

EMERGENZA SANITARIA E TUTELA PROPORZIONATA DELLE IMPRESE: OLTRE LA DOMANDA “TRICOLORE”

di NICCOLÒ ABRIANI e PAOLO RINALDI

INDICE: 1. La concessione dei termini in funzione del piano di risanamento attestato: una domanda “in bianco” dall’approdo “tricolore”. – 2. Paiono opportunità e sono traversie: pregi e difetti della nuova previsione. – 3. La pubblicità dell’autodichiarazione di assenza di crisi ante pandemia: un messaggio positivo e una tutela proporzionata.

1. La concessione dei termini in funzione del piano di risanamento attestato: una domanda “in bianco” dall’approdo “tricolore”.

Tra le novità più significative attualmente all’esame del parlamento, in sede di conversione del d.l. n. 23 del 2020 (c.d. “Decreto Liquidità”), fa spicco l’introduzione all’interno dell’art. 9 di un comma *5-bis* che estende la possibilità per le imprese di depositare una domanda di concessione di termini *ex art.* 161, comma 6, 1. fall., ai fini anche del perfezionamento di un mero piano attestato ai sensi dell’art. 67 1. fall. e dei relativi accordi sottostanti: il debitore che abbia depositato la domanda “in bianco” potrà rinunciare alla procedura concordataria o di omologazione dell’accordo *ex art.* 182-*bis* 1. fall., purché esibisca la ricevuta della pubblicazione al registro delle imprese del piano attestato.

La novità si iscrive nell’ambito di un dibattito avviato all’indomani dell’emergenza sanitaria nella consapevolezza che

“*COVID-19 urges legislators to adapt insolvency legislation*”¹. In questa prospettiva il nostro legislatore è intervenuto rinviando l’entrata in vigore del Codice della crisi e dell’insolvenza, sancendo la transitoria improcedibilità dei giudizi diretti alla dichiarazione di fallimento (o all’accertamento dello stato d’insolvenza per le imprese soggette ad amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa)²; al contempo si sono introdotte una serie di misure emergenziali in tema di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti³. In una logica ulteriormente evolutiva si è proposta l’introduzione nel nostro ordinamento di un meccanismo di “ibernazione” dell’impresa⁴, una sorta di “*automatic stay*” esteso e rafforzato, di cui sono state prefigurate due configurazioni a seconda dell’intensità della crisi.

Per le realtà aziendali più fortemente incise dagli effetti della pandemia, è stata prospettata una nuova procedura concorsuale

¹ In questi termini la relazione della CERIL - CONFERENCE ON EUROPEAN RESTRUCTURING AND INSOLVENCY LAW il 20 marzo 2020, reperibile sul sito www.ceril.eu; in Italia, per tutti, R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell’insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 8 aprile 2020.

² Per una prima lettura v. R. Rordorf, *Il codice della crisi e dell’insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 8 aprile 2020; M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza Covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 589 ss.; N. Abriani, *Il diritto delle imprese nell’emergenza*, in N. Abriani, G.C. Caselli, A. Celotto, F. Di Marzio, S. Masini, G. Tremonti, *Pandemia. Diritto d’eccezione*, in corso di pubblicazione per i tipi di Donzelli; S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell’insolvenza colpevole*, in questo sito.

³ Il riferimento è agli artt. 9 e 10 del “Decreto Liquidità”, con i quali si è previsto, *inter alia*, la proroga dei termini per l’esecuzione del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti omologati la cui scadenza si collocava tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 (art. 9, comma 1), la facoltà di modifica della proposta e del piano di concordato o di accordo di ristrutturazione ancora non omologati, in ordine sia ai contenuti, sia ai termini dell’adempimento (art. 9, commi 2 e 3), la proroga del termine del deposito della proposta e del piano in caso di domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva (art. 9, comma 4), la proroga del divieto delle azioni esecutive e cautelari nel caso di trattativa di accordo di ristrutturazione ai sensi della comma 7 dell’art. 182-*bis* l. fall. (art. 9, comma 5), nonché l’improcedibilità sino al 30 giugno dei giudizi diretti alla dichiarazione di fallimento *ex* e all’accertamento giudiziale dello stato di insolvenza dei debitori sottoposti a procedura di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa (art. 10).

