microimpresa è così definita non soltanto sulla base del volume d’affari e/o dell’ammontare dell’attivo patrimoniale bensì su un criterio misto di elementi economici, patrimoniali e di forza lavoro. Nella sostanza la direttiva individua una nuova categoria d’impresa, che attualmente non è contemplata dal legislatore nazionale, a cui è riservato l’accesso a questa procedura semplificata.

L’art. 41 della Proposta di direttiva, prevede la possibilità che l’apertura della procedura semplificata possa essere avviata oltre che dall’imprenditore anche su richiesta di un creditore.

La direttiva non fornisce alcuna specifica indicazione per ciò che concerne - ad esempio - l’ammontare minimo di debiti scaduti al fine dell’accertamento dello stato d’insolvenza e/o ulteriori condizioni per accertare lo stato d’insolvenza, su cui al momento potrebbe legittimamente ipotizzarsi un recepimento combinato con i requisiti oggi previsti dal Codice della Crisi.

Nel caso in cui la richiesta di apertura della procedura semplificata sia presentata da un creditore, la norma prevede che la microimpresa possa aderire all’apertura della procedura o, in caso contrario, contestarla. In entrambe le ipotesi, la microimpresa sarà tenuta a presentare entro e non oltre due settimane dalla data della richiesta, una risposta contenente tutte le informazioni previste dalla direttiva per l’apertura della procedura, in modo da consentire all’Autorità competente di decidere sull’apertura della procedura entro due settimane dal ricevimento della risposta.

Potrebbe peraltro verificarsi anche l’ipotesi in cui l’imprenditore non risponda alla richiesta pervenuta e non presenti i documenti necessari per consentire all’Autorità competente di decidere sull’apertura della liquidazione, e/o pur rispondendo non fornisca le informazioni complete e/o affidabili sulla sua situazione finanziaria, tali da consentire una ricostruzione delle vicende dell’impresa.

In tal caso, si può ragionevolmente affermare che l’Autorità competente debba procedere ugualmente all’apertura della procedura, in quanto la microimpresa avrebbe la possibilità di impugnare la decisione di apertura della procedura semplificata. Laddove l’imprenditore si disinteressa della gestione del suo stato d’insolvenza, occorre valutare come possa essere gestita la liquidazione atteso che l’art. 39 della direttiva prevede la possibilità che possa essere nominato un amministratore (*id est*, curatore) soltanto al verificarsi di entrambe le seguenti condizioni:

- a) il debitore, un creditore o un gruppo di creditori richiede tale nomina;



- b) i costi dell'intervento del curatore fallimentare possono essere finanziati dalla massa fallimentare o dalla parte che ha chiesto la nomina.

Al momento, la Proposta non prevede la possibilità di nominare un amministratore con costi a carico dell'erario se non nelle ipotesi sopra indicate.

Peraltro, se le finalità di tale proposta sono da ricercare principalmente nella necessità di garantire una liquidazione ordinata delle c.d. microimprese insolventi, assicurando ai creditori un procedimento celere e trasparente di ripartizione delle attività residue, resta dubbia l'utilità economica per i creditori di una procedura in cui non è previsto alcun onere in capo al debitore di gestire l'impresa e i beni oggetto di liquidazione, né la nomina obbligatoria di un amministratore della procedura in sede di apertura della stessa.

1.3. Individuazione dell'Autorità competente per la richiesta di apertura della procedura

Sempre in ordine alle modalità di apertura della procedura di liquidazione semplificata, l'art. 41 della Proposta di direttiva impone alla microimpresa insolvente che voglia accedere alla procedura di liquidazione semplificata, di presentare la richiesta a un'Autorità competente, per cui sarà necessario che ogni Stato membro provveda ad individuarla.

Con riferimento al nostro ordinamento, stante l'elevato numero di microimprese presenti nel tessuto economico italiano, è ragionevole pensare che l'impatto che questo nuovo tipo di procedura potrà avere non sia trascurabile.

Si potrebbe immaginare che il ruolo dell'Autorità competente possa essere attribuito al Tribunale Fallimentare, ma tale soluzione – pur apparendo la più idonea per decidere in merito all'ammissione alla procedura – dall'altro mal si coniuga con l'esigenza riconosciuta all'Autorità competente di svolgere compiti di vigilanza.

Tale esigenza diventa ancor più pressante soprattutto nell'ipotesi (prevista esplicitamente) che al debitore venga lasciato il possesso dei beni e la gestione dell'impresa, in quanto la nomina di un curatore fallimentare è prevista solo al verificarsi di determinate condizioni o in situazioni eccezionali.

Appare dubbio, infatti, come l'autorità giudiziaria possa monitorare la procedura esercitando il potere di vigilanza che le è riconosciuto dalla direttiva, in assenza di un soggetto nominato dalla stessa autorità (curatore o amministratore giudiziario) che gestisca i beni dell'impresa e compia le scelte più opportune atte a massimizzare il soddisfacimento del ceto creditorio.

C'è da aggiungere, infine, che la Proposta di direttiva non individua la sede competente atta a ricevere la richiesta di apertura della procedura. È ragionevole ipotizzare che, nel silenzio della legge, la domanda vada proposta all'Autorità competente nel luogo in cui la microimpresa ha la sede principale, per come risulta dal Registro delle Imprese competente per territorio.



1.4. Modalità e termini di presentazione della domanda

L'art. 41 della Proposta di direttiva prevede che l'apertura della procedura semplificata possa essere richiesta dalla microimpresa insolvente utilizzando, ai fini di una semplificazione dell'*iter* di deposito, un modulo standard il cui contenuto dovrà essere stabilito dalla Commissione, con un proprio atto di esecuzione. In tale modulo, ai sensi di quanto disposto dall'art. 41, par. 4, dovranno essere inserite le seguenti informazioni:

- a) se la microimpresa è una persona giuridica: il nome del debitore; il numero di registrazione; la sede legale;
- b) se la microimpresa è un imprenditore individuale: il nome del debitore; il numero di registrazione, l'indirizzo postale o in alternativa il luogo e la data di nascita del debitore;
- c) l'insieme dei beni costituenti il patrimonio della microimpresa destinato al soddisfacimento dei creditori;
- d) l'elenco nominativo dei creditori, comprensivo degli indirizzi e dei dati di contatto noti alla microimpresa al momento di presentazione della domanda;
- e) l'elenco dei crediti nei confronti della microimpresa e per ciascun credito l'importo con l'indicazione delle somme dovute a titolo di capitale e/o a titolo d'interesse e la data in cui è divenuto esigibile;
- f) se il soddisfacimento di un determinato credito è assistito da una garanzia reale o da una riserva di proprietà è necessario indicare i beni del debitore su cui è stato iscritto il vincolo.

Dalla lettura della norma, occorre osservare che l'elenco delle informazioni da inserire nella richiesta di accesso alla procedura dovrebbe consentire all'Autorità competente di decidere in merito all'apertura della procedura; tuttavia, non si comprende come possa l'autorità competente stabilire – sulla base delle informazioni fornite – se il debitore possa essere effettivamente definito “micro impresa”.

Infatti, in nessuna delle informazioni richieste si fa esplicito riferimento al fatturato annuo, al numero dei dipendenti e al totale di bilancio, elementi che al contrario, secondo la definizione contenuta nell'Allegato A alla Raccomandazione della Commissione CE del 6 maggio 2003, sono gli unici indicatori atti a definire la microimpresa.

Sarebbe dunque auspicabile che la Commissione, in sede di definizione del modulo standard, provveda a far sì che tali informazioni vengano fornite direttamente dal debitore, anche mediante l'allegazione di documenti quali i bilanci o, nel caso di imprese non tenute alla loro redazione, mediante produzione delle dichiarazioni fiscali.

Per quanto concerne i termini di presentazione della domanda, sebbene la proposta di direttiva non preveda un termine specifico, è possibile far decorrere tale termine dalla data in cui l'impresa versi in uno stato d'insolvenza, dal momento che la richiesta di apertura della procedura è riservata alle imprese insolventi.



1.5. Il mancato spossessamento dei beni e la continuità di gestione del debitore

Uno degli aspetti di maggiore impatto di questa nuova procedura è dunque quello relativo al ruolo primario del debitore, a scapito di quello del curatore, il quale si troverebbe a rivestire un ruolo solo eventuale e a tratti anche marginale.

L'art. 39 della Proposta stabilisce infatti che nelle procedure di liquidazione semplificata il curatore "può" essere nominato a condizione che la richiesta della sua nomina venga effettuata dal debitore, da un creditore o da un gruppo di creditori e che i costi dell'intervento del curatore possano essere finanziati dalla massa o dalla parte che ha chiesto la nomina.

In altri termini, quindi, a differenza di quanto previsto dalla Proposta per la fase di liquidazione dell'azienda di un debitore che non sia una microimpresa – ove all'art. 25 è previsto espressamente che alla sua apertura il tribunale "deve" nominare un curatore (e precisamente nella persona che ha assunto il ruolo di supervisore nella fase di preparazione) – nella procedura di liquidazione semplificata la presenza del curatore è solo eventuale e non necessaria.

Ulteriore aspetto fortemente innovativo della Proposta consiste nel fatto che il debitore che abbia avuto accesso alla procedura di liquidazione semplificata mantiene il controllo dei propri beni e della gestione quotidiana dell'impresa (art. 43). Il mancato spossessamento dei beni e la continuità della gestione aziendale in capo al debitore diventano i cardini portanti della procedura semplificata.

La Proposta si spinge a prevedere addirittura che il debitore possa continuare a gestire e disporre dei propri beni anche qualora sia stato nominato un curatore, lasciando tale discrezionalità di scelta all'autorità competente nel medesimo provvedimento di nomina del curatore (art. 43, par. 2). La decisione di sopprimere il diritto del debitore di gestire e di disporre dei propri beni può essere assunta dall'autorità competente solo in via eccezionale e deve essere basata su una valutazione caso per caso, alla luce di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti (art. 43, par. 3).

Ulteriore aspetto di interesse della Proposta consiste nel fatto che i debitori che hanno avuto accesso alla procedura di liquidazione semplificata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 43 mantengono il controllo dei propri beni e della gestione quotidiana dell'impresa.

Pertanto, il mancato spossessamento dei beni e la continuità della gestione aziendale in capo al debitore diventano nella procedura semplificata caratteristiche fondamentali e pregnanti.

Il ruolo centrale attribuito al debitore insolvente nella procedura in esame, voluto dalla Proposta di Direttiva per soddisfare le finalità di semplificazione, rapidità e snellezza cui essa mira, presenta, a nostro avviso, alcune criticità.

Nell'ipotesi in cui nella procedura semplificata non venga nominato il curatore, l'intera gestione del patrimonio aziendale volta alla ricostruzione dell'attivo e alla sua liquidazione resta infatti in capo al debitore che potrà quindi porre in essere – senza alcuna autorizzazione e/o forma di controllo – non solo atti di ordinaria amministrazione ma anche quelli persino atti di natura straordinaria, tenuto conto che la normativa nulla dice a tale riguardo.



Al contempo, il debitore sarà l'unico soggetto tenuto a fornire all'autorità competente ogni tipo di informazione e documentazione attinente all'impresa insolvente.

La normativa in esame presuppone quindi, sulla base di quanto disposto nel considerando 40, che il debitore dall'apertura della procedura e durante tutto il suo svolgimento debba fornire informazioni accurate, affidabili e complete.

Ci si chiede cosa accada se il debitore si dimostri reticente, non si occupi della gestione aziendale o si riveli essere, in realtà, un mero prestanome all'oscuro di ogni informazione aziendale o addirittura sia irreperibile, come spesso accade? La Proposta non prevede tali ipotesi né, di conseguenza, impone sanzioni.

Quella sopra individuata è una lacuna normativa di non poco conto se si considera che in mancanza del curatore fallimentare il debitore è l'unica fonte di informazioni sul quale l'autorità competente può fare affidamento. La norma non prevede neanche la possibilità che quest'ultima possa in tali casi procedere d'ufficio alla nomina di un curatore; salvo eventuali futuri correttivi, l'art. 39 sembra essere inderogabile, consentendo la nomina del curatore solo su richiesta del debitore o dei creditori ed alle condizioni ivi previste.

Un'altra lacuna normativa sempre in tema di gestione dei beni aziendali è ravvisabile, a parere di chi scrive, nell'art. 43, par. 4, che dispone che nel caso in cui il debitore non abbia il possesso dei beni né, conseguentemente, il diritto di gestirli e al contempo non sia stato nominato un curatore, l'autorità competente può attribuire la gestione dell'impresa "al creditore". Orbene, come verrebbe regolata tale gestione qualora vi siano più creditori? Con quali modalità verrebbero assunte le decisioni? E in tal caso, i voti sarebbero espressi per testa o in percentuale in base al valore del credito portato da ciascun creditore? L'autorità competente potrebbe sostituirsi alla Proposta prevedendo una sorta di regolamento al momento dell'attribuzione dei poteri gestori a più creditori? E ancora, i creditori devono preventivamente comunicare all'autorità competente la loro disponibilità a gestire l'azienda? Anche in questo caso chi risponde di eventuali danni provocati dalla gestione?

Un'ulteriore criticità della Proposta è ravvisabile laddove è previsto che il costo del curatore, ove nominato, deve essere sostenuto dall'attivo della procedura o, in alternativa, dalla parte che ne ha chiesto la nomina (art. 39).

Orbene, cosa succede se in mancanza di attivo, il debitore o i creditori che hanno chiesto la nomina del curatore non provvedono a far fronte a tali costi? Il curatore è legittimato a rinunciare all'incarico se non riceve il compenso? Dovrà agire nei confronti dell'istante per il recupero del suo credito?

Inoltre, considerando che il ceto creditorio difficilmente ha una chiara rappresentazione della consistenza dell'attivo, potrebbe essere poco invogliato a chiedere la nomina del curatore nel rischio di doversi sobbarcare dei relativi costi.

Tuttavia, è proprio nei casi in cui manca l'attivo (o esso sia molto ridotto) che la figura del curatore sarebbe opportuna perché è proprio in questa ipotesi che la procedura richiederebbe una figura professionale esperta e competente in grado di attivarsi in tempi celeri, anche mediante l'avvio di



azioni giudiziarie, per cercare di ricostruire l'attivo aziendale e procedere alla conseguente sua liquidazione nell'interesse del ceto creditorio. Competenze, invece, che difficilmente saranno riscontrabili nel debitore².

La Proposta prevede inoltre che, una volta aperta la procedura di liquidazione semplificata e sino alla sua chiusura, il debitore può beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali (art. 44), ma questa non appare una novità dirimpente, osservando il consolidato assetto del nostro diritto della crisi.

L'aspetto peculiare riguarda la possibilità di escludere taluni crediti dalla sospensione, su richiesta del debitore o di un creditore, mediante istanza all'autorità competente al verificarsi di entrambe le seguenti condizioni: a) che non sia probabile che l'esecuzione pregiudichi le legittime aspettative dell'insieme dei creditori; b) che la sospensione pregiudicherebbe ingiustamente il creditore di tale credito.

Sul concetto di ingiusto pregiudizio occorrerebbe spendere alcune considerazioni ulteriori rispetto a quanto è possibile effettuare in questa sede, considerato che il principio della *par condicio creditorum* dovrebbe essere sempre preservato e che il creditore che si senta pregiudicato nei suoi interessi ha altri strumenti a disposizione (i.e. azioni revocatorie o recuperatorie).

1.6. L'accertamento del passivo e l'ammissione dei crediti

Nella nuova procedura, la fase dell'accertamento del passivo si presenta più destrutturata rispetto alla disciplina oggi prevista per la liquidazione giudiziale, essendo ridotta all'essenziale: si omettono, infatti, la presentazione delle domande d'insinuazione e il procedimento di verifica che sono sostituiti da un meccanismo per cui s'intendono insinuati e ammessi tutti i crediti elencati dal debitore nella domanda d'apertura (o nella comparsa di risposta), per le somme e con i diritti di prelazione ivi indicati, a meno che «qualunque creditore» (*any creditor*) contesti, in un dato termine, le asseverazioni del debitore.

Tali contestazioni potranno vertere sull'esistenza di crediti non indicati dal debitore, concernere l'esistenza di crediti indicati o l'ammontare degli stessi, ovvero, infine, l'esistenza o inesistenza di diritti di prelazione. In presenza di contestazioni, dovrà darsi corso a un sommario accertamento del passivo, che gli Stati membri potranno scegliere di affidare all'autorità competente (giudiziale o amministrativa), ovvero, se nominato, al curatore.

Nel mentre, l'autorità competente (o il curatore) potranno apportare le necessarie rettifiche all'inventario dei beni predisposto dal debitore.

Solo una volta conclusi (idealmente, nel giro di poco più di un mese) gli accertamenti del passivo e dell'attivo, potrà farsi luogo alla liquidazione del patrimonio del debitore e alla distribuzione del

² Criticità messe in evidenza da L. DE BERNARDIN, *Non l'abbiamo vista arrivare: brevi riflessioni sulle ripercussioni della nuova proposta di direttiva in materia di insolvenza sulle procedure liquidatorie in Italia*, in www.dirittoellacrisi.it, 19 aprile 2024, 4 e ss.



ricavato; a meno che l'autorità competente decreti la chiusura della procedura motivata, alternativamente:

- a) dalla totale inconsistenza dell'attivo;
- b) dalla sua esiguità, in rapporto ai costi e ai tempi attesi di liquidazione e distribuzione del ricavato;
- c) dalla circostanza che il valore dei beni gravati da diritti di prelazione sia inferiore a quello dei crediti garantiti, nel qual caso l'autorità potrà disporre l'assegnazione ai creditori stessi (art. 49).

La procedura dovrà in ogni caso venir chiusa entro due settimane dal compimento delle distribuzioni.

In definitiva, la liquidazione semplificata dovrebbe iniziare e concludersi nell'arco di pochi mesi, che rispetto alla durata media di una procedura liquidatoria concorsuale appare oggi obiettivo particolarmente sfidante.

L'accertamento del passivo si svolge, quindi, secondo regole tese ad accelerare i tempi della procedura. Il primo principio che viene espresso è che i crediti indicati dal debitore nella domanda di apertura della liquidazione o nella difesa proposta nel caso di domanda del creditore o ancora nella dichiarazione da presentarsi nelle due settimane successive all'apertura della liquidazione, s'intendono insinuati *de jure*, senza necessità di ulteriore domanda da parte del creditore interessato. I creditori possono insinuare i crediti non risultanti dall'elenco predisposto dal debitore o contestare i crediti già insinuati entro trenta giorni dalla pubblicazione della data di apertura della liquidazione o dal ricevimento dell'avviso individuale cui hanno diritto, dovendosi far riferimento all'ultimo nel tempo di tali atti. In difetto di contestazione nei termini, i crediti già insinuati s'intendono definitivamente ammessi.

Poiché i crediti contestati possono diventare uno strumento per dilatare i tempi della procedura, le Autorità preposte possono autorizzare la continuazione della procedura semplificata per il soddisfacimento nelle more dei soli crediti non contestati. Sulla contestazione decide l'autorità competente o un giudice. In questo caso la Proposta (art. 46, par. 5) prevede che la controversia sia trattata rapidamente, ma non vengono stabiliti termini. Non viene neanche chiarito se debbano essere effettuati accantonamenti a garanzia del credito contestato.

La Proposta non prevede insinuazioni tardive dei crediti, neanche nel caso in cui il creditore non abbia avuto avviso della procedura senza sua colpa; fa quindi stato la pubblicità prevista per il provvedimento di apertura, e questo potrebbe lasciare alcune perplessità circa la tutela dei diritti di terzi.

In generale, meritano comunque approvazione le scelte fatte in tema di accertamento del passivo. Il principio per cui i crediti indicati dal debitore nelle sue difese o, in alternativa, subito dopo l'accoglimento dell'istanza di liquidazione, s'intendono direttamente insinuati risolve molte incertezze e lentezze del nostro sistema. Tuttavia, la Proposta di Direttiva non chiarisce molti punti importanti: non soltanto la mancata previsione delle domande tardive, ma anche la mancata valutazione dell'indicazione compiacente del debitore sull'esistenza di crediti ed il regime dell'inopponibilità dei crediti alla massa.



1.7. La ricostruzione dell'attivo

Un ambito meno critico dal punto di vista della gestione, ma ugualmente impattante rispetto alle modalità con cui sono impostate le procedure di liquidazione in Italia, è quello che riguarda la ricostruzione dell'attivo.

Anche qui, la realtà insegna che l'attività di impresa è sempre meno esercitata con beni di proprietà dell'imprenditore perché sempre più spesso questa viene realizzata grazie a contratti che accordano la disponibilità di beni di terzi (specialmente: locazione *e-leasing*) che, ovviamente, non possono essere oggetto liquidazione *stricto sensu*. A ciò si aggiunga che, raramente, all'avvio delle procedure liquidatorie si rinvergono beni di valore apprezzabile essendosi – a quel tempo – il valore aziendale spesso già ampiamente consumato.

Innanzitutto a situazioni di scarsità o dispersione dei beni, nella stragrande maggioranza delle procedure l'attivo offerto ai creditori deriva dalle azioni di massa o di pertinenza della massa.

In ordine alle azioni – al netto delle problematiche già descritte correlate all'acquisizione di un quadro completo e attendibile delle vicende dell'impresa – colpisce che la Proposta concentri il fuoco delle azioni atte a ripristinare le garanzie dei creditori sulle azioni revocatorie³.

Sono, infatti, non solo le uniche azioni compiutamente e dettagliatamente disciplinate nella Proposta (titolo II), ma anche quelle che – almeno stando all'attuale testo – sono astrattamente idonee a consentire la "conversione" della procedura di liquidazione semplificata in una procedura di liquidazione ordinaria, ove ciò sia giustificato dal valore della massa o dalla durata prevista (art. 47, lett. c), subordinatamente a una valutazione di utilità per la massa.

Tuttavia, è noto a tutti coloro che operano nell'ambito della crisi di impresa che buona parte delle vicende giuridiche legate alla ricostruzione dell'attivo nel nostro Paese non ruota attorno alla rimozione degli effetti di atti dispositivi leciti (quale, appunto, la revocatoria, già ampiamente depotenziata nelle ultime riforme), quanto piuttosto all'avvio di azioni risarcitorie per attività illecite dall'imprenditore (quali le azioni di responsabilità).

A fronte di un quadro in cui, da un lato, sembrerebbe intendersi che azioni eccessivamente "importanti" dal punto di vista economico e in termini di complessità, oltre che di durata, non siano compatibili con la procedura di liquidazione semplificata e, dall'altro, non sembrerebbe possibile effettuare la conversione in procedura liquidatoria ordinaria se non a fronte di azioni revocatorie, vi è da chiedersi quali utilità economiche potranno effettivamente essere portate a beneficio dei creditori all'esito della procedura.

³ In questo senso già, L. DE BERNARDIN, cit., 6 e ss.



1.8. Le modalità di liquidazione dell'attivo

Aspetto centrale è costituito dalla scelta di ricorrere a un sistema di vendita dei beni per mezzo di aste elettroniche, che ogni Stato membro dovrà realizzare come parte del procedimento liquidatorio semplificato. Questo obbligo dovrà essere adempiuto indipendentemente dall'esistenza di piattaforme multiple che già vi sono per la vendita di specifiche categorie di beni.

Nel caso dell'Italia, occorrerà rivedere l'attuale sistema di aste telematiche che, tuttavia, nei suoi tratti generali dovrebbe soddisfare i requisiti previsti dalla Direttiva.

Ovviamente il legislatore europeo ha tenuto conto della presenza di imprese più grandi, posto che – come si è visto – le microimprese possono assumere anche dimensioni non trascurabili.

L'art. 50 della Proposta prevede che gli Stati membri possano, ma non debbano, prevedere che siano consentite offerte per l'acquisto dell'azienda del debitore "in continuità". Sarebbe opportuno, a questo proposito, un coordinamento tra la disciplina della procedura di *pre-pack* ed il procedimento semplificato.

La vendita telematica potrà essere utilizzata, a discrezione degli Stati membri, anche per le vendite collegate ad altri tipi di procedure d'insolvenza esistenti nel loro territorio.

La piattaforma elettronica dovrà essere collegata con il Portale E Justice in modo da consentire ai cittadini che da altri Paesi UE intendono partecipare, di collegarsi al sistema di vendite proprio di ogni Stato, trovando anche adeguate indicazioni ed istruzioni. L'art. 51 della Proposta prevede, a questo proposito, che accedendo all' E Justice sia possibile ricercare le offerte nei sistemi di vendita elettronica di tutti gli Stati membri con opportuni *hyperlink* alle pagine dei sistemi nazionali dove le offerte potranno essere direttamente presentate.