⁴ G. Corno, L. Panzani, *La disciplina dell’insolvenza durante la pandemia da covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in www.ilcaso.it, 27 aprile 2020.

semplificata strutturata nel solco della vecchia amministrazione controllata e caratterizzata dalla impossibilità di aprire il fallimento e dal blocco delle azioni esecutive dei creditori: una procedura impostata come un “contenitore di sicurezza” per l’impresa che si trovi in crisi a seguito dei provvedimenti emanati per contrastare il virus, con nomina di un commissario e presenza costante dell’autorità giudiziaria, in funzione di monitoraggio, anche sul rispetto delle condizioni di legge per l’erogazione delle varie “provvidenze”; dunque, una “fase di osservazione prolungata”, in attesa di poter individuare il percorso idoneo a conseguire la ristrutturazione e permettere l’evoluzione della procedura in un concordato preventivo, il cui piano sia attestabile alla luce dell’evoluzione di scenario, in alternativa a derive liquidatorie⁵.

Per le situazioni meno gravi si è ipotizzata una procedura di moratoria semplificata che determini la sospensione delle azioni esecutive e cautelari per un periodo prefissato quale corollario automatico della iscrizione nel registro delle imprese di una dichiarazione del debitore, unitamente alla documentazione che rappresenti la situazione dell’impresa e alla indicazione di un professionista con funzione di sorveglianza, prescelto tra i soggetti che hanno i necessari requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza previsti per l’attestatore dalla legge fallimentare (art. 67, comma 3, lett. *d*) chiamato ad esercitare le sue funzioni sino alla conferma o sostituzione ad opera del tribunale chiamato, *ex post*, a vagliare la legittimità della domanda presentata⁶.

A quest’ultima proposta sembra, almeno in parte, ispirata la prefigurata estensione della procedura di preconcordato in funzione di un piano di risanamento totalmente stragiudiziale che, come ricordato, si intende inserire nell’art. 9 del Decreto Liquidità. In tal modo, l’originario percorso “a *ip*silon” viene ad evolversi in una sorta di “tridente”, con la previsione di un ulteriore possibile esito della fase preliminare introdotta dalla domanda “in bianco”,

⁵ D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il Fallimentarista.it*, 14 aprile 2020, p. 5.

⁶ Così G. Corno, L. Panzani, *op. cit.*, che fanno salva la facoltà del tribunale di designare altro soggetto “su istanza dei creditori o del P.M.” e la possibilità per i creditori e per il pubblico ministero di “proporre opposizione, per ragioni predeterminate”; e v. anche I.G. Angiolillo, *I piani di risanamento attestati delle PMI per l’uscita dal lockdown*, in *Dalla crisi all’emergenza: strumenti e proposte anti-Covid al servizio della continuità d’impresa*, in www.unijuris.it.

che risulterebbe così diretta ad avere il tempo necessario per perfezionare in una “rada protetta” gli accordi con i principali creditori che permettono di rendere fattibile, e dunque attestabile, il piano di risanamento.

Tale previsione, a ben vedere, non fa che consacrare esplicitamente un utilizzo che molti già ritengono compatibile con il quadro normativo previgente, nel quale non sembra seriamente revocabile in dubbio che il debitore, in caso di positive evoluzioni sopravvenute nell’arco temporale accordato per la redazione del piano concordatario o dell’accordo di ristrutturazione, ben potesse comporre la crisi con un piano di risanamento attestato, con l’unico corollario latamente “sanzionatorio” di vedersi preclusa la riproposizione di un’ulteriore concessione dei termini. Per chi condivide tale premessa la nuova norma verrebbe, al contempo, a dare definitiva patente di legittimità a tale utilizzo, ma anche in qualche misura a limitarlo, in quanto impone comunque al debitore di depositare presso il registro delle imprese il piano attestato. La transitoria dimensione giudiziale aperta dalla domanda di concessione dei termini assegna al piano di risanamento attestato le stigmate della pubblicità, immolando sull’altare della protezione la tradizionale connotazione riservata dell’istituto rispetto ai soggetti che non partecipano alle trattative. Un tratto certamente non essenziale, ma naturale dei piani attestati che consente sovente di idearli *ab initio* come destinati a rimanere riposti nel terzo cassetto in basso a destra delle scrivanie degli imprenditori: quello che, se tutto procede per il verso giusto, non dovrebbe più aprirsi.