Una più dettagliata disciplina dei metodi di comunicazione e informazione, degli standard di sicurezza, del contenuto minimo d'informazione, delle caratteristiche del sistema di ricerca, della protezione dei dati personali dovrà essere emanata dalla Commissione con provvedimenti successivi all'approvazione della Direttiva previa interlocuzione con il *Committee on Restructuring and Insolvency* previsto dalla Direttiva *Insolvency*.

La Commissione dovrà effettuare delle indagini di mercato per proporre soluzioni già esistenti ovvero per introdurne di nuove.

1.9. L'ipotesi di azioni revocatorie nelle procedure semplificate

L'introduzione di principi comuni in materia di azioni revocatorie nell'ambito della disciplina unionale era suggerita da tempo dalla dottrina internazionale e dallo stesso Parlamento Europeo. Nell'attuare tale progetto la Commissione UE ha voluto anche creare i presupposti perché non trovi applicazione l'art. 16 del Regolamento 848/2015, che prevede un'eccezione all'esperibilità della revocatoria secondo la *lex concursus* dello Stato in cui si è aperta la procedura transfrontaliera, se l'atto oggetto di



revocatoria è regolato dalla legge di uno Stato membro diverso da quello in cui si è aperta la procedura e la legge di tale Stato non consente di impugnare l'atto con alcun mezzo. Si ritiene infatti che l'applicazione di tale regola comporti eccessive disparità di trattamento tra i vari Stati membri e si presti a manovre pretestuose. Tale possibilità di sottrarsi all'applicazione della *lex concursus* dello Stato in cui è stata aperta la procedura liquidatoria e quindi alla revocatoria verrà meno nel momento in cui tutti gli Stati membri recependo la Direttiva avranno nella loro legislazione in materia una disciplina comune.

Da una prima analisi del testo, sembra peraltro evidente che il testo della Proposta sia stato influenzato in misura rilevante dalla disciplina tedesca.

Occorre dunque verificare quale potrebbe essere l'impatto delle nuove norme, nell'ipotesi in cui esse siano approvate senza modifiche o con modifiche non rilevanti, sul nostro ordinamento e in particolare sul Codice della crisi, recentemente corretto dal d.lgs. 136/2024.

Si tratta di capire se il regime vigente possa rimanere di fatto immutato o possa subire modifiche e, soprattutto inasprimenti in ragione dell'applicazione dei comuni principi unionali.

Va ricordato che la Commissione UE distingue gli atti revocabili in tre categorie: atti preferenziali che favoriscono – tramite il soddisfacimento, la concessione di garanzie o in altro modo – uno o più creditori, atti a titolo gratuito o con corrispettivo non adeguato alla controprestazione, atti compiuti intenzionalmente a danno della massa dei creditori. Nel primo caso il periodo sospetto è di tre mesi dalla domanda di apertura della procedura liquidatoria, nel secondo di un anno e nel terzo di quattro anni. Come il Codice della crisi (cfr. artt. 163 e 166 CCII) e diversamente dalla legge fallimentare, la Commissione UE fa decorrere il periodo sospetto dalla domanda di apertura del procedimento liquidatorio e non dalla data del provvedimento che provvede su tale domanda, scelta che può essere percepita come meno garantista perché a differenza della sentenza che apre la liquidazione giudiziale, la domanda non è oggetto di pubblicità nei confronti dei terzi.

Quanto all'elemento soggettivo, con riguardo agli atti preferenziali, per i pagamenti e la concessione di garanzie in misura congrua è richiesto che il creditore fosse o dovesse essere a conoscenza che il debitore non era in grado di pagare i suoi debiti alla scadenza o che era stata presentata una richiesta di apertura della procedura di insolvenza. È tuttavia prevista una presunzione di conoscenza nel caso in cui il creditore sia una parte correlata. Per gli atti preferenziali diversi da quelli ora considerati, cioè dove non c'è una controprestazione congrua non è previsto il requisito soggettivo.

Anche per gli atti privi di corrispettivo, o con corrispettivo manifestamente inadeguato, per i quali, come si è detto, il periodo sospetto è di un anno, la Proposta non prevede un requisito soggettivo, differenziandosi nella seconda ipotesi dalla disciplina dettata dall'art. 166, comma 1, CCII, che, com'è noto, pone l'onere della prova della conoscenza dello stato di decozione a carico del creditore revocato.

È appena il caso di rilevare che per gli atti a titolo gratuito anche il nostro ordinamento non dà rilevanza all'atteggiamento soggettivo dell'*accipiens*, in base al principio che nel conflitto tra *qui certant de lucro*



captando e qui certant de damno vitando, la regola è che viene preferito chi ha subito un danno, cioè i creditori, rispetto a chi ha conseguito un vantaggio, cioè l'*accipiens*.

Infine, per gli atti intenzionalmente diretti a causare un danno alla massa si richiede che il beneficiario fosse o dovesse essere a conoscenza dell'intento del debitore di causare un pregiudizio alla massa. Qui la fattispecie individuata dalla Commissione, certamente ispirata alla sez. 133 della *Insolvenzordnung* tedesca, si avvicina alla dolosa preordinazione prevista per l'azione revocatoria ordinaria dall'art. 2901, comma 1, c.c., pur con la differenza che in tale fattispecie occorre che l'atto impugnato sia anteriore al sorgere del credito ed il creditore non deve soltanto essere consapevole, ma deve concorrere nella dolosa preordinazione.

L'art. 5 della Proposta consente agli Stati membri di dettare norme in tema di revocatoria ispirate a maggior tutela della massa, com'è ragionevole attendersi da una disciplina che intende raggiungere il risultato, in sede di armonizzazione del diritto nazionale degli Stati membri, di assicurare ai fini della maggior efficienza del mercato dei capitali *“requisiti minimi in settori specifici delle procedure di insolvenza nazionali, che hanno un impatto significativo sull'efficienza e sulla durata di tali procedure, in particolare sulle procedure di insolvenza transfrontaliere”*.

Da parte dagli oppositori dell'armonizzazione era stato osservato che la parità di trattamento tra i creditori non può essere raggiunta soltanto con una disciplina uniforme dell'azione revocatoria a fronte di un diverso regime delle garanzie e dei privilegi da Stato membro a Stato membro. Si tratta peraltro di una diversità che è assai improbabile che possa essere eliminata.

Va sottolineato che il legislatore europeo segue la teoria indennitaria cosicché la *“conseguenza principale dell'annullamento di un atto giuridico in una procedura di revocatoria è l'obbligo per il beneficiario dell'atto annullato di risarcire la massa fallimentare per il danno causato da tale atto giuridico”*⁴.

La nozione di revocatoria, se per taluni versi segue l'impostazione della nostra legge fallimentare e ora del Codice della crisi, per altri versi se ne discosta perché prende in considerazione non soltanto gli atti compiuti dal debitore e i pagamenti, ma *“ogni condotta umana con effetti legali”* che corrisponde alla nozione di *legal act* e, quindi, anche le omissioni, tutte le volte che la rinuncia ad esercitare un diritto o a far valere una prescrizione ha comportato un pregiudizio per la massa. La Proposta menziona espressamente il mancato esercizio di un diritto che ne abbia comportato la prescrizione, la mancata impugnazione di una sentenza sfavorevole o di un atto amministrativo pregiudizievole o ancora la mancata registrazione di un diritto di proprietà intellettuale.

Nella stessa ottica si stabilisce che la disciplina delle azioni revocatorie non riguardi soltanto gli atti compiuti dal debitore, ma anche quelli posti in essere dalla controparte contrattuale o da un terzo purché abbiano recato pregiudizio alla massa dei creditori. Quest'ultimo concetto non è lontano dal nostro sistema che conosce la revoca dell'ipoteca giudiziale.

⁴ Cfr. Considerando 1 all *Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, 2022/0408.



Va sottolineato che, poiché il periodo sospetto decorre dalla domanda di apertura della procedura di insolvenza e verosimilmente l'atto omissivo dovrebbe rientrare nella categoria degli atti senza corrispettivo o con corrispettivo manifestamente inadeguato, e poiché in questo caso non è richiesto che il beneficiario dell'atto fosse o dovesse essere a conoscenza che il debitore era in stato di insolvenza, vi è il rischio che la revocatoria possa incidere su rapporti giuridici consolidati oltre il limite di ragionevolezza. Si consideri, ad esempio che, stando alla lettera del testo normativo, la revocatoria potrebbe colpire la mancata impugnazione di un atto amministrativo lesivo degli interessi del debitore, con possibili riflessi sui terzi.

Ancora va sottolineato che il periodo sospetto viene considerevolmente ampliato, rispetto alla disciplina vigente in Italia, nel caso degli atti intenzionali, perché può giungere a quattro anni.

Da questo punto di vista, qualora tale portato legislativo venisse recepito, vi sarà un inasprimento rispetto alle regole attualmente vigenti nel nostro Paese.

Nel caso degli atti con corrispettivo manifestamente inadeguato, fattispecie che non si sovrappone alla previsione dell'art. 166, comma 1, lett. a), CCII che richiede che la sproporzione sia superiore al quarto, il periodo sospetto viene stabilito in un anno. Da questo punto di vista non vi è un inasprimento dell'attuale disciplina per quanto concerne la durata del periodo sospetto, che il già citato art. 166, comma 1, lett. a) fissa in un anno. Spetterà invece al nostro legislatore, in sede di recepimento della Direttiva (ipotizzando che essa venga approvata senza modificazioni) valutare se mantenere l'attuale fattispecie di revoca degli atti sproporzionati per il caso in cui la sproporzione non sia evidente, o farla confluire nella più ampia disciplina degli atti preferenziali non congruenti prevista dalla Proposta, dove il periodo sospetto è di tre mesi. Analoga scelta dovrà essere effettuata con riferimento alla fattispecie degli atti preferenziali con adeguata copertura.

Il legislatore interno dovrà inoltre eliminare tutte le previsioni in cui la revoca dell'atto è subordinata all'esistenza della *scientia decoctionis*, ove esse corrispondano ai casi in cui la Proposta di Direttiva non prevede tale elemento soggettivo.

1.10. La chiusura della procedura

La Proposta di direttiva individua tempi molto stretti per la chiusura della liquidazione semplificata, sia in caso di procedura virtuosa, che in caso di procedura priva di effettivo attivo da realizzare.

È verosimile che la liquidazione semplificata nel caso di una procedura virtuosa, nella quale vi sia presenza di beni di valore idoneo a fornire attivo da ripartire a beneficio dei creditori di procedura, possa iniziare e concludersi nell'arco di pochi mesi.

L'art. 55 della Proposta di direttiva stabilisce, infatti, che nel termine di due settimane dal completamento della ripartizione del ricavato della vendita dell'impresa o dei beni del debitore debba essere adottata una decisione, per avviare il processo di chiusura, dell'autorità cui è delegata la vigilanza sulla procedura.



Nell'ipotesi contraria, vale a dire quando si tratta di procedura caratterizzata da mancanza di attivo, l'art. 49 della Proposta di direttiva rimette agli ordinamenti domestici l'individuazione della disciplina applicabile per la chiusura della procedura di liquidazione semplificata, con invito a prevedere che l'autorità competente possa decidere in merito alla chiusura immediata della procedura di liquidazione semplificata senza alcun realizzo dei beni, solo se è soddisfatta una delle condizioni seguenti:

- a) non vi sono beni nella massa fallimentare;
- b) i beni della massa fallimentare sono di valore talmente basso da non giustificare i costi o i tempi per la loro vendita e la ripartizione del ricavato;
- c) il valore apparente dei beni gravati è inferiore all'importo dovuto al creditore o ai creditori garantiti e l'autorità competente ritiene giustificato consentire a tali creditori garantiti di rilevare i beni.

Al riguardo, giova osservare come, in ragione della centralità del ruolo del debitore nella liquidazione semplificata, l'assenza di beni sarà quella risultante dall'inventario redatto proprio a cura dell'impresa debitrice, e non da un soggetto terzo indipendente e inoltre anche la valutazione dei beni sarà rimessa in primo luogo all'impresa debitrice.

All'atto della chiusura della procedura, viene prevista la possibilità che l'autorità competente consenta ai creditori garantiti sui singoli beni di acquisirli quando il valore apparente degli stessi risulti inferiore all'importo dei crediti garantiti.

L'art. 55 della Proposta prevede che discipline interne, con riguardo alla chiusura della procedura di liquidazione semplificata, contengano l'indicazione esplicita del periodo di tempo che potrà consentire l'esdebitazione del debitore imprenditore o dei fondatori, proprietari o soci di un debitore microimpresa a responsabilità illimitata che sono personalmente responsabili dei debiti. Tale previsione comporta che la normativa nazionale individui il contenuto minimo dell'atto, amministrativo o giudiziario, di chiusura della procedura di liquidazione semplificata, con riguardo alla modalità di avvio del successivo processo che porti alla esdebitazione dell'imprenditore ed eventualmente degli altri soggetti che sono illimitatamente responsabili o responsabili in solido con l'imprenditore.

1.11. La procedura di esdebitazione

L'art. 56 della Proposta di direttiva impone la previsione negli ordinamenti interni di previsioni in ordine dell'esdebitazione, al termine della procedura di liquidazione semplificata.

In particolare, il legislatore comunitario ritiene che l'esdebitazione debba essere concessa ai debitori imprenditori, ma anche ai soggetti (che nel testo sono individuati tra i fondatori, i proprietari o i soci di un debitore microimpresa a responsabilità illimitata) che sono personalmente responsabili dei debiti della microimpresa, affinché siano liberati integralmente dai propri debiti a norma del titolo III della Direttiva (UE) 2019/1023.



La Proposta deve essere interpretata nel senso di prevedere che, per effetto della chiusura della procedura di liquidazione semplificata, se ricorrono le condizioni stabilite dal diritto nazionale, nel rispetto della Direttiva Insolvency, si compia l'esdebitazione del microimprenditore persona fisica, così come quella dei soci illimitatamente responsabili della microimpresa in forma societaria.

È interessante osservare che nella Proposta di direttiva sia prevista l'esdebitazione anche per i soci illimitatamente responsabili – per i debiti di cui alla microimpresa – nonostante agli stessi non sia applicabile in estensione la liquidazione semplificata, salvo il caso che essi siano a loro volta microimprenditori.

Non potranno accedere alla esdebitazione i soci limitatamente responsabili, qualora siano garanti personali della società, che non siano a loro volta imprenditori, i quali, nel caso, rimarranno assoggettati alle ordinarie procedure d'insolvenza o esecutive. Per affrontare questo disallineamento, l'art. 57 della Proposta di direttiva richiede agli Stati membri di assicurare il coordinamento fra le procedure esecutive cui andrebbero soggetti i garanti della microimpresa e la liquidazione semplificata della microimpresa. Il coordinamento appare necessario anche nel caso in cui il socio – limitatamente responsabile – che sia garante della microimpresa, abbia altresì la qualifica di microimprenditore, e sia perciò aperta nei suoi confronti una liquidazione semplificata parallela a quella della società.

Inoltre, la normativa interna dovrà coordinare lo svolgimento della procedura di insolvenza o di esecuzione individuale generata dalla escussione della garanzia prestata da un terzo a favore di una microimpresa soggetta a liquidazione semplificata nelle seguenti due fattispecie: a) nel caso in cui la microimpresa è dotata di personalità giuridica, se il garante sia un fondatore, proprietario o socio, b) nel caso in cui la microimpresa è in forma di impresa individuale o società di persone, se il garante sia un familiare dell'imprenditore.

1.12. La nomina del comitato dei creditori e il suo funzionamento

Il titolo VII della Proposta di direttiva concerne il comitato dei creditori.

Intendendo rafforzare la posizione dei creditori nella procedura, la Proposta riserva la decisione di nominare il comitato all'assemblea generale dei creditori o al giudice, che anche nel primo caso dovrà confermare la nomina. Vengono quindi previste norme minime di armonizzazione in relazione ad aspetti fondamentali, come la nomina dei membri e la composizione del comitato, i metodi di lavoro, la sua funzione, la responsabilità personale dei suoi componenti.

La rilevante novità è nel concedere al legislatore nazionale di ogni Stato membro, in sede di recepimento, di escludere la possibilità di costituire il comitato dei creditori qualora i costi complessivi da sostenersi in relazione al medesimo non siano giustificati o sostenibili in considerazione dell'attivo della procedura, del numero dei creditori della medesima o del fatto che il debitore è una microimpresa.



Per quanto attiene alla nomina, l'art. 59 della Proposta attribuisce il potere di nomina dei componenti del comitato all'assemblea generale dei creditori o al giudice. È probabile che l'Italia manterrà la scelta della nomina da parte del giudice delegato (in linea con quanto previsto nell'art. 138 CCII).

Secondo l'art. 58 della Proposta di direttiva, gli Stati membri possono prevedere che i creditori possano chiedere la nomina al giudice sin dal momento della presentazione dell'istanza di liquidazione dell'impresa insolvente. In tal caso, la prima assemblea generale dei creditori sarà chiamata a decidere sulla continuazione e sulla sua composizione. Il comitato sarà composto da un numero minimo di tre sino a sette creditori (art. 61), che potranno essere rappresentati da un procuratore e che dovranno essere rappresentativi dei diversi interessi dei creditori concorrenti. È prevista la possibilità che le riunioni siano in presenza o da remoto.

La Proposta individua la principale funzione per il comitato dei creditori nel garantire che nello svolgimento della procedura di insolvenza siano tutelati gli interessi dei creditori, in piena autonomia dall'amministratore di nomina giudiziaria (art. 60) e che tutti i creditori siano coinvolti e pertanto informati (art.64).

Al comitato dei creditori sono riconosciuti ai sensi dell'art. 64 della Proposta:

- il diritto di ascoltare in qualsiasi momento l'amministratore delle procedure di insolvenza;
- il diritto di comparire e di essere ascoltato nella procedura di insolvenza;
- il diritto di essere informato e consultato sulle questioni in cui i creditori rappresentati dal comitato dei creditori hanno un interesse, compresa la vendita di beni al di fuori dell'attività ordinaria.

Esso inoltre ha:

- l'obbligo di vigilare sull'amministratore delle procedure di insolvenza, anche consultandolo e informandolo della volontà dei creditori;
- il potere di chiedere informazioni pertinenti e necessarie al debitore, all'organo giurisdizionale o all'amministratore delle procedure di insolvenza in qualsiasi momento durante la procedura di insolvenza;
- l'obbligo di fornire informazioni ai creditori rappresentati dal comitato dei creditori e il diritto di ricevere informazioni da tali creditori;
- il potere di chiedere consulenza esterna sulle questioni in cui i creditori rappresentati dal comitato dei creditori hanno un interesse.

A fini organizzativi del lavoro, l'art.63 della Proposta stabilisce che il comitato si doti di un protocollo tramite cui stabilire le modalità in base alle quali opererà. Al comitato dei creditori sarà riconosciuto il potere di relazionarsi in ogni momento con il curatore, di partecipare ed essere informato dei principali adempimenti nelle procedure di insolvenza, di supervisionare l'attività del curatore, di raccogliere ogni necessaria informazione dal giudice, dal debitore e dal curatore, di fornire e ricevere informazioni dai creditori, di ricevere notizie ed essere consultato su tutte le materie di interesse dei creditori che



rappresenta, di richiedere consulenze esterne. Inoltre, come già accade attualmente, al Comitato potrà essere attribuito il potere, secondo la legislazione nazionale, di approvare talune decisioni.

Il legislatore comunitario, in quanto particolarmente attento all'economicità delle procedure di insolvenza, richiede che la legge nazionale specifichi chi sopporta i costi del comitato.

Al riguardo, la Proposta di direttiva prevede che possa essere riconosciuto un compenso proporzionato alle funzioni svolte dal comitato dei creditori e che per il rimborso delle spese dovrà essere tenuta un'adeguata contabilità (art. 65).

Rappresenta una rilevante novità la possibilità di non far luogo alla nomina nei casi di limitato ammontare dell'attivo, di presenza di un numero limitato di creditori o del procedimento liquidatorio semplificato relativo alle microimprese.

L'art. 66 della Proposta si sofferma sul regime delle responsabilità dei componenti del comitato, prevedendo l'esenzione da responsabilità per le loro azioni in qualità di componenti del comitato, salvo i casi di dolo o colpa grave, ovvero per violazione degli obblighi fiduciari verso i creditori che rappresentano.

Ricostruita così sinteticamente la disciplina del comitato dei creditori, si auspica che per mezzo della Proposta di direttiva si possa superare la scarsa efficienza che il comitato dei creditori ha dimostrato sino ad oggi in Italia, essendo già previsto che in caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede con funzioni sostitutive il giudice delegato. Inoltre, si osserva che l'attribuzione di poteri di autorizzazione al comitato dei creditori, prevista dall'art. 64, par. 2, della proposta non è obbligatoria ed è possibile immaginare la conferma del ruolo sostitutivo del giudice delegato, come oggi prevede il nostro sistema.

Oltre ai casi di dimissioni, decesso, o di impossibilità di compiere la propria funzione, saranno gli ordinamenti interni a specificare i motivi di revoca e di sostituzione dei membri del comitato dei creditori e le relative procedure, fermo restando che rappresentano validi motivi di revoca il comportamento fraudolento o gravemente negligente, il comportamento doloso o la violazione dei doveri fiduciari in relazione agli interessi dei creditori (art. 62).

In sintesi, le disposizioni dettate dalla Proposta di direttiva non sembrano incidere significativamente in punto di efficacia ed efficienza del comitato dei creditori, che nel nostro sistema è spesso vissuto come un organo rinunciabile e non certamente decisivo per il buon funzionamento della procedura di regolazione dell'insolvenza.

1.13. Sovrapposizione della nuova procedura con liquidazione controllata e liquidazione giudiziale

La Proposta di direttiva impone agli Stati membri l'istituzione della liquidazione semplificata quale forma obbligatoria per la microimpresa, rimettendo ai legislatori nazionali solo l'eventuale scelta di



estendere la procedura semplificata anche alle piccole e medie imprese. Pertanto, la microimpresa dovrà essere sempre assoggettata alla liquidazione semplificata.

Si presenta inoltre un disallineamento potenziale nella classificazione delle imprese, in quanto, diversamente rispetto alla Direttiva Insolvency, – che lasciava gli Stati membri liberi di determinare ai sensi del diritto nazionale le soglie di micro, piccole e medie imprese – la nuova proposta di direttiva sull'insolvenza stabilisce che la definizione di microimpresa da adottare è quella contenuta nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, che la individua nella impresa che occupa meno di dieci persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo – da considerare pari all'attivo di bilancio – non superiori a due milioni di euro (art. 2, comma 3).

Questa scelta può comportare l'identificazione di un insieme d'imprese da assoggettare alla procedura di liquidazione semplificata, che conterrà al suo interno anche imprese attualmente assoggettabili alla liquidazione controllata e anche imprese assoggettabili alla liquidazione giudiziale, stanti i differenti parametri per l'identificazione delle soglie.

I requisiti per l'accesso alle tre procedure sono di seguito riportati.

Assoggettabilità a liquidazione semplificata per microimprese:

- numero dipendenti fino a 10 unità;
- fatturato annuo o attivo di bilancio non superiore a 2 milioni di euro.

I requisiti devono ricorrere congiuntamente.

Assoggettabilità a liquidazione controllata:

L'impresa minore, come definita ai sensi art. 2, comma 1, lett. d) CCII, presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

- 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 2) ricavi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

I valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della Giustizia adottato a norma dell'articolo 348 CCII.

Assoggettabilità a Liquidazione giudiziale

L'impresa non deve essere "minore" e pertanto non superare almeno uno dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) CCII. In base alla Proposta l'impresa impiega oltre 10 dipendenti e ha un fatturato annuo superiore ad € 2 milioni.

DOCUMENTO

La continua evoluzione del diritto concorsuale:
una nuova proposta di direttiva UE



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**

RICERCA

La difformità nella definizione dei requisiti può generare sovrapposizioni come rappresentato nel seguente schema:

		LIQ. SEMPL	LIQ. CONTR.	LIQ. GIUDIZ.	Contrasto
RICAVI	inferiore a € 200.000	X	X		Sì
RICAVI	da € 200.001 a € 2.000.000	X		X	No, prevale LS
RICAVI	oltre € 2.000.000			X	
ATTIVO	da 0 a € 300.000	X (è possibile)	X		Sì
ATTIVO	da € 300.001 a € 2.000.000	X (è possibile)		X	No, prevale LS
ATTIVO	superiore a € 2.000.000			X	
INDEBITAMENTO	fino ad € 500.000	X (è possibile)	X		Sì
INDEBITAMENTO	superiore ad € 500.000	X (è possibile)		X	No, prevale LS
INDEBITAMENTO Debiti scaduti	Inferiore a € 30.000	X	X		
DIPENDENTI	fino a 10 unità	X	X (è possibile)	X (è possibile)	Sì tra LS e LC
DIPENDENTI	superiore a 10 unità		X (è possibile)	X (è possibile)	Sì tra LS e LC

Ci si può domandare se, mentre tra liquidazione giudiziale e liquidazione semplificata viene previsto un criterio di prevalenza a favore della liquidazione semplificata, nei casi in cui ricorrano contemporaneamente i requisiti per l'accesso alla liquidazione semplificata e alla liquidazione controllata, il legislatore nazionale sarà legittimato a prevedere un criterio di prevalenza, oppure se il debitore potrà scegliere in autonomia tra le due procedure.

Il Codice della crisi prevede, per le imprese commerciali minori, per quelle agricole, per i professionisti e, in generale, per tutti i soggetti non imprenditori non specificamente esclusi dalla disciplina sul sovraindebitamento, la possibilità di ricorrere alla procedura di liquidazione controllata, ai sensi degli artt. 268 ss.

La prima criticità è nella sovrapposizione parziale tra le definizioni di imprese per l'accesso alla liquidazione controllata e alla liquidazione semplificata.

Nei primi commenti si è osservato che sarebbe auspicabile il recepimento da parte del legislatore domestico, delle disposizioni sulla liquidazione semplificata delle microimprese contenute nella Proposta, nel contesto della procedura di liquidazione controllata.



2. L'amministrazione preconfezionata – Il c.d. pre-pack

Il Titolo IV della Proposta di direttiva introduce il c.d. *pre-pack* - che si può identificare come un insieme di attività propedeutiche alla procedura di regolazione dell'insolvenza, quest'ultima con finalità liquidatoria di beni.

L'istituto rappresenta una delle innovazioni più rilevanti della Proposta e dovrà essere strutturalmente inserita nelle discipline sull'insolvenza di tutti gli Stati membri.

Il cosiddetto *pre-pack* si sostanzia infatti in un'attività di preparazione e di negoziazione volta alla vendita dell'azienda (o di uno o più rami aziendali) prima che sia formalmente aperta una procedura di insolvenza. La conclusione della vendita avviene subito dopo l'apertura della procedura, essendosi compiute una serie di attività preparatorie che ne hanno anticipato l'*iter* negoziale e di verifica da parte del potenziale acquirente interessato.

Come già esposto nell'introduzione, la Proposta si pone l'obiettivo di far conseguire il massimo recupero di valore dall'impresa insolvente in un minor tempo, tutelando maggiormente il diritto di soddisfacimento dei creditori.

La procedura di *pre-pack*, in particolare, si pone quale primo obiettivo quello di impedire la dispersione dell'avviamento commerciale, con evidenti risvolti positivi per la massa (si pensi all'*iter* di liquidazione di un complesso organizzato di beni in funzionamento, costituito dall'azienda o da un suo ramo, rispetto alla vendita parcellizzata dei singoli assets di attivo).

La nuova procedura incentiverebbe gli acquirenti dell'impresa che potrebbero trovarsi ad approcciare per l'acquisto un'azienda ancora in funzionamento - o parte di essa - potendo anche contare su tempi certi e abbreviati rispetto alla normale procedura concorsuale di vendita, oggi in seno alla liquidazione giudiziale.

Al contempo, la Proposta si preoccupa di ridurre al minimo il rischio - rilevato negli ordinamenti in cui già vige la procedura di *pre-pack* - che non sia conseguito il "giusto prezzo" e non siano prese in considerazione altre offerte ritenute più vantaggiose a discapito soprattutto dei creditori chirografari.

2.1. Inquadramento dell'istituto

Nella procedura di *pre-pack* (procedura preconfezionata), un complesso aziendale, o sua parte, facente capo all'impresa del debitore insolvente è venduto in base a un "*contratto negoziato in via riservata prima dell'avvio di una procedura di insolvenza, sotto la supervisione di un commissario nominato da un organo giurisdizionale, cui fa seguito una breve procedura di insolvenza nella quale la vendita*" – già oggetto di negoziazione "*in via preliminare – è formalmente autorizzata ed eseguita tempestivamente*"⁵.

⁵ Come viene chiarito nella nota 13 della relazione illustrativa della Proposta.



Come risulta dall'art. 19 della Proposta, la procedura di *pre-pack* si sostanzia in due fasi:

1. Fase pre-concorsuale, *“finalizzata a trovare un acquirente adeguato per l'impresa del debitore o parte di essa”*, in cui si apriranno le ulteriori fasi interne attinenti a:
 - richiesta del debitore;
 - nomina del commissario;
 - ricerca rapida di un acquirente.
2. Fase concorsuale, *“finalizzata ad approvare ed eseguire la vendita dell'impresa del debitore o di parte di essa e a ripartire il ricavato tra i creditori”* nell'ambito della quale si avranno le fasi di:
 - nomina del liquidatore
 - vendita.

L'art. 19, comma 2, rinvia ad alcuni aspetti della procedura di liquidazione, come i gradi di prelazione dei crediti, le norme sul riparto del ricavato ed alle disposizioni in vigore di ciascuno Stato membro, purché siano compatibili con il diritto unionale.

Il legislatore europeo ha inteso fare propria l'esperienza maturata da alcuni Stati, sia appartenenti all'Unione europea (Germania, Paesi Bassi, Spagna, Francia) sia extraeuropei (Regno Unito, Canada, U.S.A. ed anche Singapore, India, Filippine), con la finalità precipua di limitare la dispersione del valore d'impresa e, conseguentemente, cercando di anticipare i tempi della liquidazione rispetto alla formale presa d'atto della situazione di insolvenza da parte degli organi giurisdizionali.

La procedura deve essere attivata esclusivamente su iniziativa del debitore, resosi consapevole di non poter far fronte al pagamento in tutto o in parte dei propri debiti.

Vi sarà quindi l'opportunità di anticipare i tempi ed evitare la disgregazione della propria impresa, consentendo di ridurre al minimo la durata della procedura e i tempi di approvazione da parte dei creditori e del giudice, riducendone sensibilmente i costi.

Tale percorso favorisce la circolazione dell'impresa, per effetto della “ristrutturazione liquidatoria”, arrivando a contemplare la partecipazione – come si vedrà nel prosieguo – anche di soggetti in conflitto d'interesse, adottando le opportune contromisure.

2.2. Ambito di applicazione

Un contributo alla miglior comprensione della natura ed ambito di applicazione della procedura di *pre-pack* è dato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022 (C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321), che si è occupata di una controversia tra la federazione del movimento sindacale dei Paesi Bassi e una società dello stesso Paese.

L'oggetto del contendere era il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di essi, garantito dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE: in tale



contesto, è stato chiarito, in particolare, che la fase di liquidazione della procedura di *pre-pack* deve essere considerata a tutti gli effetti una procedura di insolvenza.

La stessa indicazione emerge dalla lettura dell'art. 20, secondo comma, della proposta di direttiva, laddove è specificato che la (seconda) fase liquidatoria del *pre-pack* è una procedura di insolvenza, che ha lo scopo di liquidare i beni del cedente-debitore, con l'autorità pubblica avente funzioni di controllo. Ciò implicherà la conseguente disapplicazione delle tutele in materia di lavoro, come meglio si avrà modo di esporre nel prosieguo.

Sul punto poi l'articolo 23 della Proposta, nel trattare la sospensione delle azioni esecutive individuali nell'ambito della procedura *pre-pack*, amplia il raggio d'azione anche alle situazioni di probabile insolvenza.

Da ciò potrebbe prosì la necessità di coordinare quanto verrà previsto con il c.d. *pre-pack* con le disposizioni relative alla composizione negoziata, notoriamente destinato anche alle imprese in situazione di insolvenza reversibile, con evidenti interferenze sull'art. 22, comma 1, lett. d), CCII, così come con quelle del concordato semplificato di cui all'art. 25-septies CCII.

Una differenza sostanziale rispetto all'attuale quadro normativo delineato per la composizione negoziata del Codice della Crisi – che, a determinate condizioni, già consente una “circolazione controllata” dell'azienda – è la presenza dell'esperto, la cui nomina non dipende dall'autorità giudiziaria.

Occorrerà poi comprendere come il legislatore italiano vorrà recepire la procedura di *pre-pack* nel concordato preventivo in continuità, tenuto conto che attualmente la cessione d'azienda in esercizio ad un soggetto terzo costituisce una forma di continuità indiretta.

In conclusione, tale procedura si pone come ulteriore elemento di scelta qualora sussistano le seguenti condizioni:

- situazione di insolvenza (o di probabile insolvenza);
- procedura di carattere liquidatorio e non in continuità, diretta o indiretta.

2.3. Il debitore

All'interno di questa cornice normativa, il debitore assume un ruolo fondamentale:

- promuovendo l'iniziativa di avvio, mediante istanza, della procedura di *pre-pack* (art. 22, par. 1);
- mantenendo la gestione corrente dell'attività e di controllo dei beni nella fase di preparazione (art. 22, par. 4), che ogni Stato membro dovrà disciplinare.

Egli può arrivare a condizionare la sorte della liquidazione (si pensi al contenuto dell'art. 32 che ipotizza l'acquirente dell'impresa come parte strettamente correlata al debitore).



2.4. L'organo giurisdizionale

La Proposta chiarisce che *“l'organo giurisdizionale competente a livello internazionale per la procedura principale di insolvenza del debitore è competente anche per la procedura di pre-pack”*⁶.

L'organo giurisdizionale competente, se accoglie la richiesta del debitore, dà impulso alla fase di preparazione nominando un commissario (art. 22, par. 1) e, successivamente all'apertura della fase di liquidazione, nomina il commissario come amministratore delle procedure di insolvenza (art. 25).

L'organo giurisdizionale inoltre, nella procedura pre-pack, ha competenza esclusiva in materia di:

- portata ed effetti sui debiti e sulle passività della vendita dell'impresa o parte di essa (art. 21). A questo proposito l'art. 28 della Proposta prevede in linea generale che l'oggetto della vendita sia privo di debiti e passività, salvo diversa decisione da parte dell'acquirente, che potrà accollarsi determinati debiti in *“conto prezzo”*. Tale aspetto accomuna il pre-pack alla possibilità di cessione d'azienda all'interno della composizione negoziata, previa autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere dell'esperto.

Ogni Stato dell'Unione Europea può stabilire che tale organo possa indire un'asta pubblica nella fase di liquidazione (art. 24, par. 3) e tale punto riveste grande importanza nell'efficacia dello strumento in questione.

Nella fase di liquidazione, l'organo giurisdizionale autorizza la vendita dell'impresa o di parte di essa del debitore all'acquirente, come da proposta del commissario; in mancanza delle prescrizioni dettate per la fase di preparazione, l'organo giurisdizionale non autorizza la vendita e prosegue con la procedura di insolvenza (art. 26).

L'organo giurisdizionale inoltre è competente a decidere sulla risoluzione dei contratti ineseguiti, facenti parte dell'impresa del debitore o di parte di essa, a determinate condizioni (art. 27); così come è competente per i ricorsi contro le decisioni di altro organo giurisdizionale relative all'autorizzazione o all'esecuzione della vendita (art. 29).

2.5. Il commissario

Ai sensi dell'art. 22, la fase di preparazione è gestita da un commissario o da un controllore (*the monitor*), nominato dall'organo giurisdizionale competente; costui è il principale attore della fase di preparazione, unitamente al debitore. I commissari, *“persone”* (art. 22, par.3), possono essere considerati *“amministratori delle procedure di insolvenza”* (sono i singoli Paesi UE che decidono), ossia una delle seguenti figure nell'ambito della legislazione italiana, come richiamate dall'art. 2, punto 5 e allegato B del Regolamento UE 2015/848, modificato a seguito della novità apportate con il Codice della crisi:

- Curatore;

⁶ Cfr. la parte illustrativa della Proposta e l'art. 28.



- Commissario giudiziale,
- Commissario straordinario,
- Commissario liquidatore,
- Liquidatore giudiziale,
- Professionista nominato dal Tribunale,
- Organismo di composizione della crisi nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento,
- Liquidatore.

L'art. 22 della Proposta dispone che ogni Stato membro, nel recepire la Direttiva, provveda a disciplinare i seguenti aspetti:

- i requisiti di nomina del commissario (art. 22, par. 3);
- il compenso spettante al commissario (art. 22, par. 5), sia in caso di fase di liquidazione (a carico della *“massa fallimentare come spesa amministrativa privilegiata”*), sia in sua assenza (posto in questo caso a carico del debitore);
- nel processo di vendita, che fa parte della fase di preparazione, i documenti e le relazioni che deve produrre il commissario (art. 22, par. 2, lett. a);
- modalità di vendite competitive, trasparenti, eque e in linea con le norme di mercato (art. 24, par.1) e le giustificazioni che deve fornire il commissario sul punto (art. 22, par. 2, lett. b). Tale aspetto non si applica se l'organo giurisdizionale *“indice un'asta pubblica nella fase di liquidazione a norma dell'articolo 26”* (art. 24, par. 3);
- la scelta da parte del commissario del miglior offerente per l'acquisto (art. 22, par. 2, lett. c), giusti i criteri di selezione indicati dall'art. 30. In sostanza, come chiarito *“si precisa che i criteri per scegliere l'offerta migliore debbano essere gli stessi adottati nelle procedure concorsuali liquidatorie, in Italia nella liquidazione giudiziale e quindi, con riferimento al nostro sistema, il miglior prezzo a parità delle altre condizioni di vendita”*⁷;
- la verifica che la migliore offerta non violi il miglior soddisfacimento dei creditori (lett. d), concetto già espresso nel nostro ordinamento dall'art. 84 CCII tra le finalità del concordato preventivo;
- nella fase di preparazione, la possibilità di sospendere le azioni esecutive individuali, qualora *“ciò faciliti lo svolgimento agevole ed efficace della procedura di pre-pack”*, sentito il commissario (art. 23). Questo aspetto accomuna la disciplina in questione alla composizione negoziata della crisi.

⁷ L. PANZANI, *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova Direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza*, in *diritto dellacrisi.it*. 10 gennaio 2023.



2.6. Fase di preparazione e fase di liquidazione

Il Capo 2 relativo alla “*Fase di preparazione*” articolata in tre disposizioni (artt. da 22 - 24)⁸ non fornisce un contenuto minimo delle modalità di formazione della proposta e di individuazione del miglior offerente, lasciando ampi spazi di intervento ai singoli Stati nel recepire la Direttiva.

Piuttosto sono inserite “*misure di salvaguardia per garantire che sia preso contatto con i potenziali acquirenti e che sia conseguito il miglior valore di mercato possibile grazie a un processo di vendita competitivo*”: ciò ha il chiaro intento di garantire la massima “*competitività, la trasparenza e l’equità del processo di vendita*” nonché la rapida vendita dell’impresa⁹.

Il Capo 3 “*Fase di liquidazione*” (artt. 25 - 29) ugualmente non dettaglia gli specifici passaggi della approvazione e della esecuzione della vendita e successivo riparto ai creditori. Peraltro, alcuni elementi lasciano intendere che la fase di liquidazione sia avulsa dai risultati conseguiti nella fase di preparazione; infatti, come si vedrà oltre, l’organo giurisdizionale decide:

- sul dare seguito alla vendita dell’impresa o di parte di essa, proseguendo nella procedura di *pre-pack*;
- in mancanza dei requisiti, nel proseguire la procedura di insolvenza che, in realtà, decorre dall’apertura di tale fase, poiché vengono meno gli elementi della fase precedente di preparazione. La procedura di *pre-pack* non si completa.

La Proposta di direttiva provvede a individuare i seguenti aspetti, che ciascuno Stato dovrà recepire, vale a dire che:

- all’apertura della fase di liquidazione, il commissario sia nominato dall’organo di giurisdizione come amministratore delle procedure di insolvenza, che potrebbe corrispondere con quello della fase di preparazione (art. 25);
- al momento dell’apertura della fase di liquidazione, sia concessa da parte dell’organo giurisdizionale autorizzazione alla vendita dell’impresa, o di parte di essa, all’offerente, proposto dal commissario, subordinatamente al rilascio di un parere ove si attesti che il processo di vendita è conforme a quanto prescritto per la fase di preparazione, pena la mancata autorizzazione ed il proseguimento della procedura di insolvenza (art. 26, par. 1);
- per garantire la minor durata della procedura di *pre-pack*, in caso di indizione di asta pubblica, quest’ultima non abbia durata superiore a quattro settimane e che prenda avvio “*entro due settimane dall’apertura della fase di liquidazione*”, con prezzo base pari all’offerta individuata dal commissario (*stalking horse*). Le tutele concesse all’offerente iniziale non devono essere tali da dissuadere i potenziali ulteriori offerenti (art. 26, par. 2);
- al fine di tutelare l’acquirente e disinnescare le conseguenze negative derivanti dall’insolvenza dell’impresa, sia garantita la cessione dei *contratti ineseguiti necessari per il proseguimento*

⁸ Il capo I del Titolo IV è dedicato alle disposizioni generali della procedura di *pre-pack*.

⁹ Come si evince dalla relazione illustrativa della Proposta.



dell'attività del debitore ritenuti indispensabili per la continuità aziendale, senza dover avere il consenso della controparte (art. 27, par. 1). Tale regola non trova applicazione:

1. quando l'acquirente è concorrente di coloro che hanno sottoscritto contratti con il debitore tale garanzia non si applica (par.1), poiché l'acquirente può evidentemente sostituirsi al fornitore originario;
2. quando la risoluzione dei contratti ineseguiti sia nell'interesse dell'impresa del debitore, salvo per le licenze di diritti di proprietà intellettuale e industriale (par. 2, lett. a);
3. quando il contratto ineseguito ha come controparte un'autorità pubblica con obblighi contrattuali di servizio pubblico che l'acquirente non possiede i requisiti tecnici e giuridici richiesti (par. 2, lett. b).

Per la prosecuzione o la risoluzione dei contratti ineseguiti si applica la legge dello Stato in cui è stata aperta la fase di liquidazione (par. 3).

Sull'obbligo delle controparti a proseguire nei contratti ineseguiti, il Comitato economico e sociale europeo (CESE), organo consultivo della UE, nel suo parere ha espresso una riserva, in quanto: ciò andrebbe a vincolare artificialmente le controparti a un partner contrattuale che non hanno mai scelto né esaminato e a limitare la loro libertà imprenditoriale, con la conseguenza di scoraggiare i fornitori a concedere credito soprattutto nei confronti di soggetti che versano in condizioni finanziarie difficili.

Come già esposto, è data facoltà all'acquirente dell'impresa, o parte di essa, di acconsentire a sostenere i debiti e le passività, derogando alla regola generale di vendita senza *assets* negativi (art. 28). L'art. 29, sempre con il precipuo scopo di minimizzare i tempi di realizzo dell'impresa del debitore, prevede che il ricorrente contro la decisione dell'organo giurisdizionale di autorizzare o eseguire la vendita dell'impresa o parte di essa debba costituire un'adeguata garanzia (par. 1) affinché possa avere effetti sospensivi, sempreché lo stesso organo decida discrezionalmente e in misura appropriata di esentare, in tutto o in parte, da tale prestazione le persone fisiche ricorrenti (par. 2).

2.7. Tutela degli interessi dei creditori

Facendo seguito alle disposizioni relative alla fase di preparazione e alla fase di liquidazione, rispettivamente disciplinate nel capo 2 e nel capo 3, il successivo capo 4 della Proposta contiene "*Disposizioni pertinenti per entrambe le fasi della procedura di pre-pack*" (artt. 30-35). Tali articoli sono volti a tutelare gli interessi dei creditori che, ancora una volta, coincidono con i seguenti obiettivi:

- minimizzare i tempi di realizzo;
- massimizzare il valore dell'impresa

nel rispetto della normativa vigente, degli obblighi incombenti sul commissario/amministratore delle procedure di insolvenza, delle condizioni previste in caso di acquisto da parte delle parti strettamente correlate al debitore.



La tutela si estende anche ai “*detentori di strumenti di capitale*” dell’impresa del debitore, come ben evidenziato dall’art. 34, par. 1.

Anche con riguardo a tale tematica la Proposta di direttiva lascia ampi spazi di manovra agli Stati membri.

Si segnalano in particolare:

- l’art. 30 per cui gli Stati membri devono individuare criteri per la “*selezione della migliore offerta nella procedura di pre-pack*” che siano i medesimi criteri impiegati “*per la selezione tra offerte concorrenti nella procedura di liquidazione*”;
- l’art. 31 che reca previsioni in ordine ai danni arrecati ai creditori ed ai terzi interessati dalla procedura di *pre-pack* dal commissario/amministratore delle procedure di insolvenza in caso di mancato rispetto di obblighi;
- l’art. 32 che si concentra sulle cessioni a parti strettamente correlate del debitore¹⁰ prevedendo tutele rafforzate. Da ciò emerge il principio di superamento di norme afflittive nei confronti del debitore e l’evoluzione verso norme che tendono a massimizzare gli obiettivi perseguiti dalla Proposta di direttiva in esame (la circolazione delle aziende), ma salvaguardando competitività, trasparenza ed equità. E così le parti strettamente correlate devono comunicare agli organi della procedura la loro relazione con il debitore (par. 1, lett. a)), che devono essere comunicate alle altre parti coinvolte nel processo di vendita (lett. b); le parti non strettamente correlate devono disporre di un tempo sufficiente per presentare un’offerta (lett. c). In caso di violazione della lett. a) è facoltà degli Stati membri impedire l’acquisto dell’impresa senza debiti e passività. Infine, in caso di unica offerta da una parte strettamente correlata al debitore, gli Stati membri devono prevedere “*misure di salvaguardia supplementari per l’autorizzazione e l’esecuzione della vendita*”; tra cui si colloca l’obbligo per il commissario e l’amministratore delle procedure di insolvenza di respingere l’offerta se non risponde all’esigenza di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori (par. 2);

¹⁰ La definizione di parte correlata è lasciata all’art. 2, lett. q) della Proposta. Con “parte strettamente correlata al debitore” si intendono: le persone, comprese le persone giuridiche, che hanno un accesso preferenziale a informazioni non pubbliche sugli affari del debitore.

Se il debitore è una persona fisica, le parti strettamente correlate comprendono in particolare:

- i) il coniuge o partner del debitore;
- ii) gli ascendenti, i discendenti e i fratelli e sorelle del debitore, o del coniuge o partner, e i coniugi o partner di tali persone;
- iii) le persone che vivono nel nucleo familiare del debitore;
- iv) le persone che lavorano per il debitore in base a un contratto di lavoro e hanno accesso a informazioni non pubbliche sugli affari del debitore, o che svolgono in altro modo compiti attraverso i quali hanno accesso a siffatte informazioni, compresi consulenti, contabili o notai;
- v) le persone giuridiche nelle quali il debitore o una delle persone di cui ai punti da i) a iv) del presente comma è membro degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza o svolge compiti che prevedono l’accesso a informazioni non pubbliche sugli affari del debitore.

Se il debitore è una persona giuridica, le parti strettamente correlate comprendono in particolare:

- i) i membri degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del debitore;
- ii) i detentori di strumenti di capitale con una partecipazione di controllo nel debitore;
- iii) le persone che svolgono funzioni analoghe a quelle svolte dalle persone di cui al punto i);
- iv) le persone che sono strettamente correlate, a norma del secondo comma, alle persone elencate ai punti i), ii) e iii) del presente comma.



- l'art. 33 nell'ottica della massimizzazione del valore dell'impresa del debitore o parte di essa fornisce indicazioni per il finanziamento delle imprese stabilendo che qualora occorressero finanziamenti temporanei¹¹ (come definito dall'art. 2, lett. i), se del caso anche da parte dei soci, il commissario/amministratore delle procedure di insolvenza devono agire per ridurre al minimo i costi dei finanziamenti; gli erogatori dei finanziamenti hanno il diritto di pagamento prioritario (prededuzione), nelle successive procedure di insolvenza (quindi anche se la procedura di *pre-pack* non vada a buon fine), rispetto agli altri creditori anche di grado superiore o uguale, nonché diritti di garanzia di rimborso sul ricavato della vendita dell'impresa o ramo di essa; se gli offerenti eseguono finanziamenti intermedi, questi possono chiedere di portarli a compensazione con il prezzo da pagare a seguito dell'aggiudicazione (par. 1). La stessa possibilità di compensazione compete al creditore beneficiario di un diritto di garanzia che grava sull'impresa oggetto di procedura di *pre-pack* con quanto dovuto a seguito dell'offerta, "solo a condizione che il valore di tali crediti sia significativamente inferiore al valore di mercati dell'impresa" (par. 3). Viene precisato che ai finanziatori-offerenti non siano tuttavia concessi diritti di prelazione (par. 2);
- l'art. 34 che in punto di tutela degli interessi dei creditori prevede che i creditori e i soci (*holders of equity*) siano ascoltati dall'organo giurisdizionale in prospettiva dell'autorizzazione o dell'esecuzione della vendita (par. 1), salvo che questi non siano soddisfatti in termini di pagamento o di mantenimento di interessi o debbano essere pagati integralmente (par.2); la norma prevede anche l'allineamento delle condizioni per lo svincolo¹² dei diritti di garanzia tra procedura di *pre-pack* e procedura di liquidazione (par. 3), nonché la previsione di possibili deroghe (par. 4);
- l'art. 35 che si riferisce alla particolare fattispecie in cui l'acquisto dell'impresa nell'ambito della procedura di *pre-pack* sia sottoposta a una decisione di un'autorità garante della concorrenza, per ovviare a rischi significativi di ritardo e di compromissione dell'esito positivo dell'offerta.

2.8. Svantaggi

Armonizzazione selettiva

Su molte questioni e temi la Proposta persegue una cd. "armonizzazione selettiva", apparentemente un ossimoro, ovvero indica le linee guida e gli aspetti salienti delle procedure, lasciando piena libertà agli Stati membri nel dettare la disciplina delle stesse in sede di recepimento. Ad esempio, è lasciata ampia libertà agli Stati membri nel decretare la disciplina, complessa, del passaggio fra la fase preparatoria (pre-concorsuale) e quella liquidatoria (concorsuale). Spetterà ad ogni Stato contemplare, in linea con lo spirito della direttiva, un accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi che sia al contempo sia deformalizzato e rapido che affidabile. Ancora l'art. 20 statuisce che la fase liquidatoria

¹¹ Definiti nell'art. 2, lett. i), come "qualsiasi nuova assistenza finanziaria fornita da un creditore esistente o da un nuovo creditore, che preveda, come minimo, un'assistenza finanziaria nel corso della procedura di *pre-pack* e che sia ragionevole e immediatamente necessaria affinché l'impresa del debitore o parte di essa continui a operare, o mantenga o aumenti il suo valore".

¹² Cui accenna la Proposta nella parte illustrativa.



sia da considerarsi una procedura d'insolvenza agli effetti dell'art. 5 par. 1 della direttiva 2001/23/CE, norma quest'ultima che prevede la esclusione in tale fase delle garanzie ai dipendenti dell'impresa cedente, che la stessa direttiva sembra voler tutelare. Anche in questa materia pertanto il Legislatore europeo, lasciando ampio spazio agli Stati membri, propone una "armonizzazione selettiva".

Vendita imperfetta per rapidità aste pubbliche

Nel *pre-pack* con aste pubbliche le gare sono sottoposte a tempistiche molto stringenti: aste indette entro due settimane dall'apertura della procedura da chiudersi in non più di quattro settimane. Il Legislatore unionale ha quindi deciso di sacrificare la possibilità di ottenere la migliore offerta all'altare della celerità.

Il rischio è che, se nella fase preparatoria, sotto il controllo del "monitor", non sia fatta una adeguata ricerca/individuazione dei potenziali acquirenti, il tempo troppo breve possa precludere l'accesso a tutti i potenziali interessati e quindi portare ad una procedura di vendita non competitiva, non equa, non trasparente e non rispettosa degli standard di mercato, con evidenti pregiudizi per il ceto creditorio.

Necessità della verifica di solidità finanziaria e accesso a finanziamenti acquirente

Appare opportuno che gli Stati membri disciplinino rigorosamente l'attività del "monitor", cui affidare il compito di verificare l'affidabilità e la solidità finanziaria degli offerenti, ovvero se saranno in grado di onorare gli impegni presi. Il "monitor" pertanto dovrà essere professionista (come il dottore commercialista ed esperto contabile) in grado di analizzare i bilanci e provvisto della conoscenza degli indici idonei alla valutazione della capacità finanziaria dell'offerente e pertanto della fattibilità ed affidabilità della proposta.

Evitare cessioni in frode ai creditori (a prezzi bassi) e condizioni non compatibili con l'obiettivo di tutelare gli interessi dei creditori

La Commissione è perfettamente consapevole della circostanza che le cessioni confezionate, soprattutto se fatte "a tavolino" senza la vigilanza del giudice, presentano criticità e si prestano a comportamenti di "moral hazard". L'opacità delle procedure di selezione del miglior offerente potrebbe favorire la tendenza del debitore o di alcuni contendenti interessati, a perseguire propri interessi a spese del ceto creditorio. Si spiega in questa prospettiva l'art. 32, che subordina la partecipazione alle gare delle «parti correlate» alla rivelazione agli altri concorrenti e agli organi della procedura dei propri rapporti con il debitore, e che condiziona l'autorizzazione e l'esecuzione della vendita in favore della parte correlata unico offerente allo svolgimento di accurate verifiche da parte degli organi della procedura sulla congruità dell'offerta. Nella stessa direzione va inoltre la norma che sottopone a limiti penetranti il cd. "credit bidding" (art. 33, par. 3), vale a dire la presentazione di offerte da parte dei titolari di garanzie reali sui beni componenti l'azienda, con la proposta di compensare il prezzo d'acquisto con l'ammontare del credito garantito (pratica che, nel migliore dei casi, porta a una sensibile riduzione della liquidità distribuibile agli altri creditori, e, nel peggiore, a un'intenzionale sottostima dei beni gravati da garanzia da parte dell'offerente). Ancora in questa



prospettiva, infine, possono menzionarsi il divieto di costituire diritti di prelazione a favore degli offerenti (art. 33, par. 2), e quello, affine, di concedere forme velate di prelazione (come penali e diritti al rimborso di spese) a chi, nella fase “preparatoria” di un pre-pack con asta pubblica, avesse presentato l’offerta migliore, poi scelta come base d’asta (art. 26, par. 2). Come è evidente, nella disciplina delle cautele il Legislatore europeo ha optato per una armonizzazione più spinta, lasciando meno spazio alla discrezionalità degli Stati membri, con l’obiettivo che la continuità si svolga in condizioni quanto più prossime a quelle della concorrenza perfetta delle vendite competitive concorsuali.

2.9.1. Confronto con l’attuale composizione negoziata

La procedura di *pre-pack*, come visto, consente di cedere in tutto o in parte l’azienda in continuità aziendale al miglior offerente, in vista della liquidazione del patrimonio del debitore per effetto dell’accertata insolvenza dello stesso.

Giova confrontare detta procedura con quelle disciplinate dal CCII: in particolare, è interessante esaminare quanto disposto in tema di composizione negoziata. Il Codice della crisi ha previsto nella composizione negoziata una possibilità di vendita accelerata dell’azienda all’art. 22, comma 2, lett. d) CCII, che prevede che *“il tribunale possa autorizzare l’imprenditore in composizione negoziata a trasferire in qualunque forma l’azienda o uno o più dei suoi rami senza che si verifichi la successione dell’acquirente nelle obbligazioni pendenti ai sensi dell’art. 2560 c.c., fermi restando gli obblighi previsti dall’art. 2112 relativamente ai rapporti di lavoro. In tale ipotesi il tribunale detta le disposizioni opportune a tutela degli interessi coinvolti e verifica il rispetto del principio di competitività nella selezione dell’acquirente”*.

Nel concordato semplificato l’art. 25-septies CCII dispone *che* una volta intervenuta l’omologazione se il piano di liquidazione comprende un’offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell’azienda o di uno o più rami d’azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l’assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all’offerta e alla vendita si applicano gli articoli da 2919 a 2929 c.c. Quando il piano di liquidazione prevede che il trasferimento debba essere eseguito prima della omologazione, all’offerta dà esecuzione l’ausiliario, verificata l’assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità ora viste, previa autorizzazione del tribunale.

Tanto nella composizione negoziata, quanto nel concordato semplificato, pertanto, il legislatore consente di dar corso alla vendita dell’azienda in presenza di un’offerta, nel rispetto del principio di competitività.

Composizione negoziata e concordato semplificato consentono, dunque, l’attuazione di schemi simili a quelli del *pre-pack*, in ragione dell’evidente convenienza di dar corso alla vendita al più presto nella maggior parte delle situazioni di insolvenza.

Volgendo l’attenzione alle figure professionali interessate dai procedimenti in esame, risulta evidente il divario tra le figure di esperto nella composizione negoziata e di *monitor* nella procedura *pre-pack*.



DOCUMENTO

La continua evoluzione del diritto concorsuale:
una nuova proposta di direttiva UE



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

RICERCA

Invero, l'esperto è un facilitatore, ha il compito di agevolare le trattative con i creditori, ed è più assimilabile alla figura di mediatore che a quella di *monitor*. La figura del *monitor*, al contrario, appare al momento essere ancora lontana dall'idea del legislatore italiano: la Proposta di direttiva suggerisce infatti un sistema che ha qualche tratto in comune con il meccanismo delle offerte concorrenti disciplinato dal Codice della Crisi, ma si distingue da quest'ultimo perché rimette al *monitor* nel corso della fase preparatoria l'individuazione delle condizioni della vendita, secondo i meccanismi ordinariamente seguiti nelle trattative negoziali per le cessioni d'azienda, evitando così che possano confrontarsi offerte con contenuto diverso.



3. La revisione dei principi che governano la definizione degli atti pregiudizievoli

Le pagine precedenti hanno illustrato presupposti e finalità della Proposta di direttiva: uno degli aspetti centrali è quello di fornire maggiori strumenti normativi per la massimizzazione dell'attivo da realizzare.

Una leva storicamente utilizzata nelle procedure liquidatorie del nostro sistema è da sempre la valutazione che gli organi deputati fanno circa l'esperimento di azioni revocatorie, che nella proposta comunitaria in commento vedono un possibile "effetto revamping", con un ampliamento delle possibili casistiche attrattive, anche e soprattutto relativamente agli atti omissivi e di inerzia del debitore.

Un altro aspetto di rilievo è connesso alle stringenti tempistiche entro cui gli amministratori devono attivarsi in esito alla verifica dello stato di insolvenza, circostanza che rende estremamente delicato il loro ruolo ed amplifica il potenziale attivo esperibile in caso di procedure, nonché il contenzioso potenziale connesso.

3.1. I comportamenti omissivi quali pregiudizievoli della massa

Un *focus* di approfondimento all'interno della Proposta di direttiva merita l'introduzione del concetto di "atto omissivo", ovvero un atteggiamento assunto dal debitore insolvente che abbia generato con il proprio comportamento un pregiudizio alla massa dei creditori.

In linea con il principio di armonizzazione degli aspetti del diritto dell'insolvenza formulato dalla Proposta di direttiva, valevole per tutti gli Stati membri, l'azione revocatoria¹³ è legata ad un concetto più ampio di atto revocabile rispetto al disposto dell'art. 166 del CCII, in quanto comprende qualsiasi comportamento avente effetti giuridici, ivi comprese le omissioni del debitore, che rechino un possibile pregiudizio ai creditori concorsuali.

Ciò posto, gli atti revocabili non sono solo quelli che gravitano nel raggio d'azione del debitore, ma anche quelli posti in essere dalle controparti contrattuali del medesimo o da soggetti terzi.

L'art. 166, comma 2, CCII prevede infatti che sono revocabili, se il curatore prova che il creditore conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, gli atti compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori.

Tale principio di novità dettato dalla Proposta di direttiva, che fa decorrere il periodo sospetto dalla domanda di apertura del procedimento liquidatorio e non dalla data del provvedimento che provvede su tale domanda, rappresenta un elemento meno garantista per i soggetti terzi, in quanto a differenza

¹³ Per un dettagliato esame della disciplina delle *avoidance actions*, G. CORNO, *Prime riflessioni sulla proposta della commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina delle azioni revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana*, in CNDCEC, FNC, Associazione Albese Studi di diritto commerciale, *Stagflazione, guerra, pandemia: il codice della crisi alla prova dei fatti*, a cura di L. PANZANI, Bari 2023, 47 e ss.



della sentenza che apre la liquidazione giudiziale, la domanda non è oggetto di pubblicità nei confronti di questi ultimi.

Ciò posto, va evidenziato che, la Commissione UE distingue gli atti revocabili in tre categorie: 1) gli atti preferenziali posti in essere dal debitore che favoriscono tramite il soddisfacimento, la concessione di garanzie o in altro modo uno o più creditori, e per tale fattispecie, il periodo sospetto è di tre mesi dalla domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale; 2) gli atti a titolo gratuito o con corrispettivo non adeguato alla controprestazione, e per tale fattispecie, il periodo sospetto è di un anno dalla domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale; 3) gli atti compiuti intenzionalmente a danno della massa dei creditori, e per tale ultima fattispecie il periodo sospetto è di quattro anni, dalla domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Nella categoria degli atti revocabili enunciati al punto 1) ovvero quella in cui rientrano gli atti che comportano un trattamento preferenziale nei confronti dei terzi, la Proposta di Direttiva UE effettua una ulteriore valutazione è, cioè, se questi siano compiuti in maniera “congrua” cioè, che si tratti di atti comunque dovuti (es. debito scaduto) o in maniera “incongrua” ovvero che si tratti di atti anomali (es. pagamenti di debiti immaturi o effettuati con mezzi anomali).

Per la seconda e la terza categoria di atti revocabili come descritte al punto 2) è sufficiente che l'atto sia stato perfezionato nel periodo sospetto, individuato nell'anno precedente la presentazione della domanda diretta alla dichiarazione d'insolvenza, nonché nel periodo successivo alla stessa, mentre per gli atti revocabili come descritti al punto 3) oltre che il compimento nel periodo sospetto esteso ai quattro anni precedenti all'inizio del procedimento per la domanda di liquidazione giudiziale, la conoscenza, in capo al terzo dell'intenzione del debitore di provocare un pregiudizio alla massa dei creditori.

Tale ultima casistica così come formulata dalla Proposta di direttiva prevede una disciplina che sembrerebbe per certi versi paragonabile all'azione revocatoria ordinaria stabilita dall'art. 2901 c.c. e dall'art. 165 CCII se non fosse per due limitazioni: la prima rappresentata dalla necessità che l'atto di cui si richiede la revoca sia anteriore al sorgere del credito; la seconda che il creditore, oltre che consapevole del danno, concorra con il debitore alla dolosa preordinazione dell'operazione in danno degli altri creditori.

La Proposta si focalizza su due obiettivi di primaria importanza:

- la tutela della massa dei creditori demandando ai singoli Stati membri l'attivazione di politiche interne volte al restringimento delle esenzioni relative all'applicabilità delle azioni revocatorie con l'adeguamento degli ordinamenti legislativi nazionali;
- l'efficacia delle azioni revocatorie, quale strumento primario per il recupero di attivo al fine del soddisfacimento dei creditori concorsuali.



3.2. L'obbligo degli amministratori di ricorso tempestivo alle procedure di insolvenza

Particolarmente significative appaiono le disposizioni contenute negli artt. 36 e 37 del Titolo V della Proposta inerente agli obblighi degli amministratori di richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza e alle responsabilità di questi ultimi.

Ai sensi dell'art. 36 della Proposta, gli Stati membri dovranno provvedere affinché, in caso di insolvenza di una persona giuridica, gli amministratori siano tenuti a richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza entro tre mesi dalla conoscenza dell'insolvenza o dalla presumibile conoscenza dello stato di insolvenza.

L'elemento "innovativo" della portata della Proposta è dato dalla previsione di un termine fisso di tre mesi posto a carico dell'organo amministrativo per l'apertura della procedura in luogo di un termine che nell'attuale CCII non è individuato.

L'art. 37 della Proposta prevede invece la specifica responsabilità civile degli amministratori stabilendo che gli *"Stati membri provvedono affinché gli amministratori del soggetto giuridico insolvente siano responsabili dei danni subiti dai creditori a seguito del mancato rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 36"* Restano impregiudicate le norme nazionali approvate dagli Stati membri in tema di responsabilità degli amministratori¹⁴, in caso di mancata richiesta di apertura della procedura di insolvenza.

In relazione alla formulazione di cui agli artt. 36 e 37 della Proposta non appare chiaro se l'amministratore, di fronte all'evento dell'insorgenza dell'insolvenza come sopra declinata, possa assolvere al proprio obbligo accedendo a istituti e procedure alternative alla liquidazione giudiziale quali sono, ad esempio, la composizione negoziata o l'accordo di ristrutturazione dei debiti disciplinati nel Codice della crisi.

Stando all'interpretazione degli atti della Commissione sembrerebbe desumersi che non vi siano alternative per l'amministratore di far ricorso a procedure alternative di composizione della crisi rimarcandone la responsabilità in caso di omissione, con conseguente quantificazione del danno.

Tale interpretazione potrebbe presentare profili di contrasto con la disciplina interna, laddove, come si è detto sopra, l'introduzione del Codice della crisi, peraltro recentemente novellato, si fonda sul caposaldo della continuità aziendale da perseguire anche con l'adozione di idonei strumenti giuridici attivabili concretamente anche in un contesto di crisi di impresa conclamata, ma non irreversibile. In questo senso va letta e interpretata la disciplina del concordato in continuità e lo stesso presupposto oggettivo della composizione negoziata che comprende lo stato di insolvenza.

Un altro aspetto di rilievo è rappresentato dalla nozione di insolvenza. L'insolvenza rilevante ai fini degli obblighi degli amministratori non viene definita dalla Proposta e contrariamente alla Direttiva Insolvency, la Proposta non sembra rinviare alla normativa dei singoli Stati membri per la sua definizione. Si tratta di circostanza significativa.

¹⁴ La nozione di amministratore è intesa nel senso più ampio.



Occorre, poi ricordare, che la quantificazione del termine espresso dalla locuzione “*senza indugio*” o “*tempestivo*” viene generalmente interpretato (*ex post*) dalla giurisprudenza, con valutazioni condotte caso per caso.

Aderendo all’interpretazione meno restrittiva¹⁵, sembrerebbe consentito ritenere, anche in aderenza con l’impostazione dell’attuale Codice della crisi fondato, come si ripete, sul presupposto dell’“*early warning*”, che l’organo amministrativo si debba attivare dal momento a partire dal quale la crisi si poteva percepire: l’identificazione dei presupposti di crisi o di insolvenza presuppone che l’impresa sia dotata di un idoneo sistema informativo atto a rilevare tempestivamente i segnali e portarli a conoscenza del soggetto decisore. In altri termini, si ritorna all’importanza fondamentale della dotazione di un adeguato assetto organizzativo.

Stante la natura dinamica e complessa dei processi gestionali in ambito aziendalistico, appare arduo individuare puntualmente, il siffatto momento, ossia un “*t con zero*” a partire dal quale far scorrere il conto alla rovescia dei tre mesi giorni. Molto più plausibilmente, si avrà un intervallo intertemporale collocabile nella già menzionata “*twilight zone*” all’interno della quale vi sarà, qualora entri a pieno regime l’applicazione del sistema delle menzionate segnalazioni, l’evidenza oggettiva dell’emersione dei siffatti indicatori sintomatici della crisi che devono far scattare l’allerta.

La tematica in oggetto pare focalizzata a colpire l’inerzia del soggetto economico nel ritardare l’accesso a una procedura stabilendo un termine massimo entro il quale attivarsi (per risolvere la crisi) richiedendo la procedura di insolvenza *appropriata*, rispondendo in effetti alla logica della massimizzazione del realizzo dell’attivo in ottica liquidatoria a maggior tutela, essenzialmente, del ceto creditorio evitando, nelle intenzioni, l’indebita prosecuzione dell’attività aziendale in assenza del presupposto del *going concern*.

La riforma non sembra impattare, al contrario, sulla tempistica di emersione della crisi, ossia “*sul quando l’imprenditore avrebbe potuto o dovuto accorgersi*” dei segnali di crisi lasciando inalterato l’attuale impianto normativo con le sue peculiarità così come sono oggi in vigore.

Vi è da chiedersi con riguardo alla Proposta se ciò induca, e in quale orizzonte temporale, nel concreto, l’imprenditore ad attivarsi nel termine proposto quale deterrente per la sua inerzia innescando un’azione sistemica positiva che porti, *a regime*, ad una maggior efficienza e trasparenza del mercato a vantaggio di tutti gli stakeholder, creditori ed investitori, *in primis*.

Non va taciuto, peraltro, che stante l’attuale impianto normativo, continuerebbero a restare fuori dall’applicazione i soggetti imprenditori commerciali “*sotto-soglia*”¹⁶ e le imprese non commerciali (ad esempio esercenti attività agricole, attività professionali etc. etc.) che in base all’ultimo censimento ISTAT rappresenterebbero il 95% delle aziende italiane contribuendo al 22% del PIL¹⁷.

¹⁵ Sui problemi di coordinamento tra la previsione della Proposta e gli istituti già vigenti e disciplinati nel Codice della crisi, si rinvia, a L. PANZANI, *La Proposta di Direttiva di armonizzazione di alcuni aspetti della disciplina dell’insolvenza della Commissione Europea del 7 dicembre 2022*, in CNDCEC, FNC, *Bollettino n. 8/2023*, 39 e ss.

¹⁶ Le imprese minori ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. d) CCII.

¹⁷ Vedi tabella Istat.



Un ulteriore tema di riflessione attiene alla congruità del termine così come in discussione, in altre parole occorrerà analizzare come detta proposta verrà recepita e declinata nel nostro ordinamento anche per considerare la struttura del nostro tessuto economico-produttivo, tenere conto delle peculiarità specifiche dei settori di appartenenza, ad esempio, così come recentemente fotografato dall'Istat che, come è composto dal 95% di micro-aziende o "imprese minori", pertanto non interessate dalla proposta di riforma, mentre del restante 5% la suddivisione tra piccole, medie e grandi aziende è la seguente:

- Piccole 87,8%
- Medie 10,4%
- Grandi 1,8%

Ebbene, per le imprese più grandi o con organizzazioni complesse anche a prescindere dalla dimensione del fatturato o degli occupati, detto termine potrebbe non essere minimamente sufficiente, si pensi solo al tempo necessario per riunire gli organi deliberanti una volta accertata l'emersione della crisi, per esaminarne le cause ed il percorso attuativo più efficace, mentre al contrario per la pleora delle piccole realtà economiche, tale termine potrebbe anche apparire superiore ai tempi necessari di reazione.

3.3. Le conseguenze

La tematica delle conseguenze per non aver adottato nel termine di tre mesi giorni l'apertura di una procedura di insolvenza attiene alla puntuale individuazione del *dies a quo* ossia del momento a partire dal quale la crisi si poteva percepire in base agli elementi indiziari. Nel paragrafo precedente si sono spiegate alcune riflessioni circa le possibili criticità operative connesse e l'importanza centrale che rivestono gli adeguati assetti organizzativi, declinati in relazione alla dimensione ed alla complessità del business quali strumenti idonei per intercettare i segnali di allerta.

Si effettuano, allora, alcune riflessioni riguardanti la responsabilità dell'organo amministrativo *inerte* o *negligente* rispetto agli obblighi di legge imposti in tema di conservazione del patrimonio.

Come è noto, tramite le previsioni di cui all'art. 378, comma 2, CCII è stato integrato il disposto dell'art. 2486 che attualmente presuppone due distinti criteri di quantificazione del danno, uno in via principale quale differenza tra i netti patrimoniali e l'altro criterio, in via residuale, nel qual caso il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura¹⁸. Detti criteri sono da applicare, in caso di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che non abbiano osservato la disposizione di cui all'art 2485¹⁹. In tal modo, il legislatore ha inteso ulteriormente responsabilizzare l'organo amministrativo durante la fase della "twilight zone", sensibilizzandolo ad agire "tempestivamente" o senza "indugio" sul presupposto della conservazione anche parziale dell'integrità patrimoniale a tutto beneficio della massa dei creditori. In quest'ottica, il Codice della

¹⁸ Cfr. art. 2486, comma 3, c.c.

¹⁹ In punto di obblighi degli amministratori in tema di accertamento della causa di scioglimento.



crisi prevede istituti idonei la cui mancata adozione provoca rigide conseguenze sotto differenti profili sanzionatori ed economici e conseguentemente risarcitori.

Poiché le disposizioni della Proposta sono norme minime di armonizzazione, è in questa sede doveroso evidenziare come gli Stati membri possono mantenere o introdurre obblighi più rigorosi per gli amministratori delle imprese prossime all'insolvenza, come prevede l'art. 37, par. 2, in forza del quale restano impregiudicate le norme nazionali in materia di responsabilità civile per violazione del menzionato obbligo che siano più rigorose nei confronti degli amministratori.

Sia l'ordinamento vigente, che la richiamata Proposta postulano l'accertamento della responsabilità dell'organo amministrativo) circostanza che potrà verosimilmente essere dimostrata in sede giudiziale dal gestore della crisi. Il gestore, nel dispiegare le proprie tesi introducendo l'atto di citazione in giudizio nell'ambito dell'azione di responsabilità verso l'organo amministrativo, potrà incontrare una graduazione differenziata di difficoltà in relazione a vari fattori fra cui l'inadeguatezza o addirittura inesistenza di adeguati assetti organizzativi, l'inerzia o la ritardata attivazione di adeguate reazioni rispetto ai segnali della crisi anche in presenza di segnalazioni formali, eventualmente non riscontrate dall'organo amministrativo.