2. Paiono opportunità e sono traversie: pregi e difetti della nuova previsione.

Non si intende sottovalutare l’importanza di un espresso riconoscimento della possibile estensione della protezione derivante dalla concessione dei termini, che vale a sottrarre tale peculiare utilizzo della domanda “in bianco” dal cono d’ombra di possibili censure per abuso dello strumento⁷. Si tratta piuttosto di soffermarsi su quali potranno essere le imprese interessate a fare ricorso alla pre-procedura e, soprattutto, su quali corollari potrebbero conseguire all’avvio di tale fase sui rapporti di

⁷ Ferma naturalmente restando la possibilità di un accertamento, con riguardo alla fattispecie concreta, degli estremi dell’abuso.

fornitura ancora in gran parte “funzionanti” e sui rapporti bancari in essere⁸.

Sotto il primo profilo è ragionevole prevedere che ad orientarsi verso questo percorso saranno imprese in uno stato di crisi meno avanzato rispetto a quelle che presentano la domanda in funzione di una procedura di concordato preventivo o dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, come conferma la circostanza che nella prassi si ricorre ai piani attestati principalmente per moratorie e solo in casi sporadici per stralci di debiti. Si tratta di realtà nelle quali l'impresa richiede una protezione rispetto non tanto a istanze di fallimento (peraltro disinnescate dalla disciplina emergenziale), quanto da ricorsi per decreto ingiuntivo presentati da fornitori con istanza di provvisoria esecutività al fine di ottenere pignoramenti – *in primis*, sui conti correnti – e ipoteche giudiziali. Rispetto a queste situazioni, l'emendamento rischia di offrire alle imprese in difficoltà una misura in molti casi sproporzionata rispetto alle loro effettive esigenze e gravida di corollari potenzialmente negativi.

Il primo e più grave “effetto indesiderato” del deposito della domanda di preconcordato riguarda la potenziale paralisi del sistema dei pagamenti dell'impresa, tanto dal lato fornitori, quanto dal lato banche: i primi, che ancora consegnavano regolarmente all'impresa, appreso del concordato in bianco, potrebbero essere indotti a prefigurarsi lo scenario peggiore e, a fronte del rischio di stralcio dei propri crediti, a cessare cautelativamente le forniture a credito. Altrettanto faranno le banche: alla luce delle istruzioni vigenti il deposito della domanda di concordato “in bianco” obbliga a classificare immediatamente a incaglio l'impresa, con effetti inevitabili sulle linee di credito autoliquidanti che, nel migliore dei casi, saranno sospese.

A tali corollari, già in sé meritevoli di attenta considerazione, si affiancano i limiti alla operatività aziendale derivanti dalla pur transitoria “parentesi” giudiziale in cui viene a collocarsi uno strumento di soluzione della crisi che è per definizione stragiudiziale: si pensi alle necessarie autorizzazioni per gli atti di cui al secondo comma dell'art. 167 e, più in generale, al monitoraggio del tribunale e alla vigilanza del precommissario; vincoli ai quali si aggiungono spese e costi organizzativi connessi

⁸ Una prima riflessione critica al riguardo si è avviata in N. Abriani, P. Rinaldi, *Piani attestati per uscire dal concordato*, in *Il Sole 24Ore*, 4 giugno 2020, p. 24.

anche agli obblighi di informativa periodica, tanto più onerosi in una fase dedicata al perfezionamento degli accordi che puntelleranno il piano di risanamento.

L'avvio della procedura potrebbe infine incidere sulla *capital structure* della società, alterando il ciclo del circolante, in quanto i crediti maturati dopo la presentazione del ricorso potrebbero assumere natura prededucibile; una conclusione, quest'ultima, che potrebbe indurre tanto gli imprenditori quanto i fornitori a scelte opportunistiche.

Si potrebbe dunque constatare, parafrasando Giovan Battista Vico, che, in alcuni casi, quelle offerte dalla nuovo comma dell'art. 9 del Decreto Liquidità "*paiono opportunità*" ma possono rivelarsi "*traversie*".

3. La pubblicità dell'autodichiarazione di assenza di crisi ante pandemia: un messaggio positivo e una tutela proporzionata.

Le considerazioni sin qui svolte segnalano pregi e difetti della disposizione in esame, e l'esigenza di un'attenta comparazione degli uni e degli altri prima di intraprendere il percorso della domanda "in bianco" dal possibile approdo "tricolore". Si tratta di una norma che va salutata con favore, senza però pretendere di assegnarle poteri taumaturgici.

Parimenti positiva, e di immediato impatto applicativo, è un'ulteriore importante novità all'esame del parlamento in sede di conversione del Decreto Liquidità. Recependo i suggerimenti da più parte avanzati, si prevede una procedura che consenta una più rapida erogazione dei finanziamenti, fondata su una dichiarazione sostitutiva dell'inesistenza degli indicatori della crisi ante pandemia.

Più precisamente, il nuovo art. 1-bis, rubricato "*Dichiarazione sostitutiva per le richieste di nuovi finanziamenti*", prevede che "[l]e richieste di nuovi finanziamenti effettuati ai sensi dell'articolo 1 devono essere integrate da una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con la quale il titolare o il legale rappresentante dell'impresa richiedente, sotto la

propria responsabilità, dichiara:

a) che l'attività d'impresa è stata limitata o interrotta dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 o dagli effetti derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse alla medesima emergenza e che prima di tale emergenza sussisteva una situazione di continuità aziendale;

b) che i dati aziendali forniti su richiesta dell'intermediario finanziario sono veritieri e completi;

c) che, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera n), il finanziamento coperto dalla garanzia è richiesto per sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che sono localizzati in Italia;

d) che è consapevole che i finanziamenti saranno accreditati esclusivamente sul conto corrente dedicato i cui dati sono contestualmente indicati;

e) che il titolare o il legale rappresentante istante nonché i soggetti indicati all'articolo 85, commi 1 e 2, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non si trovano nelle condizioni ostative previste dall'articolo 67 del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011;

f) che nei confronti del titolare o del legale rappresentante non è intervenuta condanna definitiva, negli ultimi cinque anni, per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione fiscale in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto nei casi in cui sia stata applicata la pena accessoria di cui all'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74”.

Si tratta di un indubbio passo avanti in quanto consente il superamento delle forche caudine altrimenti imposte dalle normali istruttorie bancarie, che hanno sino ad oggi frenato l'erogazione dei finanziamenti garantiti dallo Stato, nonostante l'urgenza del soccorso finanziario alle imprese in crisi. In attesa che il meccanismo finalmente decolli, si è proposto di valorizzare l'autocertificazione prevista dal nuovo art. 1-bis, consentendo il suo deposito presso il registro delle imprese e attribuendo a tale iscrizione un limitato, ma non secondario, effetto protettivo, precludendosi la concessione della provvisoria esecutività dei

decreti ingiuntivi nei confronti dell'impresa che abbia provveduto all'onere pubblicitario⁹.

Una simile previsione sarebbe in grado di intervenire in termini chirurgici sulla patologia dei rapporti con i fornitori: il creditore che intenda ottenere la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo sarebbe tenuto a verificare preliminarmente che non risulta depositata l'autocertificazione in questione da parte del debitore e dichiararlo nel ricorso. Tale dichiarazione di mancata pubblicità dell'autocertificazione da parte del debitore costituirebbe un presupposto per la concessione della provvisoria esecuzione, mentre il rischio di false dichiarazioni potrebbe essere limitato prevedendo, oltre all'eventuale sanzione penale (nel solco di quanto previsto, ad esempio, per l'azione di classe), la caducazione del titolo esecutivo ottenuto nei confronti del soggetto che risulti aver provveduto all'iscrizione della autocertificazione.

Per prevenire possibili abusi si potrebbe richiedere che, ai fini dell'iscrizione, la dichiarazione sostitutiva sia accompagnata dall'attestazione del collegio sindacale, ove presente, o di un professionista indipendente, dotato dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), 1.fall., che confermi la sussistenza dei soli dati elencati nell'art. 1-bis e oggetto dell'autocertificazione; o ancora, nelle realtà di minori dimensioni, dal commercialista della società sulla base di un format predefinito.

Questa la formulazione del testo normativo che si è proposto di inserire in un nuovo comma dell'art. 9 del Decreto Liquidità: *“La dichiarazione sostitutiva di cui all’art. 1-bis del presente decreto, attestata dal collegio sindacale, ove presente, o da un professionista designato dall’impresa stessa in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d), della legge fallimentare, può essere depositata per l’iscrizione nel registro delle imprese. Sino al 31 dicembre 2020, nei procedimenti di ingiunzione l’esecuzione provvisoria del decreto può essere concessa a condizione che il creditore ricorrente abbia dichiarato nel ricorso che il debitore non risulta aver depositato nel registro delle imprese la dichiarazione sostitutiva di cui all’art. 1-bis. Il titolo esecutivo ottenuto nei confronti del soggetto che, anche successivamente alla data della emissione del decreto,*

⁹ È questa la proposta avanzata in N. Abriani, P. Rinaldi, *Autocertificazione sullo stato di salute dell'impresa*, in *Il Sole 24Ore*, 4 giugno 2020, p. 24.

risulti aver iscritto nel registro delle imprese la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 1-bis non può produrre effetti e quelli già prodotti decadono”.

Con la pubblicità della dichiarazione relativa all'assenza di crisi ante pandemia – rafforzata dall'attestazione della veridicità del suo contenuto, essenzialmente quanto ai punti a), e) e f) della stessa, da parte del collegio sindacale, ove presente, o del professionista indipendente – l'impresa darebbe al mercato un segnale positivo, anziché quello negativo (o, quanto meno, ambiguo) derivante dal deposito della domanda in bianco che verrebbe ora ammessa anche in funzione del piano attestato. Si offrirebbe così una tutela proporzionata alle effettive necessità di limitare gli effetti della crisi determinata dalla pandemia, disarmando i creditori più aggressivi e prevenendo deviazioni alla *par condicio creditorum*. Questa esigenza appare tanto più avvertita ove si consideri che i crediti azionati, pur godendo formalmente dei requisiti richiesti dal codice di procedura civile per l'attivazione della concessione della provvisoria esecutività in sede monitoria, potrebbero ricondursi a rapporti suscettibili di rinegoziazione in base ai principi di buona fede contrattuale, alle norme in tema di impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta, anche ai sensi degli artt. 88 e soprattutto 91 del Decreto “**Cura Italia**” (d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020 n. 27), nonché, in ultima istanza al principio solidaristico di cui all'art. 2 della Carta costituzionale¹⁰.

Alla magistratura resterebbe comunque rimessa la valutazione dell'effettivo fondamento della pretesa creditoria in sede di giudizio di opposizione, da istruirsi con costi proporzionali¹¹. In

¹⁰ Come noto l'art. 91 del Decreto “Cura Italia” introduce nell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, un comma 6-bis, ai sensi del quale “[i]l rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”. In argomento v. F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Giustiziacivile.com* e F. Di Marzio, *Il diritto civile nell'emergenza*, in N. Abriani, G.C. Caselli, A. Celotto, F. Di Marzio, S. Masini, G. Tremonti, *Pandemia. Diritto d'eccezione*, cit. Sulla influenza dell'art. 91 e della clausola di forza maggiore sull'accertamento dello stato d'insolvenza, v. G. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in questo sito.

¹¹ Si potrebbe eventualmente verificare l'opportunità di temperare la preclusione, disattivando la tutela in esame qualora i procedimenti monitori superassero soglie

questa logica pare preferibile prevedere che l'esecutività del decreto ingiuntivo decada in tutti i casi in cui risulti, nel corso del giudizio di opposizione, l'avvenuta iscrizione dell'autocertificazione nel registro delle imprese. Ciò consentirebbe al debitore di chiedere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale e di sospendere l'esecuzione quando il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo sia già stato concesso, ottenendo altresì la revoca dell'eventuale pignoramento¹². Il riconoscimento dell'efficacia retroattiva alla previsione efficacia sarebbe solo apparentemente *extra ordinem*, in quanto varrebbe a garantire parità di trattamento a tutti debitori che non erano in crisi prima della pandemia, equiparando la posizione del debitore che abbia depositato l'autocertificazione prima che il creditore chieda il decreto ingiuntivo a quella del debitore che la depositi dopo, ivi inclusi appunto i casi di depositi intervenuti dopo l'entrata in vigore della nuova previsione.

minime, di facile controllo da parte del tribunale (es. il 20% dei debiti risultanti dall'ultimo bilancio).

¹² Il creditore che abbia reso una falsa dichiarazione sull'inesistenza del deposito dell'autocertificazione si esporrà a responsabilità civile, cui potrebbe affiancarsi quella penale ove si prevedesse una sua dichiarazione sostitutiva al riguardo, nel solco del meccanismo contemplato dall'art. 840-*septies* c.p.c. in tema di adesione all'azione di classe, la cui lett. g) prevede che l'aderente debba compiere la seguente attestazione: "Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri".