



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE  
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

---

Corso di laurea magistrale in Economia e Management

**Trasferimento di azienda nella  
composizione negoziata e nelle procedure  
concorsuali**

**Transfer of business in negotiated settlement and insolvency  
proceeding**

Relatore:  
prof. Antonio ACQUAROLI

Tesi di laurea di:  
Giulia TEMPESTILLI

Anno accademico 2021-2022



*Alla mia famiglia.*



# INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	<b>1</b>
<b>CAPITOLO 1: IL TRASFERIMENTO DI AZIENDA E LA SUA DISCIPLINA CIVILISTICA</b>	<b>5</b>
<b>1.1 L'azienda</b>	<b>5</b>
1.1.1 Nozione di azienda	5
1.1.2 Gli elementi costitutivi dell'azienda	6
<b>1.2 Il trasferimento</b>	<b>9</b>
1.2.1 Profili di carattere generale.	9
1.2.2 Requisiti trasferimento d'azienda	11
1.2.3 Che cosa sono i trasferimenti di azienda	15
1.2.4 Le conseguenze dei contratti di trasferimento	25
<b>CAPITOLO 2: CRISI D'IMPRESA</b>	<b>33</b>
<b>2.1 La crisi d'impresa</b>	<b>33</b>
2.1.1 Premessa	33
2.1.2 Le discipline della crisi	35
2.1.3 Crisi e insolvenza	36
<b>2.2 La regolamentazione negli anni della crisi</b>	<b>37</b>
2.2.1 Il regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (RD n.267/1942)	37
2.2.2 La crisi del modello tradizionale	38
2.2.3 La stagione delle riforme	40
<b>2.3 Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII)</b>	<b>42</b>
2.3.1 La struttura	42
2.3.2 L'obiettivo del codice della crisi	44
2.3.3 Strumenti di soluzione negoziata della crisi prima del d.l. 118/2021	47

2.3.4	Strumenti di soluzione negoziata della crisi dopo il d.l. 118/2021	51
-------	--	----

### ***CAPITOLO 3: TRASFERIMENTO E COMPOSIZIONE***

#### ***NEGOZIATA*** \_\_\_\_\_ **55**

<b>3.1</b>	<b>La Composizione Negoziata della Crisi (CNC)</b>	<b>55</b>
3.1.1	Premessa	55
3.1.2	I presupposti soggettivi e oggettivi della CNC	56
3.1.3	La procedura del CNC	59
3.1.4	Caratteristiche e protezione del patrimonio.	62
3.1.5	Analisi differenziale tra composizione negoziata e composizione assistita	67
<b>3.2</b>	<b>Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata</b>	<b>70</b>
3.2.1	Premessa	70
3.2.2	Il procedimento	72
3.2.3	La competitività e i criteri di selezione dell'acquirente	74
3.2.4	Modalità ed effetti del trasferimento.	77
3.2.5	Il concordato preventivo semplificato.	79

### ***CAPITOLO 4: TRASFERIMENTO E PROCEDURE***

#### ***CONCORSUALI*** \_\_\_\_\_ **83**

<b>4.1</b>	<b>Le procedure concorsuali</b>	<b>83</b>
4.1.1	Premessa	83
<b>4.2</b>	<b>Le procedure concorsuali liquidatorie</b>	<b>85</b>
4.2.1	La liquidazione giudiziaria (o fallimento)	85
4.2.2	Il concordato preventivo liquidatorio	87
4.2.3	La liquidazione coatta amministrativa (LCA)	88
<b>4.3</b>	<b>Le procedure concorsuali conservative</b>	<b>91</b>
4.3.1	Il concordato preventivo con continuità aziendale	91
4.3.2	Il Piano di Ristrutturazione soggetto ad Omologazione (PRO)	94
4.3.3	L'amministrazione straordinaria	97

<b>4.4</b>	<b>Casi di trasferimento</b>	<b>99</b>
4.4.1	La cessione dell'azienda fallita	99
4.4.2	L'affitto pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall.	101
4.4.3	L'affitto aziendale con riferimento all' ex art. 104-bis l. fall.	104
4.4.4	Fusione e scissione nel concordato preventivo	107
<b>CONCLUSIONE</b>		<b>113</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		<b>115</b>
<b>SITOGRAFIA</b>		<b>121</b>



## INTRODUZIONE

*Crisi è quel momento in cui il vecchio muore ed il nuovo stenta a nascere. -*

Antonio Gramsci

Questa frase ben sintetizza quella che è la situazione attuale mondiale. Nel contesto storico dove le aziende si trovano oggi ad operare, diversi sono gli ostacoli e le difficoltà a cui devono andare incontro. Molte imprese globali, si trovano oggi in stato di crisi, iniziata con la crisi finanziaria del 2008 e peggiorata principalmente con la crisi sanitaria che gli Stati si sono trovati a fronteggiare agli inizi del 2020. Questa crisi sanitaria, dovuta ad una pandemia mondiale ha dato il *colpo definitivo* a quelle aziende che fino in quel momento cercavano di andare avanti e messo in difficoltà aziende che erano riuscite a resistere bene alle precedenti crisi. In uno scenario così problematico, già nel 2019, il legislatore italiano ha deciso di intervenire per cercare di aumentare e modificare gli strumenti a disposizione delle imprese per supportarle, risanare le proprie attività ed evitare di imbattersi in procedure di liquidazione.

L'obiettivo dell'elaborato finale è rinvenibile nella curiosità personale di coniugare un tema più che comune al giorno d'oggi, la crisi delle imprese, con un tema riformato recentemente con il Codice della Crisi e dell'insolvenza delle imprese, le operazioni straordinarie, che, alla luce dello studio approfondito,

merita di essere valorizzato, offrendo alle imprese più di una possibilità di risoluzione della crisi senza dover ricorrere obbligatoriamente alla liquidazione del complesso aziendale. Il presente documento ha quindi lo scopo di evidenziare ed analizzare le diverse procedure attuabili dai soggetti in possesso di attività imprenditoriali in caso di crisi e di insolvenza.

L'opera si svilupperà introducendo i concetti fondamentali come quelli di azienda, impresa e trasferimento, descrivendone le varie tipologie attuabili. Lo scritto prosegue con l'analisi di quello che è il concetto di crisi, evidenziando la differenza tra crisi ed insolvenza, un *excursus* storico delle varie norme a disposizione delle imprese della legge fallimentare del 1942 al Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Successivamente l'analisi si detaglierà con la presentazione del nuovo strumento introdotto dal D.Lgs 118/21, la c.d. *composizione negoziata* e si procederà ad analizzare come le aziende possono muoversi se decidono di attuare questa procedura. Un capitolo intero inoltre sarà dedicato alle procedure concorsuali, distinguendo quelle liquidatorie da quelle conservative, e le modalità di trasferimento attuabili; lo studio dell'interno di questo capitolo si declinerà, quindi, nella valutazione delle operazioni straordinarie usufruibili per risolvere il contesto di difficoltà economico-finanziario.

L'elaborato si concluderà con un'analisi di alcuni casi di trasferimento di impresa per risolvere la situazione di tensione finanziaria o crisi di liquidità.

Si tratta di un elaborato che cerca in definitiva, di esporre le diverse possibilità attuabili dalle imprese, dando una visione generale con il supporto delle normative da applicare ad oggi e quelle che entreranno in vigore il prossimo 15 luglio.



# CAPITOLO 1: IL TRASFERIMENTO DI AZIENDA E LA SUA DISCIPLINA CIVILISTICA

## 1.1 L'azienda

### 1.1.1 Nozione di azienda

All'interno del Codice Civile, le disposizioni sull'azienda sono contenute nel Libro V (del Lavoro), nello specifico nel Titolo VIII, chiamato "*Dell'azienda*".

A norma dell'art. 2555 c.c. "*l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*".

In questa definizione si hanno due concetti, quello di *azienda* e quello di *impresa*. Quest'ultimi, diversamente da come accade nella vita quotidiana, non possono essere usati come sinonimi: l'impresa identifica l'attività economica, ed è quella legata all'azienda da un rapporto mezzo-fine. L'azienda, al contrario, è il complesso dei beni a disposizione dell'imprenditore che sono impiegati da quest'ultimo nel processo produttivo aziendale.

L'impresa è un'attività che può essere commerciale (ai sensi dell'art. 2195 c.c.) o agricola (ai sensi dell'art. 2135 c.c.), esercitata dall'imprenditore sia in forma individuale (artt. 2082 e 2083 c.c.) sia in forma collettiva secondo ciò che è disciplinato all'interno del Codice civile dai Titoli V, VI e VII del Libro Quinto.

Nella definizione di azienda si fa riferimento al *complesso di beni*, come l'insieme dei beni materiali – ad esempio lo stabilimento in cui viene svolta l'attività o i macchinari usati per la produzione – e immateriali – quali i brevetti, le conoscenze tecnologiche o le conoscenze personali dell'imprenditore stesso –.

L'esercizio dell'impresa presuppone, nello specifico, tre elementi: uno soggettivo – l'imprenditore – uno oggettivo – l'azienda – ed uno fattuale rappresentato dall'attività di impresa.

Per concludere è possibile affermare che: è pensabile un'azienda senza imprenditore, un'impresa senza imprenditore o in alternativa, un imprenditore senza azienda, ma non può esistere un'impresa senza azienda. L'attività non è esercitabile se non vi sono quindi, beni con i quali servirsi.<sup>1</sup>

### **1.1.2 Gli elementi costitutivi dell'azienda**

L'azienda, come detto, è un complesso di beni, ma al fine di individuare con precisione il capitale di beni materiali ed immateriali che compongono l'azienda è necessario analizzare le definizioni che si hanno a disposizione. Nell'ambito dell'*universalità dei beni*, il capitale incluso nell'azienda è quello che rientra nel controllo dell'imprenditore, il quale lo amministra, organizza e

---

<sup>1</sup> G. Bonfante-Cottino G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Cedam, Padova, 2001.

gode dei benefici derivanti dal suo utilizzo. Un altro passaggio importante al fine dell'individuazione dei beni riguarda *l'esercizio dell'impresa*, cioè la destinazione funzionale dell'universalità dei beni. In aggiunta, si tengono conto *tutti i beni*, intesi i beni di titolarità sia dell'imprenditore sia di terzi.

È possibile dunque considerare nell'interesse gli elementi che l'imprenditore utilizza al fine di esercitare l'attività di impresa, escludendo dal perimetro aziendale tutti quelli che sono invece usati per fini estranei a tale attività.

Sembra allora preferibile affermare che l'azienda è un complesso di beni caratterizzati da un vincolo e tale vincolo è rappresentato dalla destinazione comune all'esercizio di un'attività d'impresa.

È importante inoltre valutare come i beni, i diritti e gli altri rapporti sono funzionali all'organizzazione dei beni stessi e ciò rende l'azienda diversa dalla mera somma dei singoli averi: i beni organizzati ad azienda consentono la produzione di nuove utilità, diverse e maggiori rispetto al valore dei beni presi singolarmente e questo maggior valore prende il nome di avviamento. Quest'ultimo può essere di tipo oggettivo o soggettivo. Il primo citato deriva dalla stessa organizzazione dei beni aziendali e non è sensibile alle variazioni della persona del titolare dell'azienda, tale forma di avviamento si trasferisce con l'azienda e di conseguenza l'acquirente dell'azienda lo consegue automaticamente. L'avviamento soggettivo invece, è legato all'abilità dell'imprenditore sul mercato, dipende quindi dalle qualità personali e

operative dell'imprenditore di utilizzare al meglio i mezzi di cui dispone, competendo con successo sul mercato, procacciandosi e conservando la clientela. Esso, di conseguenza per sua natura non è trasferibile.<sup>2</sup>

La dottrina ha discusso a lungo sulla natura giuridica dell'azienda, arrivando a distinguere teorie unitarie e teorie atomistiche.<sup>3</sup> Considerando le teorie unitarie, alcuni<sup>4</sup> si sono collegati al concetto di universalità di beni di cui all'art. 816 c.c. cioè *la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria*. Tale definizione però, non può essere utilizzata per l'azienda perché la stessa non è composta solo di beni mobili.

Altri<sup>5</sup>, della teoria unitaria considerano l'azienda come un bene unico: un nuovo bene e distinto rispetto ai singoli beni che lo compongono. Si considera l'azienda come un *bene immateriale*, nel suo contenuto organizzato, ma anche questo tentativo non si concilia bene con la disciplina giuridica dell'azienda.

*«La teoria atomistica concepisce invece l'azienda come una semplice pluralità di beni, funzionalmente collegati tra loro e sui quali l'imprenditore può vantare diritti diversi (proprietà, diritti reali limitati, diritti personali di*

---

<sup>2</sup> C. Ferrentino- A. Ferrucci, *Dell'azienda*, Giuffrè, Milano, 2014.

<sup>3</sup> Pisoni-Pistone-Santini, *Cessione di azienda e di rami aziendali*, 2° ediz. Egea Milano 2009.

<sup>4</sup> Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>5</sup> Ferrara F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Carlo Cya, Firenze, 1945.

*godimento). Si esclude perciò che esista un “bene” azienda formante oggetto di autonomo diritto di proprietà o di altro diritto reale unitario e, quindi, si attribuisce un significato atecnico alle norme che parlano di proprietà o di proprietario dell’azienda e di usufrutto della stessa»<sup>6</sup>.*

## **1.2 Il trasferimento**

### **1.2.1 Profili di carattere generale.**

La disciplina del Codice civile relativa all’azienda è incentrata sul trasferimento di questa. Difatti, gli articoli successivi al 2555 c.c. sono dedicate a regolarne l’alienazione: art. 2556 è dedicato a disciplinare la forma del contratto che trasferisce la proprietà o il godimento dell’azienda, art. 2557 è rivolto alla regolamentazione della concorrenza dopo il trasferimento, art. 2558 è destinato a valutare la successione dei contratti, l’art. 2559 alla sorte dei crediti ed infine, l’art. 2560 regola i debiti relativi all’azienda ceduta.

Il titolare dell’azienda ha la facoltà di compiere atti che possono riguardare l’intera azienda o singoli beni aziendali. Questi atti possono essere di diversa natura: l’azienda può essere venduta, conferita in società, donata o possono essere costituiti sulla stessa, diritti reali o diritti personali di godimento, come

---

<sup>6</sup>G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell’impresa*, Utet, Torino, 2010, p. 143

l'affitto. Allo stesso modo, il titolare può trasferire uno o più beni aziendali o possono anche essere ceduti i diritti di credito, i contratti o debiti.

Naturalmente, un aspetto necessario da verificare è se si tratti del trasferimento di un complesso aziendale o di una mera pluralità di elementi patrimoniali. Si parla di complesso aziendale quando si ha un complesso produttivo funzionante oppure quando si ha un complesso produttivo privo di dipendenti ma idoneo allo svolgimento dell'attività produttiva da un punto di vista potenziale. Andare ad effettuare questa verifica è indispensabile per valutare quale disciplina civilistica è necessario attuare in caso di trasferimento, dal momento che, solo nel caso del trasferimento del complesso aziendale si applica la disciplina sulla circolazione dell'azienda di cui agli artt. 2555 ss. c.c. Inoltre, si tratta di un'operazione fuori campo Iva, assoggettata in alternativa ad Imposta di Registro. Davanti ad una mera pluralità di elementi patrimoniali si applica al contrario, la disciplina del trasferimento dei beni, un'operazione soggetta ad Iva ma non ad Imposta di Registro.

Non è necessario però, che tutti i beni appartenenti all'azienda siano ceduti nel momento del trasferimento, si può parlare di trasferimento anche se parte questi sono esclusi dalla cessione. È in alternativa indispensabile che i beni trasferiti siano *idonei all'esercizio dell'impresa*<sup>7</sup>, occorre che il complesso

---

<sup>7</sup> Ferrara, Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2006. p.143.

trasferito sia in grado di proseguire l'attività nel medesimo contesto economico in cui era collocata in precedenza.

Il legislatore ha costituito una normativa che consente con facilità la circolazione dell'azienda e deroga le norme previste per la cessione dei singoli beni. In aggiunta, tutela i soggetti terzi, in particolare i creditori, in quanto la cessione potrebbe essere vista come uno strumento che può ledere quest'ultimi: l'imprenditore potrebbe decidere di cedere solo l'attivo dello Stato Patrimoniale, ma ciò non è possibile in riferimento all'art. 2560. La normativa è costituita altresì a tutela dei lavoratori, perché il trasferimento potrebbe essere usato come strumento per ridurre i dipendenti all'interno dell'azienda, anche ciò non risulta essere possibile, dato che i rapporti lavorativi proseguiranno anche dopo l'avvenuto trasferimento.

### **1.2.2 Requisiti trasferimento d'azienda**

Per parlare di trasferimento di azienda, come anticipato precedentemente sono necessari due requisiti. Uno legato alla conservazione: l'impresa, in seguito al trasferimento, deve conservare la propria identità e deve conseguire il perseguimento dell'attività economica. L'altro requisito è invece incentrato sul cambiamento del soggetto titolare dell'attività.

Altri aspetti come, ad esempio, la presenza dello scopo di lucro o il tipo di contratto attraverso cui si realizza la convenzione non rivestono alcuna importanza all'interno del trasferimento d'azienda.

L'operazione di trasferimento può avvenire mediante un contratto *inter vivos* oppure attraverso un contratto *mortis causa*. Ad esempio, si possono avere trasferimenti di azienda mediante contratti, donazioni oppure testamenti.

Il contratto di trasferimento dell'azienda, ai sensi dell'art. 2556 c.c., è valido solo se stipulato con l'osservanza «*delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto*».

Il primo comma del medesimo articolo pur non richiedendo una specifica forma per la validità dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda, fa tuttavia riferimento alla forma prescritta *ad substantiam* per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda e altre forme richieste dalla particolare natura del contratto di volta in volta adottato: il trasferimento può avvenire anche attraverso la scrittura privata autenticata a meno che nel complesso aziendale non ci siano beni cui trasferimento è soggetto ad atto pubblico. In tal caso, affinché l'eventuale atto di cessione dell'azienda sia pienamente valido ed efficace, è necessaria la forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 1350 comma 1, n.1 c.c.

La forma scritta è quindi richiesta per la validità dell'alienazione dei beni immobili, mentre la trascrizione è necessaria al fine di rendere opponibile il loro trasferimento ai terzi.

L'art. 2556 c.1 dispone: per le imprese soggette a registrazione, ogni atto di disposizione deve essere provato per iscritto. Si tratta di una specifica forma *ad probationem* e non *ad substantiam*, nel senso che il contratto di trasferimento d'azienda, per essere opponibile ai terzi, deve essere provato per iscritto, pur conservando validità tra le parti anche senza la forma scritta. In altre parole, la mancata iscrizione non determina inefficacia dell'atto ma inopponibilità nei confronti dei terzi. L'art. 2193 c.c. prevede «*i fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi non provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza*».

In conclusione, dottrina e giurisprudenza hanno precisato, in tema di trasferimento d'azienda, che la forma scritta *ad probationem* è richiesta per le imprese soggette all'obbligo di registrazione nel registro delle imprese, restando quindi esclusa per le piccole imprese, per le imprese agricole e quelle costituite in forma di società semplice.

Ulteriore adempimento ai fini della cessione è il deposito del relativo contratto in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata preordinato all'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del

notaio rogante o autenticante.<sup>8</sup> L'iscrizione nel registro dell'impresa previsto dall'art. 2556 c.c., assolve una funzione pubblicitaria ai fini dell'opponibilità della cessione nei confronti dei terzi, alla stregua della trascrizione nei registri immobiliari prevista per il trasferimento della proprietà dei beni immobili. La pubblicità propria dell'iscrizione nel registro imprese impedisce quindi ai terzi di opporre l'ignoranza della cessione di azienda e di far valere eventuali diritto in un momento successivo a quando è avvenuta l'iscrizione.<sup>9</sup> Di contro, la mancata iscrizione, come desumibile dall'art. 2193 c.c., impedisce a colui che è obbligato a richiederla di opporre ai terzi i fatti non iscritti, nel caso di specie la cessione, salvo la possibilità di provare che il terzo ne abbia avuto comunque conoscenza.

Le norme finora esaminate, vengono prese in considerazione nei casi di trasferimenti di azienda ma ci sono anche altre situazioni che non rientrano nella disciplina dei trasferimenti. È il caso della cessione o la vendita di beni aziendali o la vendita di quote societarie e il trasferimento di società inteso come semplice cambiamento dello statuto, o modifica della denominazione sociale. Quando vi è la vendita di quote societarie non si trasferisce direttamente il patrimonio aziendale, ma le partecipazioni della società che detiene il patrimonio. Un altro aspetto che non rende questa vendita come un

---

<sup>8</sup> art. 2556, c. 2 c.c.

<sup>9</sup> art. 2193, c. 2 c.c.

trasferimento d'azienda è legato agli elementi da includere o escludere nell'accordo: il cedente e il cessionario possono decidere gli elementi da considerare nell'accordo, diversamente nella vendita di società o quote societarie vengono inclusi tutti i rapporti attivi e passivi.

### **1.2.3 Che cosa sono i trasferimenti di azienda**

L'operazione di trasferimento di azienda può essere interpretata, in senso stretto, come una mera cessione di azienda mentre in senso lato, comprende le operazioni di fusione o scissione d'azienda, cessione, di affitto e di usufrutto.

- **Trasferimento d'azienda a titolo definitivo:** in questo caso la vendita rappresenta una delle modalità di trasferimento dell'azienda. Le figure presenti in questa trattativa sono il *cedente* colui che cede l'azienda ed il *cessionario* colui che acquisisce l'azienda in modo definitivo in cambio di un corrispettivo in denaro. Si tratta di un'attività che va ad interessare direttamente la società ed una volta concluso l'operazione non vi è nessun rapporto tra le parti interessate.

Diversi possono essere i motivi che spingono l'imprenditore (*cedente*) a lasciare la propria azienda. Uno di questi potrebbe essere legato ad una scelta strategica: la volontà di riallocare i propri investimenti in altri settori o diversamente tentare di gestire situazioni di crisi, decidendo di uscire da settori in perdita. Diversamente potrebbe essere una scelta

presa in considerazione dal cedente davanti ad un'offerta irrinunciabile, ad un prezzo nettamente superiore a quello dei flussi di cassa che l'imprenditore sarebbe in grado di generare in futuro. Infine, potrebbe trattarsi di una scelta di carattere soggettivo, una decisione personale dell'imprenditore o a causa dall'assenza di eredi o collaboratori in grado di gestire l'azienda e continuare la propria attività.

Dall'altro lato è bene analizzare anche quelle che sono le ragioni che spingono un soggetto ad acquisire un'azienda, diventando il cessionario di questa. Molto spesso potrebbe essere un'azienda concorrente che decide di acquisire un'impresa già esistente sul mercato, per attuare una crescita più rapida rispetto ad un percorso interno. Inoltre, l'acquisizione di un'azienda concorrente rappresenta lo strumento più forte di una politica aggressiva o di una strategia difensiva della posizione competitiva raggiunta. L'imprenditore che decide di acquisire l'azienda attua una crescita dimensionale per sfruttare economie di scala (concentrazione orizzontale) oppure ricerca una maggiore economicità attraverso l'incorporazione di fasi di lavorazione in precedenza delegate ad altri soggetti (concentrazione verticale- a monte o a valle). L'obiettivo è di acquisire margini di profitto di soggetti terzi, di avere maggiore puntualità nelle consegne o un maggiore quantitativo delle commesse. Un ulteriore motivo è legato alla volontà di ridurre il

rischio d'impresa tramite la diversificazione delle attività svolte. Acquisire un'azienda, in aggiunta, risulta essere l'unica possibilità per acquisire tecnologie non presenti sul mercato, oppure potrebbe essere la soluzione più immediata e meno costosa rispetto all'investimento diretto in ricerca. A volte l'integrazione con altre aziende è motivata dall'obiettivo di acquisire risorse umane non accessibili diversamente per l'impresa.

Il conferimento rappresenta un'altra modalità di trasferimento dell'azienda a titolo definitivo ma presenta delle differenze rispetto alla cessione. Il conferimento rappresenta il trasferimento di un complesso aziendale a fronte di un corrispettivo non monetario costituito da partecipazioni della società conferitaria. Due sono le figure che è possibile trovare in questo tipo di operazione: il conferente, una società o impresa individuale, che trasferisce tutto o parte del suo patrimonio alla società conferitaria che vede incrementare il proprio capitale sociale. Questa figura non uscirà dal business ma andrà a sostituire l'azienda con quote o azioni, ci sarà quindi una permutazione da attività economica ad attività finanziaria. L'altra figura è rappresentata dalla conferitaria, una società, che attribuisce le nuove quote o azioni al soggetto conferente. Questa società vedrà aumentare il patrimonio netto. Le ragioni che spingono le parti ad attuare tale operazione sono

molteplici: la volontà di costituire joint venture, per la riorganizzazione dei gruppi societari, per generare una concentrazione aziendale o per il perseguimento di strategie di carattere finanziario, oppure per attuare una separazione tra la parte operativa e quella immobiliare e ancora è un ottimo strumento per fronteggiare situazioni di crisi aziendali. La disciplina civilistica dispone delle modalità e tempistiche per effettuare questa operazione: è attuabile in sede di costituzione di una nuova società o attraverso un aumento di capitale di una società già esistente.

- **Trasferimento d'azienda a titolo provvisorio:** tra queste modalità di trasferimento dell'azienda troviamo l'affitto, la locazione o l'usufrutto. L'affitto rappresenta un trasferimento temporaneo dell'azienda da soggetto *affittante* a soggetto *affittuario* dietro pagamento di un canone periodico. Si trasferisce il godimento dell'azienda, senza modificarne la destinazione. Le ragioni che spingono un soggetto a concedere in affitto la propria azienda sono diverse, collegate ad esempio alla volontà di sospendere la propria attività imprenditoriale, modificando la propria remunerazione da variabile a fissa. Attuando questa scelta l'affittante, non viene esonerato da possibili rischi, che possono essere di tipo reddituale e patrimoniale. Nel primo caso l'affittuario non paga il canone concordato, nel secondo caso l'affittuario gestisce male l'attività. I motivi che possono invece spingere un soggetto a prendere

un'azienda in affitto sono collegati ad esempio all'interesse verso il risultato della gestione, o la volontà di integrare un ramo aziendale, o più semplicemente il desiderio di valutare la propria capacità imprenditoriale per una successiva acquisizione o attuazione di altre operazioni. L'affitto d'azienda non è disciplinato in maniera organica nel Codice civile, infatti, l'art. 2562 c.c. si limita, a rinviare alle disposizioni dell'art. 2561 c.c. dettate per l'usufrutto. Il Codice civile, tuttavia, oltre all'art. 2561 c.c. dedica una apposita sezione all'affitto in generale nella sezione VI del libro quarto (artt. 1615-1654 c.c.) avente ad oggetto la locazione. La nozione di locazione nel codice civile si presenta, invece, molto ampia, distinguendo la locazione, la locazione di fondi urbani e l'affitto: infatti, come noto, con il contratto di locazione un soggetto (*locatore*) si obbliga a far godere al conduttore una cosa mobile o immobile per un determinato periodo di tempo verso pagamento di un corrispettivo detto canone. L'art. 1615 c.c. definisce affitto la locazione avente ad oggetto il godimento di un bene produttivo mobile o immobile. All'affitto di azienda sono applicabili, se compatibili, anche alcune norme sull'affitto in generale di cui agli artt. Da 1615 a 1627 c.c. e le relative norme sulla sub-locazione. Alla luce delle disposizioni del codice civile, appare evidente che tra locazione e affitto intercorre il rapporto tipico che vi è tra norme generali e norme

speciali per cui, se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto, dovrà farsi ricorso alla disciplina generale prevista per la locazione di cose, salva l'incompatibilità con la normativa generale. È, quindi, pacifico che all'affitto di azienda possano applicarsi le norme sull'affitto in generale e quelle sulla locazione, sempre che siano compatibili con quelle sull'affitto di azienda. È necessario sottolineare che l'affitto è strettamente correlato alla natura produttiva del bene che viene locato, pertanto il locatore ha il diritto di controllare lo stato del bene oggetto del contratto, mentre l'affittuario avrà diritto alla gestione del bene, ma anche la responsabilità della manutenzione.<sup>10</sup> La disciplina dell'affitto di azienda in virtù del rinvio che l'art. 2562 c.c. fa all'art. 2561 c.c. è analoga a quella dell'usufrutto di azienda. L'usufrutto è un diritto reale di usare beni altrui traendone i frutti, rispettando però la destinazione economica degli stessi. Le spese di gestione sia ordinarie che straordinarie sono a carico dell'usufruttuario, mentre dei debiti aziendali preesistenti all'atto di costituzione non risponderà l'usufruttuario; analogamente il nudo proprietario alla cessazione dell'usufrutto non sarà responsabile per i

---

<sup>10</sup> M. Fragali, *Affitto in generale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 729 e ss.; A. Cicognani, voce *Azienda*, in *Enc. Trecc.*, II, Roma, 1988, p. 7 e ss.; A. Uricchio, voce *Affitto e locazione*, in *Enc. Trecc.*, vol. II, Roma, 2007.

debiti assunti dall'usufruttuario. Trattandosi di un diritto temporaneo in cui la proprietà si distacca dal godimento dei beni, il proprietario fino alla cessazione dell'usufrutto è privato del godimento del bene, mentre l'usufrutto, se è costituito a favore di una persona fisica, non potrà eccedere la vita dell'usufruttuario, se a favore di una persona giuridica, non può durare più di trent'anni (ex art. 979 c.c.).

- **Cessione del ramo d'azienda:** Il ramo d'azienda è una parte dell'azienda, che sia dotata di un'autonomia organizzativa, economica e funzionalmente diretta alla produzione di beni e servizi. Ciò a prescindere che l'impresa sia effettivamente attiva, o sia solo potenzialmente produttiva di beni o servizi.

Pertanto, non tutti i “frammenti” dell'azienda rientrano nella definizione di ramo d'azienda: comprende solamente quei beni del complesso aziendale individuati dalla Cassazione<sup>11</sup> nella loro funzione unitaria e strumentale come *“ogni entità economica organizzata in maniera stabile che, in occasione del trasferimento, conservi la propria identità; il che presuppone però una preesistente realtà produttiva funzionalmente autonoma e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento”*.

L'autonomia funzionale del ramo di azienda deve risultare non solo

---

<sup>11</sup> sentenza n. 8756/2014

preesistente al trasferimento, ma non deve venir meno neanche successivamente. Quindi nella cessione di ramo d'azienda quest'ultimo deve, già da solo, essere idoneo allo svolgimento dell'attività d'impresa. Anche l'art. 29 comma 3 del Dlgs 276/2003 stabilisce il perimetro della cessione del ramo d'azienda: *“L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.”*

- **Scissione d'azienda totale o parziale:** la scissione è un particolare tipo di trasferimento e si realizza quando una società trasferisce l'intero suo patrimonio a più società, pre-esistenti o di nuova costituzione, chiamate *società beneficiarie*, o parte del suo patrimonio. Ai sensi dell'art. 2506 codice civile, come contropartita della scissione d'azienda, i soci della scissa acquistano quote o azioni delle società beneficiarie, in proporzione alla quota di patrimonio confluita in ogni società beneficiaria. Si tratta di un'operazione che genera una separazione tra patrimonio sociale e compagine sociale ed è necessario calcolare il rapporto di cambio per quantificare il peso della loro partecipazione al

capitale sociale della beneficiaria stessa. I soci della società scissa entreranno a far parte della compagine sociale della società beneficiaria. Ci sono diverse tipologie di scissione: in funzione delle società beneficiarie, si può generare una scissione in una società preesistente (*per incorporazione*) o una scissione in una società di nuova costituzione; in funzione dell'attribuzione del patrimonio della società scissa, può essere effettuata una scissione *totale* o *parziale*. Nel primo caso la società scissa si estingue senza la procedura di liquidazione, nella scissione parziale, la società scissa rimane in vita. Anche in quest'ultimo caso si possono avere due forme di scissione parziale: *progressiva*, quando la società scissa ha la forma di una società di persone e la beneficiaria di società di capitale, mentre nella forma *regressiva* accade l'inverso, quindi i soci assumeranno una responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali. Infine, un'altra tipologia considera il metodo di assegnazione delle azioni o quote della società beneficiaria ai soci: in modo *proporzionale*, si avrà la stessa percentuale di partecipazione che si possedeva nella società precedente o in modo *non proporzionale*, non verranno considerate le originarie percentuali di partecipazione.

Una particolarità della scissione parziale è la possibilità che non si attui una riduzione del capitale sociale, se sono presenti delle riserve

disponibili è possibile ridurle senza andare ad intaccare il capitale sociale.

La scissione è un'operazione straordinaria attuabile in società durante le procedure concorsuali ma non è consentita in società in liquidazione che hanno già iniziato la distribuzione dell'attivo.

- **Fusione d'azienda:** questa operazione straordinaria è fatta per il conseguimento di obiettivi di concentrazione aziendale, integrazione delle compagini sociali e consolidamento del patrimonio delle società coinvolte. Esistono due tipi di fusione: *in senso stretto* in cui tutte le società partecipanti si estinguono e c'è la costituzione di una nuova società oppure *per incorporazione* dove è presente una società incorporante (rimane in vita) e una o più società incorporate (si estinguono). Quest'ultima è quella più sviluppata nella prassi: si mantiene in vita la società più importante e si incorporano le altre. Come accade per la scissione, le operazioni di fusione non sono ammesse tra società che sono in liquidazione e hanno iniziato già la distribuzione dell'attivo. Inoltre, con la riforma del 2003 è possibile la fusione tra società che sono coinvolte in procedure concorsuali e concordato preventivo.

Una particolarità di questa operazione è legata ai soggetti che possono essere coinvolti, infatti è possibile solo tra soggetti societari e tra società cooperative ma, non è realizzabile tra soggetti individuali.

#### **1.2.4 Le conseguenze dei contratti di trasferimento**

Con il contratto di trasferimento d'azienda oppure con un contratto di cessione di un ramo d'azienda, se l'imprenditore è proprietario, in seguito ai trasferimenti l'acquirente ottiene la proprietà dei singoli beni. Una volta che avviene il trasferimento, è necessario far riferimento ad alcuni articoli del codice civile che vanno a regolare possibili controversie che potrebbero verificarsi. Il primo da prendere in considerazione riguarda il divieto di concorrenza, art. 2557 del Codice Civile. Si tratta di un importante effetto della cessione, locazione, usufrutto o vendita dell'azienda. L'imprenditore prima di attuare un contratto di trasferimento deve essere a conoscenza che per i successivi cinque anni dal trasferimento, non potrà "iniziare una nuova attività che per oggetto, ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta". Questo perché nel contratto di trasferimento è compreso anche il cosiddetto avviamento, cioè l'attitudine a produrre reddito, che verrebbe annullato, ridotta o in generale lesionata nel caso dell'immediata apertura di un'impresa concorrente, nell'ambito della medesima attività mercantile, capace di deviare la clientela del nuovo titolare dell'azienda. È

possibile che tale divieto per accordo delle parti sia esteso ad un periodo più lungo. L'eventuale violazione di tale divieto potrebbe portare ad un'azione inibitoria che consentirebbe una cessazione del comportamento fuori legge, ad un'azione risarcitoria per ottenere ristoro del danno subito, o ad una risoluzione del contratto per inadempimento della controparte.

Il successivo articolo del Codice civile, art. 2558 disciplina la gestione dei contratti pendenti al momento del trasferimento dell'azienda. Se non viene pattuito diversamente, ad eccezione di quelli strettamente personali, tutti i contratti stipulati in capo al soggetto cedente si trasferiscono al soggetto cessionario. È inoltre possibile andare ad indicare in positivo, all'interno del contratto di trasferimento quali contratti saranno effetto di trasferimento. Per tutelare il terzo contraente è data la possibilità, entro tre mesi dalla notizia di trasferimento, di recedere dal contratto per giusta causa. Quest'ultima possibilità si verifica ad esempio quando la situazione economica del cessionario è diversa dal cedente e in normali condizioni non si sarebbe stipulato un contratto con tale soggetto. I contratti pendenti riguardano i contratti di locazione, di lavoro e agenzia. Inerente ai primi considerati possono esserci dei vincoli: il soggetto cedente può aver stipulato un contratto di locazione di immobile dove al suo interno possono esserci clausole che impediscono la sub-locazione o la cessione a terzi, senza il consenso del proprietario dell'immobile. Tale vincolo viene però superato se il contratto

viene inserito all'interno del contratto di trasferimento. Al soggetto terzo rimane solo la possibilità di opporsi per gravi motivi entro 30 giorni, mentre il cedente rimane obbligato al pagamento dei canoni di locazione se il cessionario risulta insolvente. Per quanto riguarda i contratti di lavoro il principio generale disciplina che i contratti proseguono in capo al cessionario o affittuario, conservando tutti i diritti che il lavoratore ha maturato. Non vengono modificati diritti, livelli o basi retributive. Per questi tipi di contratti il cedente e il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore possedeva al tempo del trasferimento, salva la possibilità che il lavoratore consenta la liberazione del cedente mediante la procedura di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c. . Vi è però una deroga all'art. 2560, per quanto riguarda i lavoratori, il cessionario è responsabile anche per tutti i crediti che non risultano nelle scritture contabili. Il cessionario essendo responsabile dei contratti di lavoro può tutelarsi realizzando un verbale di conciliazione dove vengono chiariti i rapporti con i lavoratori.

Viene fatta inoltre distinzione, tra le aziende che hanno più o meno di quindici dipendenti. In caso di trasferimento d'azienda o cessione ramo d'azienda con più di quindici dipendenti, la legge 428/1990 prevede ulteriori garanzie.

L'art. 47 stabilisce che cedente e cessionario devono comunicare per iscritto il trasferimento, alle rappresentanze sindacali almeno 25 giorni prima della

stipula del contratto di trasferimento. All'interno della comunicazione devono essere indicati:

- la data o la data proposta del trasferimento;
- i motivi di tale azione;
- le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;
- le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

Entro 7 giorni dal ricevimento di tale comunicazione i sindacati possono richiedere un incontro per raggiungere un accordo.

Un ulteriore contratto che viene considerato all'interno dell'art. 2558 del Codice civile riguarda quello di agenzia. Questi contratti vengono trasferiti in maniera automatica se c'è disponibilità da parte del cessionario nel voler proseguire tale attività. Si andrà a trasferire il contratto con tutti i diritti che gli agenti hanno fino a quel momento maturato: scatti di anzianità, oneri, diritti di indennità.

Un altro effetto del trasferimento riguarda i crediti, nello specifico la cessione di questi. L'art. 2559 c.c. non precisa se con la cessione si determina un automatico passaggio dei crediti, ma l'articolo stabilisce che nei trasferimenti d'azienda, per quanto concerne la cessione dei crediti, non è necessaria la notifica al debitore ceduto, né l'accettazione da parte di questi. Si ritiene liberato il debitore se paga in buona fede al cedente o affittante. Per quanto concerne i crediti è però necessario fare una distinzione tra quelli commerciali,

in cui è sufficiente indicare i nomi di chi viene ceduto, e i crediti fiscali. In quest'ultimo caso per le imposte dirette è richiesta un'apposita procedura: tali crediti devono risultare nella Dichiarazione dei Redditi e devono essere chiesti a rimborso. La cessione del credito avviene tramite scrittura privata da notificare all'Agenzia dell'Entrate. I crediti Iva vengono ceduti invece senza una procedura specifica. Nei casi di affitto di azienda per la cessione dei crediti non si fa riferimento all'art. 2559 ma agli artt. 1264 e 1265 del Codice civile relativi all'efficacia della cessione riguardo ai terzi.

Per quanto riguarda i debiti aziendali nei trasferimenti d'azienda, il codice civile non regolamenta i rapporti interni tra cedente e cessionario, i quali restano liberi di regolarsi come preferiscono. L'art. 2560 c.c. regola invece i rapporti tra i contraenti e i creditori aziendali. Al primo comma prevede la responsabilità dell'alienante per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, a meno che i creditori non abbiano acconsentito alla sua liberazione. Al secondo comma stabilisce la responsabilità dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento risultanti dai libri contabili obbligatori. Dal dettato normativo si evince che cedente e cessionario sono solidalmente obbligati verso i terzi per i debiti aziendali. Pertanto, l'alienante non si libera debiti aziendali con la cessione del compendio aziendale. La responsabilità tributaria del cessionario è disciplinata dall'art. 14 D. Lgs 472/97 che riporta la

responsabilità solidale del cessionario e cedente per il pagamento delle imposte. Sono evidenziate però alcune limitazione a tale responsabilità: il cessionario ha il beneficio della preventiva escussione al soggetto cedente. L'agenzia dell'Entrate dovrà quindi prima rivolgersi al patrimonio del cedente successivamente a quello del cessionario. Inoltre, la responsabilità del cessionario rientra nel limite del valore dell'azienda ceduta ed infine, il cessionario è responsabile dei debiti relativi all'anno in corso e ai due precedenti. In aggiunta, uno dei due soggetti coinvolti, cedente o cessionario, od entrambi, possono rivolgersi all'Agenzia dell'entrata per conoscere i carichi pendenti. In tal caso la propria responsabilità è limitata all'importo che risulta dal documento dell'Agenzia dell'Entrate. Se quest'ultima non rispondesse entro il quarantesimo giorno dalla richiesta il soggetto cessionario risulta liberato dalla responsabilità per i debiti tributari.

Nei casi di affitto d'azienda anche per quanto riguarda i debiti non è applicabile l'art.2560 c.c.: chi prende in affitto l'azienda non è responsabile per i debiti pregressi (quelli accumulati dal proprietario prima dell'affitto) ma solo per quelli che sorgono durante la sua gestione. Un'eccezione riguarda i debiti verso i dipendenti, per cui esiste una responsabilità solidale, è quindi importante per l'affittuario verificare la regolarità di tali debiti nel momento del trasferimento. Per i debiti tributari in caso di affitto d'azienda non si applica ciò previsto per la cessione. È altresì importante andare a verificare la

situazione tra affittante ed Agenzia dell'Entrate. In conclusione, considerando l'affitto, per i debiti tributari in linea generale l'art.14 del precedente decreto non si applica per l'affitto, in via cautelativa si ritiene consigliabile una verifica preliminare.

Per ciò che riguarda la fusione, ai sensi dell'art. 2504 bis c.c. la società risultante dalla fusione (nel caso di fusione c.d. propria) o quella incorporante (nel caso di fusione c.d. per incorporazione) assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i rapporti anteriori, ivi compresi quelli processuali. Per quanto concerne le sorti dei rapporti di lavoro in essere al momento della fusione nell'impresa incorporata, l'art. 2112 c.c. chiarisce che in caso di trasferimento d'azienda – per tale intendendosi qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata<sup>12</sup>– il rapporto di lavoro continua con il cessionario, trattandosi non di novazione ma di prosecuzione del rapporto, con la conseguenza che, da un lato, il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano e, dall'altro, cedente e cessionario rimangono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore vanta al momento del trasferimento

---

<sup>12</sup> art. 2112, co. 5 c.c.



## CAPITOLO 2: CRISI D'IMPRESA

### 2.1 La crisi d'impresa

#### 2.1.1 Premessa

Si può dire, in via generale, attraverso una nozione aziendalistica che un'impresa si trova in condizione di *crisi* quando, per qualsiasi motivo interno od esterno, non raggiunge gli obiettivi che ragionevolmente si sarebbero potuti conseguire, avuto riguardo dei fattori di produzione impiegati<sup>13</sup>. Sul piano giuridico è evidenziabile una nozione di crisi più circoscritta a situazioni patologiche dell'impresa come organizzazione produttiva.

Il termine "crisi" esprime un disvalore, ma è stato da tempo sottolineato come tale termine non debba necessariamente essere associato a un mero evento negativo, ma si inserisce nel ciclo dell'impresa.<sup>14</sup> Queste situazioni di instabilità all'interno dell'azienda possono essere occasione per l'impresa stessa per innovare o attuare cambiamenti.

Si impone, però, subito una distinzione tra:

- crisi di tipo *patrimoniale*;
- crisi di tipo *non patrimoniali*.

---

<sup>13</sup> Tedeschi-Toschi, *Crisi d'impresa tra sistema e management*, Milano, 1993, p. 2 ss

<sup>14</sup> Prefazione a Terranova, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011, p. VI

La prima citata, può essere ulteriormente distinta in crisi *economica*, generata dallo sbilancio tra attività e passività e crisi *finanziaria*, che si traduce dall'incapacità o impossibilità di soddisfare regolarmente gli impegni verso i terzi.<sup>15</sup> Sia la crisi patrimoniale che quella non patrimoniale possono essere, in riferimento alla gravità e alla prospettiva di superamento, sanabili o insanabili; risulta però, difficile tracciare una linea di confine, già incerta a livello teorico, in termini pratici.

Per quanto concerne la regolamentazione delle crisi d'impresa, ci sono vari sistemi che possono classificarsi in due grandi gruppi: sistemi *dualistici* e *monistici*. I primi citati sono quelli che prevedono per la crisi delle imprese apposite regolamentazioni ed istituti specifici. Gli altri invece, sono quelli in cui le procedure di governo delle crisi costituiscono istituti di diritto comune, destinati ad applicarsi a qualsiasi debitore, imprenditore e non. L'ordinamento italiano rientra nel primo gruppo, anche se non può essere considerato di forma "pura", in quanto per i debitori diversi, c'è soltanto il diritto comune.

---

<sup>15</sup> P. Capaldo, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, in *Banche e banchieri*, 1977, p. 315 ss.

### **2.1.2 Le discipline della crisi**

L'attenzione del legislatore su questo tema si focalizza sulle crisi finanziarie delle imprese. Le ragioni sono connesse alla generazione diretta di effetti sui rapporti esterni all'impresa.

Come si è detto tale crisi si genera quando vi è un'incapacità, definitiva o temporanea, di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni. Questa incompetenza genera degli effetti sui rapporti con i terzi e nello specifico, con i creditori<sup>16</sup>: si tratta di una situazione pericolosa anche per i soggetti che hanno rapporti con la società in crisi, perché può innescare a sua volta una loro possibile crisi. Per tale ragione questa possibile situazione pericolosa deve essere eliminata, anche per la logica stessa del mercato. Da ciò la necessità di apposite regolamentazioni, e strumenti di governo: le c.d. *procedure concorsuali* e, introdotta più recentemente, la *composizione negoziata*.

---

<sup>16</sup> Caselli, *La crisi aziendale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 623 ss.

### **2.1.3 Crisi e insolvenza**

C'è differenza nel parlare di un'impresa in crisi e di un'impresa in stato di insolvenza.

La crisi di impresa, in genere, è correlata alla perdita di capacità reddituale: l'imprenditore ha dei costi superiori ai ricavi ma può continuare a far fronte alle obbligazioni attraverso il ricorso a risorse extra aziendali o sfruttando i mezzi propri non ancora compresi nelle perdite. In tal caso il problema ricade sull'imprenditore o i suoi soci che possono liquidare l'impresa o in alternativa tentare di recuperarla.<sup>17</sup> Percorrere la strada delle procedure concorsuali si ritiene necessaria nel momento in cui si verifica una situazione di insolvenza dove l'imprenditore mostra di non essere più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni. Lo stato di insolvenza è quindi la forma di crisi più grave e viene vista come una situazione non transitoria ed irreversibile, dove non c'è liquidità. Questa situazione è regolata dall'articolo 5 l.f.<sup>18</sup> il quale la definisce come una condizione che si viene a creare quando l'imprenditore non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e pertanto viene

---

<sup>17</sup>L.Guglielmucci, *Introduzione allo studio delle procedure concorsuali*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 1 e ss.

<sup>18</sup> A. Caiafa, Articolo 5 L.F., "L'imprenditore che si trova in uno stato di insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" in *Codice dell'udienza fallimentare*, Oscar Dike, pg. 29.

dichiarato insolvente e idoneo a iniziare una procedura giudiziaria. Il solo superamento delle passività rispetto alle attività all'interno dello stato patrimoniale non genera direttamente questa situazione, dev'esserci anche la condizione di non riuscire a far fronte alle obbligazioni a causa di mancanza di liquidità.<sup>19</sup> La differenza tra stato di crisi e stato di insolvenza è rappresentata per queste ragioni dalla mancanza di liquidità.

## **2.2 La regolamentazione negli anni della crisi**

### **2.2.1 Il regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (RD n.267/1942)**

La prima legge da prendere in considerazione se si considera la crisi dell'impresa è sicuramente la *legge fallimentare*.

Come è stato sottolineato dai grandi giuristi dell'epoca, «Il fallimento è l'organizzazione procedurale della difesa collettiva dei creditori di fronte all'insolvenza del mercante, il cui patrimonio deve essere liquidato ed erogato a favore dei creditori»<sup>20</sup>. La visione del legislatore del 1942 era, per tale ragione, quella di favorire l'esproprio dell'imprenditore insolvente dal mercato, soggetto qualificato come un *virus* infetto in grado, se non isolato, di

---

<sup>19</sup>L. Guglielmucci, *I presupposti del fallimento*, Diritto Fallimentare, settima edizione, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 30-35.

<sup>20</sup>G. Bonelli, *Del fallimento (Commentario al codice di commercio)*, Vallardi, Milano, 1938 (1923), p. XV.

diffondersi fra le imprese sane. Diversi fattori fanno trasparire questa visione come la considerazione che il soggetto passivo è l'imprenditore e non l'impresa. Inoltre, si è evidenziata la mancanza di un sistema di garanzie per il debitore nonché un sistema penale fortemente dissuasivo nei confronti dei creditori. Questi elementi e altri portano a concludere che, per il legislatore del 1942, il valore-impresa non è conosciuto.

L'attenzione maggiore è verso interessi generali rappresentati dalla tutela dei creditori nel loro complesso rispetto agli interessi particolari dei singoli creditori e debitori. C'è quindi una perfetta coincidenza tra interesse privato (attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore) e utilità sociale (espulsione dal mercato dell'impresa malata).<sup>21</sup>

### **2.2.2 La crisi del modello tradizionale**

Sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, l'impostazione liquidatoria della legge fallimentare del 1942 inizia a mostrare tutti i suoi limiti, di conseguenza per le nuove esigenze sono state introdotte due nuove strade percorribili: la prima attraverso *l'uso alternativo delle procedure concorsuali*<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup>P. Pajardi, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 228

<sup>22</sup> A. Gambino, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 236 ss.

e l'altra tramite l'introduzione di una disciplina speciale la c.d. *amministrazione straordinaria*<sup>23</sup>.

Con tali nuovi strumenti l'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente lascia il passo alla continuità dell'attività, producendo i suoi effetti sulla disciplina del concordato preventivo.<sup>24</sup> Ma anche il modo in cui è stata interpretata l'amministrazione controllata genera in piena crisi economica, la disgregazione dell'impresa attraverso le tappe intermedie della medesima procedura, del concordato preventivo e del fallimento. \_Questo fenomeno prende il nome di *conservazione delle procedure* e di fatto si risolve con una lesione dei diritti dei creditori.

Per ciò che concerne l'uso *alternativo* delle procedure concorsuali, si cerca di alimentare la teoria della conservazione e del risanamento,<sup>25</sup> spostando in secondo piano la tutela del creditore per il mantenimento dei livelli occupazionali. Una sentenza<sup>26</sup> ha modificato la visione, riportando in prima linea il creditore e i suoi interessi, ma i dubbi circa l'effettiva capacità del

---

<sup>23</sup> L. Rovelli, *L'evoluzione del diritto concorsuale italiano nel quadro europeo*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2017.

<sup>24</sup> F. Bricola – F. Galgano – G. Santini (a cura di), *Legge fallimentare (Commentario Scialoja-Branca)*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 5 ss.,

<sup>25</sup> M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011.

<sup>26</sup> Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248.

concordato preventivo di contemperare i diritti dei creditori con le esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, non sono stati superati.<sup>27</sup>

In un'ottica di critica verso la disciplina del concordato preventivo, nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è fatta strada una diversa visione volta a esaltare il ruolo e la funzione degli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi dell'impresa. Il ricorso a questo strumento si presentava quasi obbligato in tutte le ipotesi.

### **2.2.3 La stagione delle riforme**

La prima stagione delle riforme si è concentrata nel biennio 2005-2007, con la scelta del legislatore della riforma di lasciare alla negoziazione delle parti la gestione delle scelte di merito, sia in caso di risanamento che in caso di fallimento. In questa prospettiva, le procedure concorsuali dovrebbero assicurare l'effettività del trasferimento del controllo dell'impresa in crisi, dal debitore ai creditori.

Contrariamente a ciò che ci si aspettava a fronte di chiari dati testuali, appare evidente come il legislatore, con le riforme attuate nel biennio, abbia disegnato una disciplina squilibrata, a vantaggio rivolto verso le ragioni del debitore e, secondariamente alla sola maggioranza dei creditori, posto che il potere dei

---

<sup>27</sup>L.A. Russo, *Restituito ai creditori il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 1992, p. 105

creditori di incidere sulle sorti del concordato si esprime essenzialmente nel diritto di voto, con scarsa attenzione ai creditori silenti, oppositori o estranei che subiscono, al pari degli altri, gli effetti del concordato.

L'intervento riformatore attuato, sempre nel biennio in esame, non ha portato a un equilibrio soddisfacente tra i valori in gioco, tanto che la normativa della disciplina concorsuale è rimasta incompleta, su cui il legislatore è più volte intervenuto, apportando correzioni continue. Tali interventi si sono divisi tra l'esaltazione della negoziabilità e l'interesse del debitore a regolare liberamente la propria crisi e insolvenza, e la tutela del diritto di credito. Di rilievo è stato l'introduzione di un meccanismo di approvazione del concordato fondato sul silenzio assenso dei creditori. Interventi di tale portata sulla disciplina del concordato preventivo sono indirizzati a stimolare l'utilizzo dell'istituto in funzione conservativa dei valori aziendali. Il legislatore, a tal fine, ha quindi dato forma ad una specifica disciplina per il concordato preventivo, che preveda continuità aziendale da parte del debitore ovvero la cessione dell'azienda in esercizio.

L'incremento numerico dei concordati però non ha portato a soluzioni condivise infatti precise istanze, provenienti dal mondo bancario e confindustriale, hanno spinto verso un diverso orientamento, dato che la direzione intrapresa non è risultata funzionale né ai fini della migliore realizzazione del diritto di credito, né ha prodotto significativi risultati in

termini di salvaguardia dei valori aziendali. La miniriforma del 2015 ha quindi prodotto un nuovo riequilibrio del rapporto creditore/debitore, ritenuto sbilanciato a favore del secondo dalla riforma del 2012.

Questo percorso legislativo ha dimostrato la difficoltà di trovare un'adeguata soluzione che soddisfi tutti i diversi interessi, in questo contesto, si è quindi generata in modo completo e consapevole l'idea della prevenzione delle crisi di impresa, attraverso la predisposizione di adeguati strumenti giuridici.

## **2.3 Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII)**

### **2.3.1 La struttura**

Con il D.lgs. 12 gennaio 2019, n.14 il legislatore ha voluto riformare in modo completo la disciplina del fallimento delle imprese, un sistema di monitoraggio per l'esatta ed immediata rilevazione dei segnali di crisi e di conseguente impulso per l'assunzione di rapide decisioni sul metodo per superare le difficoltà dell'impresa. Successivamente, con l'emanazione del D.lgs. 26 ottobre 2020, n.147 sono state introdotte importanti disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza emanato precedentemente.

Il prossimo 15 luglio 2022 entrerà in vigore tale codice frutto della sequenza di tre provvedimenti: il decreto legislativo 14/2019, il decreto legislativo

“correttivo” 147/2020 e il decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva *Insolvency*). In verità, alcune minime parti del codice sono già in vigore, come le norme che riguardano, le modifiche al libro V del codice civile.

Il Codice ha inoltre inglobato una porzione del d.l. 24 agosto 2021, n. 118 convertito dalla legge 21 ottobre 2021, n.147 apportandovi ulteriori revisioni.

Tale codice risale a più di due anni fa, ma il continuo ritardo della sua entrata in vigore consente continue modificazioni e aggiornamenti, seppur rimanga coerente sia alla legge delega che alla Direttiva *Insolvency*.

È stata compiuta la scelta che in presenza di una situazione di crisi imminente o imminente sia utile cercare di risolverla in modo non traumatico, sia dando rilievo alla ristrutturazione dell'azienda o dell'impresa in modo da conservarne il valore, sia assegnando al debitore e ai suoi creditori una pluralità di variegati strumenti idonei a regolare la crisi senza dover aprire una procedura liquidatoria. Questo consente di spiegare perché il Codice si occupi di composizione negoziata<sup>28</sup> e a seguire di piani di risanamento, convenzioni di moratoria, piani di ristrutturazione, accordi di ristrutturazione e concordati. Si tratta di una sorta di piano inclinato che vede alla base il percorso della composizione negoziata e al vertice la liquidazione giudiziale.

---

<sup>28</sup> I.Pagni-M.Fabiani, La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), [dirittodellacrisi.it](http://dirittodellacrisi.it).

A partire dall'art. 2086 c.c., per passare poi all'art. 3 del Codice della crisi preso in esame<sup>29</sup>, vengono precisati quali fattori di rischio sono rappresentativi di crisi e come questi debbano essere individuati per una adeguata analisi e organizzazione d'impresa.

La struttura del CCII si presenta con la spiegazione della composizione negoziata, seguita da molte disposizioni di natura processuale, alcune delle quali in sintonia con le norme della legge fallimentare ed altre del tutto innovative. Seguono poi gli strumenti c.d. negoziali di risoluzione della crisi d'impresa includenti il piano attestato di risanamento, le quattro versioni degli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria, il novello piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato minore e da ultimo il concordato preventivo. Solo alla fine di tutti questi strumenti appena citati è possibile trovare la liquidazione giudiziale, la liquidazione controllata e la disciplina dei gruppi di impresa. A chiudere il codice della crisi è la disciplina della liquidazione coatta amministrativa perché è rimasta fuori dal codice e l'amministrazione straordinaria.<sup>30</sup>

### **2.3.2 L'obiettivo del codice della crisi**

---

<sup>29</sup> Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza- CCII

<sup>30</sup> F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2018,

La legge fallimentare del 1942 non lasciava trasparire dubbi, lo scopo era quello di eliminare l'impresa insolvente dal mercato al fine di distribuire ciò che rimaneva ai creditori. La riforma della legge fallimentare non ha spostato questo equilibrio nella divergenza degli interessi tutelati a seconda delle differenti dimensioni dell'impresa, quanto meno sino al 2012 con l'inserimento del c.d. *concordato in continuità* di cui all'art. 186-bis l.fall.<sup>31</sup>; tuttavia, la clausola di salvaguardia del "miglior interesse dei creditori"<sup>32</sup> è sembrata sufficiente per confermare che la continuità, nel concordato preventivo rappresentava solo un valore-mezzo e non un valore-fine come nell'amministrazione straordinaria.<sup>33</sup>

Analizzando gli articoli<sup>34</sup> del CCII traspare che lo scopo di fondo della normativa in tema di crisi e di insolvenza è cambiato: la liquidazione giudiziale resta la procedura concorsuale in cui il valore assoluto è la tutela dei creditori, restando decisamente marginale l'interesse per la conservazione dell'impresa confinato nell'art. 212 in tema di affitto di azienda endoconcorsuale.

L'analisi della norma ha portato gli esperti a chiedersi se l'interesse e l'attenzione verso la continuità aziendale abbia sovrastato la tutela dei

---

<sup>31</sup> L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1222

<sup>32</sup> A. Rossi, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 637

<sup>33</sup> G. Meo, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013

<sup>34</sup> Art.84 CCII-art.7 CCII

creditori; in realtà puntando sulla continuità, questa rappresenta lo strumento al miglior soddisfacimento per i creditori stessi. Difatti, quando i due profili in comparazione vengono in conflitto e bisogna decidere cosa debba prevalere, ci deve essere un valore che prevale sull'altro e il giudice di legittimità ha stabilito che sia la salvaguardia dei complessi aziendali. Si è sperato che il tragitto verso il nuovo concordato non potesse prescindere da una procedura concorsuale rivolta a tutti i creditori e con effetti vincolanti per tutti, un procedimento che inserito in una crisi di cooperazione tra debitore e platea dei creditori liberi alla esigenza di attuare la garanzia patrimoniale, con applicazione dello statuto delle vendite forzate quando il piano preveda la liquidazione dei beni come mezzo di soddisfacimento dei creditori. Quest'ultimo deve restare il punto cardine del concordato, agevolando i piani concordatari che valorizzano la continuità dell'attività d'impresa quale strumento di conservazione di valore nel circuito produttivo. Tutto ciò, consente alla proprietà di riconquistare il dominio sull'impresa, transitoriamente spostato sui creditori. In quanto procedura concorsuale, nel concordato non si potrà rinunciare a regole di distribuzione verticale del valore, ferma restando la necessità di riconoscere al debitore ampie facoltà di redazione di proposte concordatarie, da attuare nell'interesse del mercato ai terzi, con iniziative proprie, che valorizzino opportunità esterne al debitore. Infine, data la natura negoziale del patto di concordato che si forma tra debitore

e creditori e data la natura pienamente giurisdizionale del giudizio di omologazione, si impone una equilibrata attenzione di pesi e contrappesi, anche con l'introduzione di clausole generali, che siano orientate a calibrare l'intervento della autorità giudiziaria, sulla base di scelte prive da condizionamenti.

Molto probabilmente, oggi, è possibile riconoscere che a parità di trattamento tra soluzione conservativa e soluzione liquidatoria, l'art. 7 CCII imponga di preferire la continuità.

### **2.3.3 Strumenti di soluzione negoziata della crisi prima del d.l.**

#### **118/2021**

Prima del cambiamento generale previsto dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 riguardante il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*, le disposizioni che regolavano la disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi o di ramo di azienda si basava su diversi nuclei normativi: l'art. 2112 del codice civile, che reca la disciplina generale di tale fattispecie, l'art. 47 della l. n. 428/1990 che oltre a regolare gli obblighi di informazione e di consultazione imposti al cedente e al cessionario, curava anche l'adattamento della disciplina dettata dall'art. 2112 nei casi in cui l'azienda da trasferire si trovava in una situazione di difficoltà, ed infine la

legge fallimentare. Quest'ultima è stata approvata nel 1945 e negli anni ha riportato aggiornamenti e correzioni.

Gli strumenti a disposizione prima del d.l. 118/2021 erano rappresentati dal piano attestato, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo e ciò che veniva disposto dall'art.9, comma 1, d.l. n.27 giugno 2015 n.83, convertito in l. 6 agosto 2015 n.132 *septies*.

Il d.l. 14 marzo 2005 n. 35 ha riscritto l'art. 67, il cui comma 3, lett. d) ha presentato il piano di risanamento corredato dalla relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del c.d. *piano attestato*. In realtà, la legge fallimentare non colloca questo tra gli strumenti di soluzione negoziata della crisi, ma lo prevede al solo fine di affrancare dall'azione revocatoria gli atti in esecuzione di tale piano, in caso di successivo fallimento dell'imprenditore. Tuttavia, l'accordo con i creditori, o quanto meno con alcuni di essi, costituisce quasi sempre il fondamento della fattibilità del piano attestato di risanamento della crisi.

Il legislatore vedendo del potenziale in questa modalità di risoluzione della crisi, nel CCII lo ha collocato nella sezione intitolata "strumenti negoziali stragiudiziali", con l'art. 166, comma 3, lett. d), all'interno della sezione intitolata "effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori", equivalente dell'attuale art. 67, comma 3, lett. d) l.f. Con tale articolo, ha previsto che siano irrevocabili, espressamente anche con

riferimento all'azione revocatoria ordinaria, «gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati.».

Sempre il d.l. n. 35/2005 ha introdotto l'art. 182 *bis* che disciplina l'accordo di ristrutturazione dei debiti, assoggettato ad omologazione del tribunale, previa relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la attuabilità dell'accordo. Questo strumento però è molto limitativo nei confronti dei creditori non aderenti all'accordo. L'art. 182 *bis*, comma 3, prevede il divieto per i creditori di promuovere o proseguire azioni cautelari o esecutive *dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni*. Inoltre, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 ha introdotto i commi 6,7,8 all'art.182 *bis*, che consentono di estendere tale divieto sin dalla fase delle trattative con i creditori. In base a questa disciplina, l'imprenditore deve fare richiesta delle misure protettive che decorreranno dalla pubblicazione nel registro delle imprese della suddetta richiesta.

Nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, sono stati introdotti all'art. 161 i commi 6, 7, 8, 9 e 10. In virtù di tali disposizioni, l'imprenditore può depositare una domanda di concordato preventivo avente ad oggetto la richiesta di un termine per il deposito del piano, della proposta ai creditori corredata con gli altri documenti previsti dai commi 2 e 3, tra i quali la relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati

aziendali nonché la fattibilità del piano. Considerando che l'istanza *ex art.* 161, comma 6, offre all'imprenditore la possibilità di depositare entro la scadenza del termine il piano e la proposta concordataria o accordo di ristrutturazione, mettendolo nella condizione di avere una doppia scelta, si intuisce che lo strumento del concordato preventivo ha reso pressoché inutilizzato quello disciplinato dall'*art.* 182 *bis*, commi 6,7 e 8.<sup>35</sup>

Nell'ambito della legislazione emergenziale per la crisi sanitaria in atto, l'*art.* 9, comma 5 *bis*, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. l. 5 giugno 2020 n. 40 ha previsto la facoltà di convertire il concordato preventivo "con riserva" o la domanda per l'ottenimento delle misure di protezione in, piano di risanamento, ai sensi dell'*art.* 67 comma 3 lett. *d*). In verità la disciplina prevede che il Tribunale dichiari l'improcedibilità della domanda di concordato con riserva o di accordo di ristrutturazione, più che una conversione. Questa disposizione ha la funzione di offrire all'imprenditore l'opportunità di predisporre un piano attestato di risanamento della crisi di impresa con l'accordo stragiudiziale dei creditori (o di alcuni di essi), beneficiando delle misure protettive, durante le trattative.

L'*art.* 9, comma 1, d.l. n. 27 giugno 2015 n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015 n. 132, ha introdotto l'*art.* 182 *septies*, la cui prima parte disciplina il nuovo accordo di ristrutturazione con banche e altri intermediari finanziari. In virtù di questa disciplina, qualora i crediti di banche o di altri intermediari finanziari

---

<sup>35</sup> Accordo di ristrutturazione.

siano superiori al 50% dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione, approvato dai creditori di tale categoria che rappresentano almeno il 75% dei crediti, si estende, ai creditori dissenzienti della medesima omogenea categoria.

#### **2.3.4 Strumenti di soluzione negoziata della crisi dopo il d.l. 118/2021**

L'aspetto di maggior rilievo inserito all'interno del d.l. 118/2021 è costituito dalla procedura di composizione negoziata, ma, nonostante ciò, il d.l. ha inciso anche sugli altri strumenti di soluzione negoziata della crisi d'impresa modificandoli, integrandoli o creandone di nuovi.

Con l'art. 20 il d.l. 118/2021 ha anticipato l'entrata in vigore di strumenti come gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria. Dall'art. 182 septies della l.f.<sup>36</sup> è stata eliminata la seconda parte relativa alla convenzione di moratoria. Per quanto riguarda la prima parte, quanto previsto in tema di accordo di ristrutturazione con le banche o altri intermediari finanziari è stato esteso, nel solo caso di continuità aziendale diretta o indiretta, ai creditori di tutte le categorie. La parte relativa alla convenzione di moratoria con le banche o altri intermediari finanziari eliminata, come detto, dall'art. 182 septies, è stata

---

<sup>36</sup> art. 61 CCII

inserita nel nuovo art. 182 *octies* (art. 62 CCII) ed estesa a tutti i creditori, nel senso che essa si applica anche ai creditori non bancari, agli intermediari finanziari non aderenti all'accordo di moratoria, purché appartenenti alla medesima categoria dei creditori aderenti per il 75% dei crediti.

È stato poi introdotto l'*accordo di ristrutturazione* agevolato previsto dall'art.182 *novies*<sup>37</sup>, in virtù del quale l'imprenditore, che rinunci alla moratoria nei confronti dei creditori dissenzienti, non abbia proposto domanda di concordato "con riserva"<sup>38</sup>, né abbia richiesto l'anticipazione delle misure di protezione sulla base della proposta di accordo di ristrutturazione in itinere<sup>39</sup>, può chiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione con l'adesione dei creditori che rappresentano soltanto il 30% dei crediti complessivi. L'accordo di ristrutturazione in funzione della continuità aziendale, se approvato dai creditori che rappresentano almeno il 75% dei crediti, ha efficacia anche nei confronti dei creditori che non hanno aderito all'accordo, purché appartenenti alla medesima categoria; per i creditori della categoria banche e altri intermediari finanziari, qualora i crediti appartenenti a tale categoria complessivamente superino il 50% dei crediti complessivi, tale efficacia ultra

---

<sup>37</sup> Art. 60 CCII

<sup>38</sup> Art.161, comma 6, l.f.

<sup>39</sup> Art.182 bis, comma 6, l.f

partes nei confronti dei creditori dissenzienti opera anche in caso di accordo per la liquidazione del patrimonio.

Nel caso in cui la composizione negoziata dia esito negativo, nel senso che non si riesca a chiudere con una delle soluzioni indicate dall'art. 11, commi 1 e 2, d.l. 118/2021, l'alternativa liquidatoria alle soluzioni di cui al comma 3 lett. c) dell'art. 11, ossia al concordato preventivo liquidatorio o alla liquidazione giudiziale (o equivalente), è quella indicata dall'art. 11, comma 3, lett. b) dell'inedito concordato preventivo semplificato con cessione dei beni ai creditori, introdotto dall'art. 18 d.l. 118/2021. Questo è un concordato preventivo liquidatorio sui generis in quanto prescinde del tutto dal voto dei creditori e ne assoggetta l'ammissibilità solo a determinati presupposti, tra i quali il preventivo accesso alla composizione negoziata, l'esito negativo di questa certificato dall'esperto e la meritevolezza del debitore.

**Tabella 2.1:Strumenti di regolazione della crisi previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza**

<b>Piani attestati di risanamento</b>	per risanare l'esposizione debitoria dell'impresa e assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria
<b>Accordi di ristrutturazione dei debiti</b>	previsti per l'imprenditore diverso da quello minore con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti
<b>Accordi di ristrutturazione agevolati</b>	per gli imprenditori con creditori che rappresentino il 30% dei crediti in presenza di determinate condizioni (art.60 CCII)
<b>Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa</b>	efficacia estesa "anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici"(art.61 CCII)
<b>Convenzioni di moratoria</b>	esse hanno ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che in ogni caso non comporti la rinuncia al credito.

**Fonte:** Codice della crisi e dell'insolvenza

## CAPITOLO 3: TRASFERIMENTO E COMPOSIZIONE NEGOZIATA

### 3.1 La Composizione Negoziata della Crisi (CNC)

#### 3.1.1 Premessa

Dal 15 novembre 2021 è stata introdotta la possibilità, per le aziende in crisi, di ricorrere all'istituto della *composizione negoziata della crisi*, e rappresenta la principale novità prevista dal recente decreto-legge 118/2021.

L'obiettivo dichiarato del decreto appena citato è quello di introdurre nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale e di intervenire sugli istituti di soluzione concordata della crisi per agevolare l'accesso alle procedure alternative esistenti al fallimento.

Dato che i bilanci e la stessa attività ordinaria delle imprese soffrono degli squilibri creati dalla pandemia, la CNC si inserisce in un contesto più attuale rispetto ai sistemi di allerta previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, perché quest'ultimi, sono incentrati su indicatori e indici di bilancio che non possono essere applicato al meglio.

Il punto significativo del d.l. 118/2021 consiste nell'introduzione della possibilità per l'imprenditore in stato di crisi, di intraprendere una

negoziante che conduca ad una composizione della sua condizione economica, chiedendo la nomina di un esperto da parte della Camera di Commercio al fine di avere assistenza.

Questo nuovo strumento determina un rafforzamento della responsabilità dell'imprenditore derivante dalla nuova formulazione dell'art. 2086 comma 2 del codice civile: *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*. Questo perché l'articolo 2 comma 1 del d.l. 118/2021 richiede da parte degli amministratori una continua valutazione prospettica dello stato di salute dell'impresa allo scopo di avviare gli interventi necessari in una fase di precrisi, al fine quindi, di garantire la continuità dell'impresa anche nell'interesse dei creditori ed evitare lo stato di insolvenza.

### **3.1.2 I presupposti soggettivi e oggettivi della CNC**

Considerando il profilo soggettivo, possono ricorrere a questa procedura, tutti gli imprenditori commerciali e agricoli, iscritti al Registro delle imprese, in

qualunque forma esercitino l'attività d'impresa, -sia imprenditori individuali che società- .

In particolare, possono accedere alla procedura di composizione negoziata anche le imprese c.d. *sotto soglia*, ovvero le imprese non fallibili, che non possiedono i requisiti di cui all'art. 1 c. 2 della legge fallimentare.

I requisiti presi in considerazione sono i seguenti:

- nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, aver avuto un attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a euro 300.000;
- nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, aver realizzato ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro 200.000;
- avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a euro 500.000.

Di contro, non possono accedervi i consumatori e tutti coloro che non sono imprenditori commerciali o agricoli che non sono iscritti al Registro delle imprese o sono stati cancellati. È inoltre negata la possibilità d'accesso alla CNC all'imprenditore che ha già proposto domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, di ammissione al concordato preventivo o alle procedure di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli artt. 7 e 14-ter, l. n. 3/2012.

Per ciò che riguarda i presupposti oggettivi, è essenziale per l'accesso alla procedura, che l'impresa si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario e che risulti perseguibile il risanamento dell'impresa. Di base è necessario che sussista una ragionevole probabilità di risanamento.

Data questa condizione il ricorso alla CNC può essere effettuata sia in stato di pre-crisi, sia già in crisi o nel caso in cui si sia manifestata l'insolvenza. In altre parole, devono esistere concrete possibilità di permettere il ritorno *in bonis* dell'impresa attraverso la prosecuzione diretta della stessa o indiretta, mediante cessione d'azienda o di rami della stessa.

Per verificare il presupposto dell'effettiva perseguibilità del risanamento, l'impresa può svolgere un test disponibile nella piattaforma telematica nazionale, gestita da Unioncamere. Tale piattaforma contiene una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle Piccole-Medie imprese (PMI), con indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità della ripresa e un protocollo di conduzione della composizione negoziata. All'interno della piattaforma si dà quindi all'impresa la possibilità di effettuare un'autodiagnosi precoce, anche senza presentare obbligatoriamente l'istanza, in modo da dare all'imprenditore l'indicazione dello stato di salute della propria impresa.

### **3.1.3 La procedura del CNC**

La procedura di ammissione alla composizione negoziata prende avvio dall'istanza dell'imprenditore, inserita nella piattaforma telematica.

L'organo amministrativo può ricevere per iscritto da parte dall'organo di controllo societario, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di negoziazione, cioè, la presenza di uno squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, nonché la prospettiva di un risanamento dell'impresa ragionevolmente perseguibile. La segnalazione è motivata e contiene la fissazione di un termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve dare conoscenza in base alle iniziative intraprese. Segnalando la sussistenza di squilibri, l'organo di controllo applica inevitabilmente pressione sull'imprenditore che, per evitare problemi successivi, probabilmente attiverà la procedura negoziata.

L'istanza deve essere accompagnata con una documentazione che consiste in:

- un elenco dei creditori;
- il piano finanziario per i successivi sei mesi;
- il bilancio degli ultimi tre esercizi;
- le iniziative industriali in programma;
- le dichiarazioni di eventuali ricorsi per la dichiarazione di fallimento;
- altre informazioni sulla posizione debitoria.

Diversamente, per le imprese *sotto soglia* è richiesta una documentazione più snella rispetto a quella prevista per le imprese maggiori.

Dopo la presentazione dell'istanza insieme alla documentazione, il segretario della Camera di Commercio interessata comunica la richiesta ad una commissione, composta da tre membri. Quest'ultima, ha cinque giorni per nominare, a maggioranza, l'esperto che nei due giorni dalla ricezione della nomina, comunica l'accettazione. L'esperto ha un ruolo molto importante, in quanto deve agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli eventuali altri soggetti; deve però essere indipendente e in possesso di competenze in tema di crisi di impresa e di ristrutturazione aziendali.

Una volta accettato l'incarico, l'esperto deve convocare senza indugio l'imprenditore per valutare la concreta possibilità di risanamento e prospettare le strategie di intervento, ma se non ritiene ci siano prospettive concrete, ne dà notizia all'imprenditore e al segretario della Camera di Commercio che dispone l'archiviazione del procedimento.

L'imprenditore, mantenendo la gestione ordinaria e straordinaria, deve interagire con l'esperto che vigila sulla sua condotta nel corso delle trattative.

Nel caso in cui l'esperto dovesse valutare un comportamento dell'imprenditore non in linea con la corretta esecuzione del piano di risanamento, può annotare il proprio dissenso nei successivi dieci giorni presso il Registro delle imprese.

Esaurite le trattative, l'imprenditore e le parti coinvolte con la facilitazione dell'esperto nominato, possono individuare le seguenti soluzioni idonee al superamento della situazione di crisi:

- un accordo, con uno o più creditori, idoneo ad assicurare la continuità aziendale;
- una convenzione di moratoria con i creditori, avente ad oggetto le scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive (tale accordo è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti appartenenti alla stessa categoria, a condizione che i creditori aderenti rappresentino almeno il 75% degli appartenenti alla classe);
- un accordo sottoscritto da tutte le parti coinvolte nella negoziazione, controfirmato dall'esperto, che produce gli effetti del piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), L. Fall.(esenzione della revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso), senza la necessità dell'attestazione;
- un accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>40</sup>;
- il nuovo istituto del concordato liquidatorio semplificato.

Decorsi i 180 giorni di durata massima iniziale della CNC senza che si sia raggiunto una soluzione adeguata al superamento degli squilibri che hanno

---

<sup>40</sup> ai sensi degli artt. 182-bis, 182-septies e 182 novies L. fall

dato luogo alla richiesta di nomina dell'esperto, quest'ultimo dovrà considerare concluso il proprio incarico e redigere una relazione finale che inserirà in piattaforma, comunicandola all'imprenditore e al Tribunale nel caso di richiesta di misure cautelari. Se invece tutte le parti e l'esperto stesso sono concordi nel proseguire la procedura, è possibile un'ulteriore estensione di altri 180 giorni, decorsi i quali comunque essa cessa.

Quando invece l'esperto, nella propria relazione finale, dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni negoziali sopra richiamate non sono praticabili, l'imprenditore può accedere direttamente al concordato semplificato per la liquidazione dei beni, mediante presentazione nei 60 giorni successivi alla comunicazione dell'esperto, di una proposta di concordato per cessione dei beni.

#### **3.1.4 Caratteristiche e protezione del patrimonio.**

Il percorso di composizione negoziata non è una procedura concorsuale, né per scelta legislativa, né per conformazione normativa, in quanto durante le trattative l'imprenditore continua a gestire la propria impresa senza ingerenza, controllo da parte del Tribunale e dell'esperto. Non può essere considerata come una procedura concorsuale, perché non si ha:

- alcuna apertura di un procedimento di regolazione della crisi;
- alcuna previsione di un ordine di distribuzione;

- alcun, neppur minimo, spossessamento;
- alcun organo della procedura;
- alcun blocco di crediti e debiti;
- non è indispensabile il coinvolgimento di tutti i creditori.

Questo strumento non può essere considerato come una forma di soluzione della crisi, ma piuttosto un percorso nel quale l'imprenditore è libero di accedervi liberamente o per spinta dell'organo di controllo come previsto dall'art. 15.<sup>41</sup> È quindi solo un luogo dove si svolgono le trattative alla presenza di un terzo che assiste l'imprenditore e ha il compito di facilitare le contrattazioni. Tuttavia, come nelle procedure concorsuali (quali il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti), per salvaguardare il buon esito delle negoziazioni e quindi la possibilità di superare la crisi, il d.l. n. 118/2021 concede all'imprenditore la possibilità di beneficiare, durante la composizione, di  *misure protettive*  del proprio patrimonio da eventuali iniziative dei creditori.

L'imprenditore può fare questa proposta già in sede di istanza iniziale di richiesta di nomina dell'esperto o in un momento successivo. A decorrere dalla data di pubblicazione di tale istanza presso il Registro delle imprese i creditori non possono acquistare diritti di prelazione se non concordati con

---

<sup>41</sup> L.Castelli- S.Monti, *I sindaci e il Codice della Crisi: nuovi doveri e responsabilità*, in *Società*, 2020, pag.1015.

l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti coi quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Il Tribunale, da come si può evincere da ciò che è stato finora considerato, ha un importante ruolo di garanzia nell'applicazione delle misure protettive. Infatti, entro 10 giorni dal deposito del ricorso, il Tribunale fissa l'udienza per la presentazione delle parti, nel corso della quale provvede agli atti istruttori necessari a pronunciarsi sulla conferma o sulla modifica delle misure protettive e sull'accoglimento degli eventuali provvedimenti cautelari; sono tuttavia espressamente escluse le misure protettive per i diritti di credito dei lavoratori. Per questo motivo, quest'ultimi, possono iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del patrimonio dell'imprenditore.

La protezione del patrimonio, prevista agli artt. 6 e 7, è compatibile con trattative che non necessariamente debbano concludersi con quegli sbocchi tradizionalmente legati alle leggi fallimentari. L'unico fine è quello di rendere chiara la situazione esistente al momento in cui le trattative prendono inizio, senza però impedire i pagamenti spontanei. Inoltre, la richiesta di protezione del patrimonio, rende pubblica l'iniziativa del debitore, ciò da un lato mette in allerta i creditori e dall'altro mette in moto l'intervento del giudice.

Nella composizione negoziata le misure protettive sono strumentali ad assicurare l'esito positivo delle trattative nei termini di cui all'art. 11 d.l. 118/2021.

Le misure possono essere confermate quando per il tribunale:

- c'è una probabilità di perseguire il risanamento;
- le misure scelte sono funzionali a raggiungere quel risultato.

Da ciò si evince come il ruolo del tribunale sia si rileva centrale per l'intera architettura, poiché il giudice è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori.<sup>42</sup> Un ruolo di grande responsabilità che impone una adeguata professionalità, in grado di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa: quella di chi è chiamato a verificare l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo ai consociati e nuove opportunità all'imprenditore, senza pregiudicare i creditori. In considerazione di ciò, il Tribunale può far ricorso ad un ausiliario che dovrà essere designato con grande accuratezza.

La direttiva di riferimento stabilisce che i tempi di ristrutturazione dell'impresa e la tutela dei diritti dei creditori deve realizzarsi in tempi brevi, per tale motivo il d.l. 118/2021 ha stabilito una durata non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, con una possibilità di proroga che non può eccedere i

---

<sup>42</sup> C. Cavallini, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdictio*, in Riv.dir.proc., 2019, pag.1001.

duecentoquaranta giorni e un'immediata conferma da parte del Tribunale. Il legislatore per fare tutto ciò ha ritenuto opportuno basarsi su un procedimento cautelare uniforme. Il contenitore prescelto è quello degli artt. 669-bis/ 669-terdecies c.p.c., con gli opportuni adattamenti.

Il creditore dal canto suo può fare istanza *ex art. 7, comma 6*, perché il giudice revochi le misure protettive e cautelari, o ne riduca la durata e presentare ricorso di fallimento. Alle iniziative dei creditori, si può aggiungere, in caso in cui l'imprenditore versi in stato di insolvenza, la trasmissione della *notitia decoctionis* dal Tribunale al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7 l.fall.

I creditori o l'esperto possono quindi richiedere la revoca delle misure cautelari, nel caso in cui non soddisfino l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate al pregiudizio arrecato ai creditori.

Se con le trattative assistite dall'esperto non si riesce a trovare un accordo con i creditori per risanare l'impresa, è possibile ricorrere (se vi sono le condizioni) a uno degli strumenti per la ristrutturazione o per la liquidazione previsti dalla legge fallimentare (fallimento, concordato, accordi di ristrutturazione), o accedere a una nuova forma di concordato semplificato, attraverso il quale è possibile anche trasferire l'azienda con notevoli semplificazioni procedurali rispetto al concordato ordinario, non essendo previsto né il voto dei creditori né la soddisfazione minima del 20% per i chirografari.

Aspetto da considerare è il caso dell'imprenditore *in bonis* che reputi probabile l'insorgere della crisi, avendo a disposizione degli strumenti più competitivi rispetto alla situazione normale. In tal caso la protezione del patrimonio è assoggettata al controllo del tribunale: sarà il giudice a verificare se lo strumento risulta essere eccessivo rispetto alla situazione in cui versa l'imprenditore che gli si rivolge.

### **3.1.5 Analisi differenziale tra composizione negoziata e composizione assistita**

Fino al d.l. 118/2021 il legislatore non era rimasto fermo di fronte alla convivenza con l'emergenza, ma se si pone attenzione al mondo delle crisi d'impresa, nessun intervento prescindeva da un passaggio attraverso le procedure concorsuali<sup>43</sup>. In una cornice di continui "pesi e contrappesi", si è ragionato sul fatto che per una adeguata reazione alla crisi può essere utile un percorso di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e fornitori, e non soltanto per intervenire sugli squilibri contrattuali determinati per effetto della emergenza sanitaria e conservare al meglio le relazioni a lungo termine, ma anche perché un'allerta veramente precoce è quella che arriva prima che l'impresa sia in crisi.

---

<sup>43</sup> M. Cossu, *Il diritto e l'incertezza. La legislazione d'impresa al tempo della pandemia*, in *Dir.fall.*, 2020, pag. 1253

Parte fondamentale del CCII è il Titolo II, nella sezione in cui si introducono per la prima volta strumenti e procedure di allerta rivolte alla rilevazione degli indizi della crisi e all'adozione di misure migliori per il suo superamento. A tal fine il Titolo II contemplava l'*Organismo di gestione delle crisi di impresa* (OCRI), istituito obbligatoriamente ed esclusivamente presso ogni Camera di commercio, così come previsto dal D. Lgs n.14/2019 "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", ma ad oggi, gli OCRI non sono attivi, in quanto il d.l. 118/2021 ne ha rinviato l'operatività al 31/12/2023 per poter sperimentare l'efficienza e l'efficacia della composizione negoziata istituita con il presente decreto.

Rispetto alla composizione assistita del CCII, la composizione negoziata cerca di fare un passo in più, nel mettere maggiormente a fuoco il ruolo di facilitatore dell'esperto, terzo e imparziale, e il modo in cui questi dovrà operare: anche il mutamento nell'aggettivo, da composizione "assistita" a composizione "negoziata", mira a sottolineare che l'esperto non assiste l'imprenditore, ma ha piuttosto il compito di facilitare le trattative e favorire gli accordi.

L'OCRI – tramite il suo referente – gestisce il procedimento di allerta e assiste l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita. Quanto agli sbocchi, l'unico esito alternativo a quelli tradizionali è l'accordo coi creditori depositato presso l'organismo, ed eventualmente iscritto

nel registro delle imprese, che produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento.

La composizione negoziata fa leva su alcuni elementi che ne dovrebbero costituire i punti di forza:

- una specifica formazione dell'esperto;
- una maggiore declinazione dei doveri delle parti;
- la previsione di una procura di informazione sindacale;
- la previsione di una piattaforma telematica per nomina esperto e svolgimento delle trattative;
- la stesura di una lista di controllo per la redazione del piano di risanamento;
- la scrittura di un protocollo per la conduzione della procedura negoziata.

L'elencazione dei profili permette di individuare ciò che caratterizza la composizione negoziata, che pur muovendo nella stessa direzione della composizione del CCI, regola più il contenuto delle attività svolte dall'esperto e dalle parti più che il contenente.<sup>44</sup>

A differenza di quanto previsto per la composizione assistita, dove la procedura prende il via attraverso le segnalazioni dei controllori interni (collegio

---

<sup>44</sup> A. Carratta, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza* in *Dir.fall.*, 2020, pag. 267.

sindacale o revisore) o esterni (Agenzia delle entrate, Inps, istituti bancari), nella CNC è l'imprenditore di sua spontanea volontà che adisce alla procedura.

## **3.2 Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata**

### **3.2.1 Premessa**

L'art. 10, co. 1, lett. d) del d. l. n. 118/2021 prevede che il Tribunale, su richiesta dell'imprenditore che ha avviato la "Composizione negoziata" della crisi d'impresa, possa autorizzarlo a trasferire l'azienda, o uno o più dei suoi rami, *senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del Codice civile*: cioè senza che si produca la responsabilità solidale del cessionario per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, che risultino dai libri contabili obbligatori. L'autorizzazione può essere concessa *verificata la funzionalità della cessione rispetto alla continuità aziendale e la miglior soddisfazione del creditore*. La finalità della norma è quella di permettere anche nel corso delle trattative che si svolgono durante la composizione negoziata, di trasferire l'azienda o uno o più dei suoi rami a terzi, se viene considerata come unica o comunque preferibile soluzione alla crisi. La disciplina in commento deve

ritenersi applicabile anche alle operazioni produttive di effetti equivalenti (conferimento d'azienda, anche a favore di una *newco*).<sup>45</sup>

Il legislatore ha reso possibile questa procedura perché imporre di attendere la conclusione della composizione negoziata e l'eventuale avvio di un diverso strumento di regolazione della crisi prima di procedere al trasferimento potrebbe risolversi in un pregiudizio per i creditori e per la stessa continuità aziendale.

Essendo il trasferimento di azienda un atto di straordinaria amministrazione, l'imprenditore potrebbe anche procedere autonomamente ai sensi dell'art.9 d.l. 118/2021, senza richiedere l'autorizzazione del tribunale.<sup>46</sup> In tal caso però, dei debiti anteriori risultanti dai libri contabili ne risponderebbe in via solidale anche l'acquirente ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., e non opererebbe nemmeno la conservazione degli effetti prevista dall'art. 12 d.l. 118/2021. Solo l'autorizzazione del tribunale consente, infatti, l'operare dell'effetto purgativo rispetto ai debiti anteriori e la conservazione degli effetti e, pertanto, è fin troppo facile prevedere che la strada della richiesta di autorizzazione al tribunale sarà l'unica ad essere concretamente percorsa laddove l'imprenditore

---

<sup>45</sup>L. De Simone, *Le autorizzazioni giudiziali*, in *www diritto della crisi.it*, 9 dicembre 2021, pag.9

<sup>46</sup> L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ecc.*, pag.31.

intenda procedere al trasferimento dell'azienda o di suoi rami durante la composizione negoziata.

### **3.2.2 Il procedimento**

Come da precedente considerazione, il trasferimento avviene per volontà dell'imprenditore, che può decidere autonomamente se e quando presentare richiesta di autorizzazione al trasferimento. La richiesta potrebbe anche essere sollecitata dall'esperto, ma rimane una possibilità residuale, trattandosi di una legittimazione non surrogabile.

Il ruolo dell'esperto nella operazione in questione è diverso, secondo che la cessione avvenga su iniziativa esclusiva dell'imprenditore, con la inevitabile applicazione al cessionario del principio dettato dall'art. 2560, co. 2, cod. civ.; oppure se la cessione venga impostata prevedendo la richiesta di autorizzazione al Tribunale a procedere al trasferimento esonerando il cessionario dalla responsabilità prevista da tale norma.

Per la prima ipotesi il Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021 prevede che *“1. Qualora si intenda procedere alla cessione dell'azienda o di suoi rami, l'esperto avrà cura di far presente all'imprenditore l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori.*

2. *All'esperto potrà essere richiesto di:*

- *individuare il perimetro dell'azienda o di rami di essa ritenuto idoneo per il miglior realizzo;*

- *fornire indicazioni all'imprenditore per organizzare data room informativa da utilizzare [per] la raccolta delle manifestazioni di interesse (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma);*

- *dare corso, o far dare corso, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati, anche attraverso procedure competitive, raccogliendo le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma);*

- *se richiesto, esprimere il proprio parere sulle manifestazioni di interesse e le offerte ricevute.*

*L'esperto avrà cura di ricordare all'imprenditore l'opportunità che le offerte siano quanto più possibile a contenuto determinato, vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie". Per la seconda ipotesi, la norma non prevede l'interpolazione dell'esperto da parte del Tribunale, ma in linea generale si pensa che ciò sia possibile e opportuno.*<sup>47</sup>

È possibile richiedere l'autorizzazione al trasferimento dell'azienda o i suoi rami in qualunque forma: tanto alla vendita, quanto ad altre forme di disposizioni dell'azienda. Non sembra invece possibile chiedere

---

<sup>47</sup>L. De Simone, *Le autorizzazioni giudiziali*, in *Dir. Crisi*, 9 dicembre 2021, p. 12.

l'autorizzazione al Tribunale per l'affitto dell'azienda o dei suoi rami. Non perché venga indicato espressamente ma ci si orienta nel senso negativo sulla base dell'effetto principale dell'autorizzazione del tribunale, costituito dalla deroga all'art.2560 comma 2, c.c. che in relazione all'affitto viene a perdere di significato. Questo, non impedisce certo all'imprenditore di procedere eventualmente all'affitto dell'azienda o di suoi rami durante le trattative, ma la disciplina di riferimento è quella sugli atti di straordinaria amministrazione *ex* art. 9 d.l. 118/2021.

### **3.2.3 La competitività e i criteri di selezione dell'acquirente**

Il Tribunale, nel caso ritenga la richiesta accoglibile, oltre ad autorizzare deve anche “dettare le misure ritenute opportune”. La difficoltà sta proprio nell'andare ad individuare queste misure, dato che non sono specificate dalla legge.

Un aspetto da considerare è l'esistenza ed il contenuto di competitività. In altre parole: se l'istanza è presentata dall'imprenditore sulla base di un'offerta da parte di un soggetto interessato al trasferimento, è necessario individuare come deve comportarsi il Tribunale. È lecito chiedersi se quest'ultimo dovrà comunque aprire una procedura competitiva o basti dare preventiva pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. In linea generale, non essendoci riferimenti espressi nel dato normativo, si ritiene che il Tribunale debba

verificare l'esistenza di eventuali soluzioni migliori sul mercato e le modalità possono essere diverse, in ragione delle diverse circostanze del caso concreto. L'apertura al mercato deve rappresentare la regola, derogabile sono in casi eccezionali.

La considerazione del principio di competitività anche nel trasferimento di azienda durante la composizione negoziata si impone in ragione dei due presupposti che sorreggono l'eventuale provvedimento di autorizzazione:

- continuità aziendale;
- migliore soddisfazione per i creditori.

Proprio per garantire questi due obiettivi è necessario verificare l'esistenza di possibilità alternative che possono offrire soluzioni migliori, presenti sul mercato.

Se l'imprenditore volesse trasferire l'azienda senza apertura al mercato e senza competitività, potrebbe procedere in modo autonomo ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021; diversamente, come si è quindi detto, trova piena applicazione il principio di competitività, se vuole che il trasferimento avvenga senza la responsabilità solidale dell'acquirente rispetto ai debiti anteriori e con salvezza degli effetti indipendentemente dall'esito della composizione negoziata.

Per quanto concerne i criteri di selezioni dell'acquirente, basare la scelta soltanto sull'offerta più alta potrebbe non risultare necessariamente quella

migliore. Il legislatore<sup>48</sup> impone di valutare la funzionalità dell'atto alla *migliore soddisfazione dei creditori* e non alla *massima soddisfazione per il cliente* e questo fa capire come l'interesse dei creditori va tutelato ma non è l'unico aspetto da prendere in considerazione, dovendo contemperare anche altri interessi rilevanti. Di conseguenza, la simultanea presenza di molteplici interessi rilevanti impone la ricerca di un punto di equilibrio secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità.<sup>49</sup>

Se il trasferimento dell'azienda o di suoi rami deve essere funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, esso deve complessivamente offrire ai creditori una soddisfazione almeno pari a quella che si sarebbe avuta in mancanza della stessa, perché, nel caso contrario, il trasferimento non sarebbe nell'interesse, ma contro l'interesse dei creditori. Il contenuto minimo garantito del diritto dei creditori, che non può essere sacrificato dal perseguimento di interessi diversi, si misura con il livello del presumibile soddisfacimento che i creditori collettivamente avrebbero potuto conseguire in mancanza del trasferimento. Sono legittimati anche parametri diversi rispetto al prezzo, per la predisposizione dei criteri di selezione dell'acquirente, come ad esempio: impegno ad adeguare la produzione secondo standard più rispettosi dell'ambiente o impegno nella conservazione dei livelli occupazionali.

---

<sup>48</sup> art.9 d.l. 118/2021

<sup>49</sup> Direttiva (Ue) 2019/1023 del Parlamento Europeo

Gli eventuali parametri diversi dal prezzo devono, pertanto, essere funzionali al perseguimento di interessi di pari rango costituzionale, non pregiudicare la possibilità di effettiva comparazione tra le diverse offerte e non essere così gravosi da pregiudicare irragionevolmente il nucleo essenziale del diritto di credito, privando i creditori del contenuto minimo garantito.

#### **3.2.4 Modalità ed effetti del trasferimento.**

Per quanto concerne le modalità di trasferimento, anche se il procedimento viene autorizzato dal Tribunale, la cessione avviene con un atto stipulato dall'imprenditore. Quest'ultimo infatti, non subisce alcuno spossessamento durante il percorso della composizione negoziata e conserverà i propri effetti indipendentemente dall'esito della stessa, restando invariati sia l'effetto traslativo, sia quello purgativo rispetto ai debiti anteriori.

È importante evidenziare il tema della stabilità degli effetti del trasferimento autorizzato. Per trovare una risposta a questo aspetto è necessario considerare l'art. 12 d.l. 118/2021, a norma del quale “gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato

per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18.” Questa stabilità rappresenta una condizione indispensabile al raggiungimento di un accordo.

Esistono però tre limiti a tutela dei creditori anteriori: il primo è evidenziabile all'art.10 comma 1, lett. d, d.l. 118/2021 in cui *resta fermo l'articolo 2112 del codice civile*, garantendo la conservazione di tutti i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda. Il secondo limite è posto dall'art.13 comma 4, d.l. 118/2021 in cui *resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti*: nella situazione in cui si dimostri che l'imprenditore abbia chiesto e ricevuto l'autorizzazione su informazioni inesatte, i creditori anteriori possono far valere la responsabilità dell'imprenditore.

Un terzo limite è quello per cui l'autorizzazione del Tribunale consente di derogare solo l'art. 2560 comma 2, c.c., ma non le altre norme che regolano anche i debiti anteriori, come l'art. 2558 che definisce situazioni contrattuali non ancora definite. In questo caso la responsabilità del cessionario è legata anche a queste posizioni.

Per ciò che concerne i debiti tributari, in caso di cessione dell'azienda, il cessionario, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente, è in linea generale responsabile, in solido con lo stesso, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti. Tale responsabilità si estende entro il limite del valore dell'azienda o del ramo d'azienda ceduto, e comunque

del debito risultante, alla data del trasferimento. Ma ai sensi del comma 5-*bis* di tale norma, tale responsabilità è esclusa qualora la cessione avvenga nell'ambito di una procedura concorsuale, di accordi di ristrutturazione<sup>50</sup>, di piani attestati<sup>51</sup> e di una procedura da sovraindebitamento. Nel caso della composizione negoziata, nessun problema si genera qualora la stessa sfoci, ai sensi dell'art. 11 del d.l. 118/2021 in una di quelle procedure.

Nel caso specifico della composizione negoziata, l'applicazione dell'esenzione degli effetti di cui all'art. 2560, II comma, c.c. potrebbe essere dubbia. È quindi opportuno che l'aspirante acquirente dell'azienda qualora non risultino iscritti nei libri contabili obbligatori debiti tributari, cautelativamente verifichi per evitare di vedersi opposta l'applicazione dell'art. 14 comma 1 D.lgs. 472/1997, ma anche dell'esenzione prevista al comma 5 *bis*, che essendo stato inserito nel 2016, ovviamente non contempla la composizione negoziata.

### **3.2.5 Il concordato preventivo semplificato.**

Questa non è una nuova figura di concordato autonomo cui il debitore possa accedere direttamente, ma una procedura utilizzabile, solo come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad altre soluzioni. L'imprenditore può presentare una proposta di concordato per

---

<sup>50</sup> ex art.182-bis L.F.

<sup>51</sup> ex art. 67, c. 3, lett. d), L.F.

cessione dei beni nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della redazione finale redatta dall'esperto nominato per la composizione negoziata al termine dell'incarico e con la quale "dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili". Tale proposta, unitamente al piano di liquidazione e alla documentazione richiesta dalla legge, va presentata al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Il concordato semplificato può soltanto essere un concordato liquidatorio. Il ricorso a questo tipo di concordato è possibile solo quando, preso atto della impossibilità di un accordo con i creditori o di trovare altre soluzioni concordate, rimane come unica via percorribile quella della liquidazione del patrimonio: ciò non esclude la possibilità di una cessione unitaria dell'azienda o di un ramo della stessa. Tuttavia, non è richiamabile la figura del concordato con continuità indiretta, sia per la chiara terminologia legislativa, sia per lo scopo del nuovo istituto, consistente esclusivamente nella liquidazione del patrimonio in funzione soddisfattoria, in cui la vendita unitaria dell'azienda costituisce solo una modalità per un maggior ricavo rispetto ad una vendita parcellizzata. Il concordato semplificato è quindi considerabile per qualificazione legislativa, alla categoria dei concordati liquidatori.

Inoltre, il concordato semplificato non è una sottospecie del concordato preventivo ordinario, ma una figura giuridica a sé, retta da una propria e autonoma disciplina, che contiene disposizioni proprie. Ma un'importante considerazione è che questa nuova figura di concordato semplificato non è legata alla fase emergenziale in corso tale da essere considerata solo un'introduzione temporanea.<sup>52</sup>

Alla nuova procedura concordataria semplificata possono fare ricorso, dal punto di vista soggettivo, solo e tutti coloro che possono richiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata. Il presupposto oggettivo per l'accesso è invece, lo stesso su cui si fonda l'ordinario concordato liquidatorio, ossia lo stato di crisi che, come precisa il terzo comma dell'art. 160 l. fall., può comprendere anche una situazione di insolvenza.

---

<sup>52</sup>Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *dirittodellacisi.it*, 6 settembre 2021.



## CAPITOLO 4: TRASFERIMENTO E PROCEDURE CONCORSUALI

### 4.1 Le procedure concorsuali

#### 4.1.1 Premessa

Nel primo capitolo è stato esaminato il trasferimento e come questo avviene nelle aziende in *bonis*, sono stati analizzati gli aspetti principali delle diverse tipologie di cessione, spostando poi l'attenzione verso la nuova procedura di composizione negoziata della crisi inserita dal d.l. 118/2021. Nello svolgimento della sua attività, l'imprenditore può trovarsi in una particolare condizione di crisi economico-finanziaria che gli impedisce di poter far fronte al pagamento dei debiti, e trovarsi in una posizione tale da non poter accedere alla nuova procedura della composizione negoziata della crisi. In questo caso l'azienda si trova a dover intraprendere la strada delle c.d. *procedure concorsuali*.

Le procedure concorsuali hanno per oggetto l'intero patrimonio dell'imprenditore e riguardano tutti i creditori. Lo scopo principale di ognuna di esse è essenzialmente la drastica riduzione dell'autonomia imprenditoriale mediante la sottrazione all'imprenditore della disponibilità dei beni e la nomina di un organo con funzioni di controllo sull'esercizio dell'attività.

Esistono diversi tipi di procedure concorsuali. Le principali, tutte disciplinate dalla legge, sono:

- procedura giudiziale (fallimento);
- la liquidazione coatta amministrativa;
- il concordato preventivo;
- l'amministrazione straordinaria.

I presupposti per essere soggetti alle procedure concorsuali sono:

- stato d'insolvenza;
- gravi irregolarità di gestione;
- temporanea difficoltà di adempiere alle obbligazioni.

Per quanto specificamente attiene alle vicende circolatorie dell'azienda in crisi, il legislatore delegato del 2019 distingue tra procedure cc.dd. "conservative" e procedure cc.dd. "liquidatorie". Le prime prevedono la continuità dell'attività imprenditoriale per salvaguardarne il patrimonio in vista di una sua futura cessione. Le seconde sono essenzialmente finalizzate alla soddisfazione dei creditori mediante la disgregazione del complesso aziendale. In entrambi i casi la contrattazione collettiva ha un fondamentale ruolo di ridefinizione delle tutele, che si calibra in rapporto ai diversi contesti normativi. Le procedure cc.dd. *conservative* sono riconducibili al concordato preventivo in regime di continuità indiretta ex art. 84, comma 2, CCII, con trasferimento di azienda successivo all'apertura del concordato stesso;

omologazione di accordi non liquidatori di ristrutturazione dei debiti; amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.

## **4.2 Le procedure concorsuali liquidatorie**

### **4.2.1 La liquidazione giudiziaria (o fallimento)**

Il legislatore italiano ha sostituito al posto del *fallimento* la *liquidazione giudiziaria*, volta a garantire il recupero dei crediti della società in liquidazione da parte dei creditori dell'imprenditore insolvente. Questa nuova procedura sostitutiva è prevista all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, e si colloca infatti nell'ambito della riforma delle procedure concorsuali, avvenuta tramite la legge delega 155/2017 che ha portato poi all'emanazione del D. lgs 14/2019.

Il legislatore ha in sostanza, fissato i criteri per procedere alla riforma e al riordino delle procedure concorsuali, ma i nuovi elementi che disciplinano la liquidazione giudiziaria non prevedono modifiche radicali rispetto alla legge fallimentare<sup>53</sup>. Le novità sono l'impossibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento, un aumento dei poteri per il curatore, l'introduzione di un modello processuale unico per poter procedere all'accertamento dell'insolvenza del

---

<sup>53</sup> R.D. 16 marzo 1942, n.267

debitore ed inoltre, è stata semplificata la procedura giudiziale di recupero del credito della società in liquidazione. Il fondamento della normativa è da ricercarsi nell'obbligare gli imprenditori ad adottare un assetto organizzativo idoneo a prevenire situazioni di crisi ed adottare in tempo strumenti idonei.

Attuando lo strumento della liquidazione giudiziale si vuole liquidare il patrimonio dell'imprenditore e dividerne il ricavato tra i creditori.

Il presupposto soggettivo che delimita l'ambito di applicazione della liquidazione giudiziale è individuato negli imprenditori commerciali che *non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art.2, comma 1, lettera d)*<sup>54</sup>. Sono per tali ragioni escluse le cd. Imprese minori e le imprese agricole, mentre sono inclusi tutti coloro che esercitino un'attività commerciale o artigiana, anche non a fini di lucro, operando o come persona fisica o come persona giuridica, o come altro ente collettivo, gruppo di persone o società (a esclusione dello Stato e degli Enti qualificati pubblici).

Il presupposto oggettivo per l'apertura della liquidazione giudiziale è, il sussistere dello stato di insolvenza, definito *nell'art. 2, comma 1, lettera b* che lo definisce come "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

---

<sup>54</sup> Art.121 CCII - *I presupposti della liquidazione giudiziale*

Gli organi della liquidazione giudiziale, ossia *tribunale concorsuale*, *giudice delegato*, *curatore* e *comitato dei creditori*, sono gli stessi previsti dalla Legge Fallimentare e medesime anche le loro funzioni. Il giudice delegato, in continuità con la Legge Fallimentare, non si occupa di dirigere la procedura, ma principalmente di esercitare funzioni di controllo e vigilanza sul suo svolgimento regolare. Per quanto riguarda il comitato dei creditori, nominato dal giudice delegato entro 30 giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale, il CCII rimane legato alla precedente Legge Fallimentare confermando che questo organo è il necessario interlocutore del curatore nella gestione del patrimonio da liquidare e rendendolo titolare di maggiori e più ampi poteri. Il suo ruolo, sinteticamente, si riassume nella vigilanza dell'operato del curatore, nell'autorizzazione degli atti emessi dal curatore e nell'espressione di pareri su richiesta del tribunale concorsuale o del giudice delegato.

#### **4.2.2 Il concordato preventivo liquidatorio**

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha predisposto delle modifiche anche per ciò che riguarda il *concordato preventivo*. All'art. 84 si evince che, con tale procedura, il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio.

Parlare di concordato liquidatorio significa far riferimento ad un istituto nel quale l'accordo con i creditori ha la funzione di evitare una possibile

dichiarazione di fallimento, mettendo a disposizione di questi i beni ed i diritti costituenti il patrimonio del debitore, in vista della ristrutturazione dei debiti di quest'ultimo e del soddisfacimento, in tutto o in parte, dei creditori, in via immediata o, come più spesso avviene, dilazionata<sup>55</sup>.

Il concordato liquidatorio è senza dubbio molto più semplice dal punto di vista operativo del concordato in continuità, tuttavia l'introduzione di un limite % al soddisfacimento dei creditori lo rende meno appetibile in quanto concretamente, nella maggioranza dei casi difficilmente percorribile.

L'art. 84 del CCII dispone infatti che *nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.*

#### **4.2.3 La liquidazione coatta amministrativa (LCA)**

La disciplina della liquidazione coatta amministrativa, che è ora contenuta negli artt. 293-316 CCII, sostituisce gli artt. 194-213 della Legge fallimentare, mantenendo inalterata la fisionomia peculiare dell'istituto, ma introducendo in essa alcuni importanti adeguamenti.

---

<sup>55</sup> G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2017.

La LCA è una procedura concorsuale di carattere speciale e di natura amministrativa, cui sono soggette imprese di interesse pubblico.<sup>56</sup> Si tratta di una procedura alternativa al fallimento che determina la liquidazione dei beni dell'imprenditore al fine di soddisfare i creditori e si caratterizza per la finalità pubblicistica, poiché ad essere tutelato è l'interesse pubblico legato alla natura o all'attività dell'impresa. Questa procedura è riservata a particolari categorie di enti, aziende o società, la cui insolvenza o crisi economica-finanziaria potrebbero compromettere l'interesse stesso dello Stato ad una sana economia. Inizialmente veniva regolamentata da leggi speciali, successivamente è stata disciplinata dalla legge fallimentare del 1942, oggi il Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza, con il d.lgs. n. 14 del 2019, è intervenuto solo trasversalmente sull'istituto della Liquidazione coatta amministrativa (LCA), tramite l'introduzione di opportuni adeguamenti.

La procedura prevista dal CCII per la LCA ha la funzione di garantire il rispetto di una regolazione concorsuale dei crediti, sul modello della procedura fallimentare in modo da bilanciare la tutela dell'interesse pubblico, con il rispetto delle ragioni dei creditori e dei terzi.<sup>57</sup> Per tale ragione, dal momento in cui viene dichiarata aperta la procedura di LCA, gli art. 303 e 304 CCII,

---

<sup>56</sup> Cfr. definizione Broccardi.it

<sup>57</sup> B. ARMELI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in il Fallimentarista, 14 febbraio 2019, pag.4

prevedono la produzione di determinati effetti sul patrimonio del debitore, sui rapporti con i creditori e sui contratti e atti posti in essere precedentemente, che seguono quelli connessi a un provvedimento di liquidazione giudiziale.<sup>58</sup>

Per ciò che concerne i presupposti soggettivi ed oggettivi per ricorrere a tale procedura, il CCII inserisce nel Capo I, l'art 293; si tratta di una nuova norma che non si trova nella Legge fallimentare e ha l'intenzione di introdurre una disciplina di carattere generale applicabile a tutti i casi di LCA. I presupposti oggettivi per ricorrere alla LCA non subiscono alcuna modifica: le ragioni che permettono di ricorrere a questo istituto riguardano il verificarsi di situazioni patologiche di carattere economico-finanziario, ma considera anche anomalie amministrative derivanti da disfunzioni gestionali dell'impresa, violazione di norme legislative, amministrative o di carattere statutario, ovvero non corrispondenza tra l'attività svolta in concreto e il fine che l'impresa persegue.<sup>59</sup> Di conseguenza assumono rilievo non solo i presupposti che sono espressivi di una crisi di carattere economico-finanziario-patrimoniale ma anche quelli espressivi di una crisi di carattere comportamentale (*crisi di legalità*)<sup>60</sup>. Inoltre, significativi sono quei presupposti espressivi sia di una crisi

---

<sup>58</sup> Cfr. art. 303 CCII

<sup>59</sup> Sciuto, *La liquidazione coatta amministrativa (in generale)*, in *Diritto Commerciale*, a cura di CIAN M, 2019, pag. 263 ss;

<sup>60</sup> Cuonzo, *Commento all'articolo 80*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, diretto da BONFATTI, Pisa, 2021, p. 462 ss.

attuale, ma anche quelli che costituiscono i sintomi di una possibile crisi di carattere prospettico.

La *ratio* della liquidazione coatta amministrativa è rappresentata dall'obiettivo della cessazione forzata dell'attività dell'impresa, con conseguente sua espulsione coatta dal mercato.

### **4.3 Le procedure concorsuali conservative**

#### **4.3.1 Il concordato preventivo con continuità aziendale**

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, come anticipato precedentemente, ha inserito delle modifiche anche per ciò che riguarda il *concordato preventivo*. Su indicazione dell'art. 84 si evince che, con tale procedura, il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori anche mediante la continuità aziendale. Quest'ultima può essere diretta o indiretta: nel primo caso è basata sul mantenimento dell'impresa in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, e si impegna per il risanamento della stessa; il piano deve prevedere che l'attività d'impresa sia idonea ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'impresa e dei soci; nel secondo caso si basa sul trasferimento dell'azienda a terzi che provvederanno al risanamento dell'impresa, *se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la*

*ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ovvero in forza di affitto*<sup>61</sup>. In quest'ultimo caso la disposizione di cui al periodo che precede si applica anche con riferimento all'attività aziendale del soggetto diverso dal debitore.

L'obiettivo è recuperare l'impresa per garantire in prospettiva il soddisfacimento dei creditori e raggiungere, nel tempo prescelto per il piano un equilibrio economico-finanziario e patrimoniale. Su tali presupposti, si basa il piano che i creditori dovranno accettare, perché un connotato essenziale di questa procedura è l'approvazione dello stesso da parte dei creditori, sia pure sulla base di maggioranze stabilite dalla legge.

Una specifica disciplina legale della continuità nel concordato preventivo è stata introdotta nel 2012, con l'inserimento nella legge fallimentare dell'art. 186-*bis*, rubricato "Concordato con continuità aziendale". Manca, invece, nel medesimo articolo, qualsiasi riferimento all'affitto dell'azienda, ma tale mancanza è stata risanata con l'art.84 comma 2, CCII, dove è inserito tra le ipotesi di continuità nel concordato quella dell'*affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso*. Si fa riferimento al c.d. *affitto ponte* che l'imprenditore stipula al fine di

---

<sup>61</sup> Art. 84 comma 2 CCII

salvaguardare, con la dovuta tempestività nell'interesse dei creditori, i valori immateriali insiti nella conservazione della capacità produttiva del patrimonio organizzato in azienda. L'affitto stipulato dall'imprenditore prima della presentazione della domanda di concordato si presenta spesso come una soluzione necessaria per conservare la continuità aziendale; ad esso è solitamente abbinata un'offerta irrevocabile d'acquisto dell'azienda a un determinato prezzo, perché il soggetto che assume la gestione in affitto aspira ad acquistare l'azienda. Su tale offerta è naturalmente imprescindibile l'avvio di un "procedimento competitivo" finalizzato alla "ricerca di [altri] interessati all'acquisto".<sup>62</sup> Nel caso in cui il contratto d'affitto venga proposto e debba essere stipulato dopo la presentazione della domanda di concordato, dovrà normalmente essere svolto, anche in questo caso, un procedimento competitivo per la scelta dell'affittuario, come è prescritto dall'art. 163-*bis*, comma 6, l.fall. La redazione e l'attestazione del piano sono l'aspetto più complesso e delicato del concordato preventivo con continuità. Un elemento essenziale di qualsiasi piano di concordato preventivo con continuità aziendale è l'illustrazione della discontinuità rispetto al passato.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup>art. 163 *bis* L. Fall. rubricato "*Offerte concorrenti*".

<sup>63</sup> paragrafo 6.2.1. dei "Principi di attestazione dei piani di risanamento" emanati dal CNDCEC e aggiornati con delibera del 16 dicembre 2020.

Anche per questo strumento, il legislatore ha previsto l'anticipazione delle misure protettive. Applicandosi l'art. 168 l.f., le misure protettive, efficaci automaticamente dalla pubblicazione dell'istanza al Registro delle imprese, non devono essere immediatamente *confermate* dal Tribunale. L'automaticità e il mancato immediato controllo del Tribunale appare molto benevola verso il debitore che deposita la domanda di semplice prenotazione alla procedura per la soluzione della crisi: con questa domanda il debitore, senza alcun impegno serio, può unilateralmente ritardare anche per un anno la tutela della garanzia patrimoniale dei creditori.

#### **4.3.2 Il Piano di Ristrutturazione soggetto ad Omologazione (PRO)**

Tra le novità introdotte recentemente dal legislatore campeggia un nuovo strumento di regolazione della crisi in attuazione della direttiva Ue 2019/1023: il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione disciplinato dai nuovi artt. 64-*bis* e 64-*ter* del CCII.

Questa nuova procedura assume una configurazione diversa dalle procedure originarie *ex art. 56* del D.Lgs 14/2019 sugli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e *art. 57* sugli *accordi di ristrutturazione dei debiti*.

Tale disciplina riconosce all'imprenditore, in stato di crisi o di insolvenza, di poter chiedere l'omologazione di un piano diretto al soddisfacimento dei creditori, seppur in deroga al principio della *par condicio creditorium*. Di

conseguenza il contesto da prendere in considerazione è quello di un'impresa che abbia uno squilibrio di carattere finanziario. Dunque, questo nuovo strumento prevede la formulazione di un piano, conazioni e provvedimenti, che su cui può essere fatta richiesta di omologazione al Tribunale, anche non rispettando i criteri precedentemente anticipati di *par condicio creditorum*<sup>64</sup>, purché sia approvato dall'unanimità delle classi. Viene cioè data la possibilità di trattare in maniera diversa crediti della stessa natura, o in modo uguale crediti che hanno gradi di privilegio diversi. L'omologa del Tribunale comporta la nomina di un commissario giudiziale che sorvegli la gestione. Affinché possa essere attuato questo procedimento è necessario che vengano rispettate le seguenti condizioni:

- l'attestazione di un terzo indipendente, rappresentato da un professionista abilitato, per la veridicità dei dati contabili di partenza e per l'adeguatezza del Piano a garantire ragionevolmente il riequilibrio finanziario dell'impresa;
- la corretta esposizione delle diverse classi dei creditori e l'ottenimento dell'accordo per ognuna di questa;
- il pagamento dei lavoratori, che hanno grado di privilegio elevato entro 30 giorni dall'omologa<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Deroga degli artt. 2740-2741 c.c.

<sup>65</sup> Art. 2751- *bis*, n.1 cod.civ.

Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ha il vantaggio di mantenere la gestione in capo all'imprenditore e di non essere una procedura concorsuale, ma ha un elevato margine di manovra che permette di dividere i creditori in classi omogenee e promettere a taluni creditori di essere pagati in tempi rapidi e ad altri di essere offerte condizioni diverse, compatibili con il riequilibrio della situazione, oppure offerte e condizioni diverse per banche o professionisti.

La condizione alla base di tutto questo però, è rappresentata dall'accettazione da parte dei creditori: quest'ultimi infatti, raccolti in classi, devono essere d'accordo. Si tratta di un'importante e necessaria condizione che può dare all'imprenditore la possibilità di negoziare al meglio e, valutare le proprie considerazioni direttamente con i creditori.

Nel caso in cui il creditore si opponga ciò non determina l'impossibilità di omologa da parte del Tribunale, che potrà accettare ugualmente il piano a condizione che consideri conveniente per il creditore la proposta. Tale convenienza si valuta in rapporto alla procedura di liquidazione giudiziale: se un creditore si oppone, ciò non deve precludere l'omologazione di un piano di risanamento che consenta a quel creditore di essere soddisfatto almeno quanto accadrebbe nel caso di liquidazione dell'azienda che nella stragrande maggioranza dei casi, fornisce ristori ai creditori inferiori rispetto a quelli garantiti da un piano in continuità.

Infine, anche nel caso del PRO, con un'istanza al Tribunale il debitore può ottenere delle misure protettive del proprio patrimonio, i creditori non potranno quindi iniziare o proseguire azioni esecutive, né chiedere il fallimento dell'impresa.

### **4.3.3 L'amministrazione straordinaria**

L'amministrazione straordinaria è una procedura concorsuale introdotta dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 per la difesa dei mezzi tecnici, commerciali, produttivi, occupazionali delle grandi imprese che si trovano in uno stato di insolvenza, garantendo alle stesse continuità dell'attività dell'impresa dissestata.

Le imprese per poter essere ammesse ad usufruire dei benefici di tale procedura devono possedere i seguenti requisiti:<sup>66</sup>

- avere un numero di dipendenti occupati pari o superiore alle 200 unità da almeno un anno anteriore alla dichiarazione dello stato di insolvenza;
- avere l'ammontare dei debiti pari almeno ai due terzi dell'attivo patrimoniale e dei ricavi generati dalle vendite e prestazioni dell'ultimo esercizio;

---

<sup>66</sup> Cfr. art. 2 del D.Lgs. n. 270 del 8 luglio 1999.

- avere concrete possibilità di recupero dell'equilibrio economico.

Una volta che sussistono questi requisiti il Tribunale deve verificare che sussiste lo stato di insolvenza, avviando una fase intermedia, idonea a verificare se esiste la possibilità di recuperare l'equilibrio economico dell'impresa. Tre possono essere i programmi attuabile: uno riguarda la cessione dei complessi aziendali, con finalità liquidatorie, l'altro un piano di ristrutturazione aziendale con finalità conservative oppure un piano di cessione dei complessi di beni e contratti della durata massima di un anno.

Il commissario giudiziale dovrà redigere la relazione sulle cause del dissesto e la sussistenza delle condizioni per il recupero aziendale, verrà poi presentata al Tribunale che dichiarerà con decreto l'apertura all'amministrazione straordinaria. Diversamente se non sussistono le condizioni per un recupero dell'azienda, il Tribunale può procedere a dichiarare, con decreto, il fallimento.

Una volta aperta tale procedura, l'attività dell'impresa continua sotto la direzione e la gestione di uno o tre Commissari Giudiziari, che subentrano in tutti i rapporti bancari, nei contratti di lavoro con i dipendenti, nei rapporti con i fornitori e con i clienti. A differenza quindi delle altre procedure come il piano di ristrutturazione, in questo caso il debitore è sprossessato dei suoi beni e della sua impresa, che vengono amministrati e gestiti dal commissario.

Quest'ultimo deve entro sessanta giorni dall'apertura dell'amministrazione straordinaria presentare al Ministero dello sviluppo economico un piano di

conservazione del patrimonio produttivo che preveda o la cessione dei complessi aziendali o la ristrutturazione economica e finanziaria per un tempo massimo di 2 anni.

Alla fine della procedura potrà esserci un esito positivo ed il Tribunale con decreto motivato dichiara chiusa la procedura di amministrazione giudiziaria o in alternativa, al termine del periodo stabilito, qualora risulti che la procedura non possa essere utilmente proseguita, il Tribunale dispone con decreto la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento.

#### **4.4 Casi di trasferimento**

##### **4.4.1 La cessione dell'azienda fallita**

Esistono dei casi in cui il curatore potrebbe ritenere profittevole per i creditori la cessione dell'azienda. Questo soggetto incaricato, realizza l'attivo del fallimento sulla base del programma di liquidazione: l'art. 105, comma 1, del RD 267/1942 indica, tuttavia, una gerarchia di soluzioni liquidatorie, privilegiando la conservazione dell'eventuale avviamento, del portafoglio clienti, della tecnologia, della capacità produttiva e dei rapporti di lavoro, mediante la vendita dell'azienda o di propri rami. Soltanto se tale rimedio non è percorribile o utile per una maggiore soddisfazione dei creditori, il curatore procede alla liquidazione dei singoli beni dell'attivo.

Per ciò che concerne l'alienazione dell'azienda, o di rami della stessa, l'art 105, c.2 del RD 267/1942 disciplina che la cessione è effettuata nel rispetto delle disposizioni dell'art.107 del RD 267/1942, in conformità a ciò che è disposto dall'art. 2556 c.c. Per poter attuare tale procedura si ritiene necessaria l'adozione di *procedure competitive*, la predisposizione di una relazione di stima ed inoltre redigere l'atto in forma di *atto pubblico*, o *scrittura privata autenticata* per l'iscrizione al Registro delle imprese.

Una particolarità concessa al curatore: quando cede l'azienda in fase di fallimento, ha la possibilità di non applicare l'art. 2112 c.c., secondo quanto disciplinato dall'art. 105 c.3 del RD 267/1942. La mancata applicazione dell'articolo del Codice civile consente al curatore di concordare con l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori un trasferimento soltanto parziale dei dipendenti occupati dalla fallita o, modificare il regime di rapporto di lavoro subordinato. Si tratta di una possibilità che deve essere subordinata all'esistenza di alcune condizioni<sup>67</sup>:

- organo aziendale superiore a 15 dipendenti;
- avvio procedure di consultazione tra curatore e cessionario;
- raggiungimento di un accordo per il mantenimento dei livelli occupazionali.

---

<sup>67</sup> Cfr. art.47 della Legge 428/1990

In mancanza di tali requisiti, il curatore può sciogliere i contratti di lavoro<sup>68</sup>. Diversamente, in altre parole, i debiti di lavoro graveranno sul cessionario con evidente compressione del realizzo della vendita, salvo che il curatore risolva i contratti di lavoro prima della cessione dell'azienda.

#### **4.4.2 L'affitto pendente alla data di fallimento ex art. 79 l. fall.**

Il tema dell'affitto d'azienda è trattato dall'art.79 l. fall.; il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza presenta significative novità rispetto alla vigente disciplina in tema di affitto preesistente (o eso-concorsuale) e affitto endo-concorsuale ma le norme da prendere in considerazione attualmente sono ancora quelle indicate all'interno della Legge fallimentare.

In caso di affitto eso-concorsuale, il contratto di affitto d'azienda è stipulato in epoca anteriore l'apertura della procedura fallimentare, dunque il curatore si trova ad avere a che fare con un contratto pendente e a relazionarsi con un interlocutore precedentemente scelto dall'azienda fallita. L'art. 79 della l. fall. risulta quindi essere un tassello fondamentale per la regolazione di tale situazione: tale articolo, infatti, in deroga alla disciplina generale di sospensione dei contratti pendenti di cui all'art. 72 l. fall. dispone l'automatico subentro della procedura nel contratto, sia nel caso del fallimento

---

<sup>68</sup> Cfr. art. 72, co. 1, del RD 267/1942

dell'affittante, che nel caso di fallimento dell'affittuario, con facoltà di ciascuna delle parti di sciogliersi dal contratto, senza preavviso, e con corresponsione di un equo indennizzo per l'anticipata risoluzione.

Nel caso di fallimento dell'affittante, sono numerosi gli aspetti che il curatore deve visionare: il primo riguarda l'accertamento dell'atto scritto di trasferimento avente data certa anteriore al fallimento, devono essere valutate le idonee forme di pubblicità, inoltre sarà verificato se il contratto possa essere viziato da cause di nullità o annullabilità. Un'analisi puntuale di questi aspetti potrebbe permettere al curatore di sciogliere il contratto senza il pagamento di un equo indennizzo. Una volta fatte queste valutazioni, dovranno essere controllati aspetti specifici del contratto al fine di decidere o meno per lo scioglimento. In aiuto agli organi della procedura, si ha l'art. 104-*bis* l. fall. che disciplina dei canoni utili per i contratti di affitto stipulati post sentenza di fallimento, ma possono essere ugualmente utili al professionista per valutare la bontà di eventuali contratti di affitto d'azienda stipulati dal debitore in prossimità della dichiarazione di fallimento. Il curatore dovrà infine nelle proprie valutazioni per il recesso, valutare la congruità del canone pattuito.<sup>69</sup>

Nel caso in cui a fallire è l'affittuario, l'aspetto di maggiore criticità per il curatore riguarda la necessità di valutare l'effettiva convenienza di una

---

<sup>69</sup> FNC, "La determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali", marzo 2016.

prosecuzione dell'attività, generando di fatto un esercizio provvisorio. Per evitare possibili effetti negativi sulla massa dei creditori, il curatore potrà valutare, la possibilità di operare un subaffitto dell'azienda detenuta, previo accordo con il concedente. Nella valutazione della convenienza all'esercizio del diritto di recesso dovrà esaminare la compatibilità delle clausole contrattuali con le finalità della liquidazione e la compatibilità della durata contrattuale con le tempistiche disposte per la liquidazione dell'attivo fallimentare. Dovranno essere valutati inoltre, eventuali oneri in prededuzione da sostenere in caso di recesso e la presenza di particolari clausole svantaggiose per il fallimento<sup>70</sup>.

Risulta particolarmente dibattuto in dottrina il tema sulla necessaria autorizzazione o meno degli Organi superiori della Procedura relativamente alla scelta sulla prosecuzione o scioglimento del contratto di affitto d'azienda pendente. Una dottrina<sup>71</sup> ritiene che la scelta sia a discrezione del curatore, altri invece ritengono che qualsiasi sia la scelta del curatore, questa sia un atto di straordinaria amministrazione rimessa alla previa autorizzazione del Comitato dei creditori. In linea generale, seppur la norma non preveda espressamente che

---

<sup>70</sup> L. A. Bottai in *“La Legge fallimentare” Commentario teorico pratico* a cura di Massimo Ferro, terza Edizione Cedam 2014, commento all'art. 79 l. fall.

<sup>71</sup> R. Rossi *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di Fallimento* in il Diritto Fallimentare e delle società commerciali, Cedam maggio-agosto 2010

il curatore debba prima del compimento dell'atto chiedere l'autorizzazione del Comitato dei Creditori, si ritiene sia prudente che comunichi la volontà agli Organi superiori.

#### **4.4.3 L'affitto aziendale con riferimento all' ex art. 104-bis l. fall.**

La seconda possibilità di affitto d'azienda, anticipata nel paragrafo precedente è l'affitto endoconcorsuale. Si tratta di una modalità di liquidazione dell'attivo aziendale prevista dall'art.104 *bis*, l. fall. e presenta numerosi pregi rispetto all'esercizio provvisorio. Il contratto di affitto d'azienda permette di mantenere in funzionamento l'azienda conservandone il valore e, effettuato nella fase successiva all'ammissione alle procedure concorsuali, rappresenta una tutela del patrimonio della società fallita. Una scelta in questa direzione, in prima battuta, garantisce la ricezione di canoni a vantaggio dei creditori.

*L'art. 104 bis l. fall. prevede che anche prima della presentazione del programma di liquidazione all'art.104 ter, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa.*

Il curatore nella definizione del contratto di affitto deve attenersi al contenuto minimo previsto dall'articolo:

- diritto del curatore a procedere all'ispezione dell'azienda;

- idonee garanzie a tutela di tutte le obbligazioni assunte nel contratto;
- diritto di recesso in capo al curatore previa corresponsione di un giusto indennizzo;
- compatibilità delle clausole contrattuali con le esigenze di liquidazione della procedura.

Questo tipo di procedura, si avvicina all'esercizio provvisorio di impresa, pur trattandosi di istituti con caratteristiche differenti in quanto l'esercizio provvisorio avviene in regime di sostituzione mentre l'affitto porta ad una gestione diretta dell'impresa da parte dell'affittuario. Un'altra diversità riguarda il momento della cessazione, per l'esercizio provvisorio può avvenire in qualsiasi momento mentre invece per l'affitto devono essere rispettate le tempistiche stabilite dal contratto. I due istituti, peraltro, non sono necessariamente alternativi tra loro ma, è possibile, infatti, attuare un affitto endoconcorsuale ad un'azienda sottoposta a esercizio provvisorio con sentenza dichiarativa di fallimento. Questo tipo di affitto non ha quindi un'esclusiva finalità liquidatoria, ma mira altresì al recupero e alla conservazione delle componenti attive dell'impresa<sup>72</sup>.

Il secondo comma dell'art. 104 *bis* l.fall. attribuisce ampi poteri al curatore per la scelta dell'affittuario: questo dovrà ottenere in primo luogo una stima dell'azienda da parte di un esperto e successivamente provvedere alla

---

<sup>72</sup> M. Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, 2013 pagg. 712 ss.

pubblicazione della proposta di affitto. Si avvia così un'adeguata procedura competitiva<sup>73</sup>, tenendo conto sia del canone offerto e delle garanzie prestate sia del piano industriale presentato. Per la determinazione del canone congruo<sup>74</sup> il curatore deve, come precedentemente introdotto, riferirsi all'art. 104 *bis*. L. fall. Si tratta quindi di una scelta non legata esclusivamente all'aspetto quantitativo, ma dovrà tenere conto di aspetti qualitativi. Per ciò che concerne il perimetro di azienda affittata potrà essere liberamente determinato dal curatore, avuto riguardo dei fattori produttivi e della capacità di singoli rami di generare adeguata redditività, anche rivedendo il modello di business della fallita. I crediti ed i debiti relativi all'azienda ceduta non saranno solitamente oggetto del contratto.

---

<sup>73</sup> Art. 107 l.fall.

<sup>74</sup> P. Stella Monfredini, *Affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: la determinazione del canone congruo*, il fisco n. 29/2016

#### **4.4.4 Fusione e scissione nel concordato preventivo**

L'art 116 del Codice della crisi e dell'insolvenza introduce le norme di diritto delle procedure concorsuali in tema di operazioni straordinarie attuate in pendenza di procedure di concordato o nella sua fase esecutiva, assicurandone sia la speditezza di esecuzione che la stabilità degli effetti.

Due strumenti idonei per l'attuazione di piani concordatati sono le fusioni e le scissioni. La prima può ad esempio consentire di collocare tramite una vendita unitaria gli attivi di società appartenenti al medesimo gruppo in crisi, oppure da far pervenire ad una società in concordato beni immobili da liquidare per ottenere nuova finanza in esenzione di imposta, non essendo tassati né il passaggio di beni tramite fusione<sup>75</sup>, né la successiva cessione.<sup>76</sup> Questo strumento di analisi può essere usato anche allo scopo di estinguere per confusione crediti e debiti infragruppo di dubbia legittimità.

La scissione può, diversamente, essere impiegata per diversificare rischi d'impresa nella continuità diretta, ad esempio separando l'attività aziendale da quella immobiliare, oppure per distinguere l'attività in continuità da quella liquidatoria.

Il fondamentale ostacolo alla realizzazione delle operazioni straordinarie nell'ambito del concordato preventivo è rappresentato dal potere di

---

<sup>75</sup> Cfr. art. 172 c.1 del TUIR

<sup>76</sup> Cfr. art. 86, comma 5, TUIR.

opposizione societaria<sup>77</sup> di cui godono i creditori, tale per cui anche uno solo di esse può paralizzare l'operazione. Questo mezzo permette la conservazione della garanzia patrimoniale generica ed è volta ad ottenere la sospensione dell'efficacia della decisione dei soci nell'attesa di un giudizio di merito con lo scopo di evitare che la garanzia a favore dei creditori subisca una menomazione. L'art. 116, comma 1 del CCII si impegna a disciplinare la materia stabilendo che *se il piano prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice, la validità di queste può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione*. Di conseguenza, si riconosce al creditore di società in concordato il diritto di contestare la lesione della garanzia patrimoniale determinata da un'operazione straordinaria. L'art. 2503 c.c. prevede che ciascun creditore anteriore all'iscrizione del progetto di fusione o scissione nel registro delle imprese o alla sua pubblicazione sul sito internet della società *ex art. 2501 ter c.c.* possa opporsi all'operazione entro sessanta giorni dall'ultima iscrizione delle decisioni di approvazione del relativo progetto effettuate ai sensi dell'art. 2502 *bis* c.c. Dunque, il diritto di opposizione spetta soltanto ai creditori esistenti prima che l'operazione straordinaria diventi conoscibile. Questa azione, tuttavia, confluisce nell'unico

---

<sup>77</sup> Riferimento all'art.2503 c.c. per la fusione e art. 2506 *ter* (con richiamo all'art.2503) per la scissione.

contesto processuale dell'opposizione concorsuale e ciò consente di assicurare la speditezza dell'operazione.

Le operazioni attuate in corso di procedura dovranno essere autorizzate preventivamente<sup>78</sup>, mentre quelle da attuarsi dopo l'omologazione potranno essere liberamente effettuate se previste nel piano, se diversamente non sono previste o mettono a rischio l'adempimento della proposta concordataria, il giudice delegato ne impedisce l'attuazione.

#### ***4.4.4.1 Fusione e scissione realmente negative***

La fusione e la scissione realmente negative sono dei casi che si verificano quando le operazioni straordinarie sono attuate in corso della procedura di concordato preventivo, dato che le società coinvolte si trovano in situazione di perdita rilevante del capitale.

Per scissione realmente negativa si intende ordinariamente una scissione con la quale viene assegnato ad una beneficiaria un patrimonio reale (cioè effettivo, non soltanto contabile) negativo; in realtà, quando si tratti di società in concordato, è probabile che ad essere negativi siano i patrimoni sia della scissa che delle beneficiarie, sia prima che dopo l'assegnazione del patrimonio.

---

<sup>78</sup> Cfr. *ex art.* 46, comma 1 o *ex art.* 94, comma 3 a seconda della fase in cui si trova la procedura.

L'imprenditore è libero di modulare a proprio piacimento l'attribuzione patrimoniale alle beneficiarie della scissione<sup>79</sup>. Questo è ciò che prevede la cassazione penale, ma quella *civile* ha censurato la scissione quando comporti l'attribuzione alla beneficiaria di un patrimonio reale negativo, a prescindere di quello dell'assegnataria<sup>80</sup>. Oltre alla giurisprudenza ad appoggiare tale idea c'è anche il notariato<sup>81</sup> e parte dell'OIC<sup>82</sup>, ma altra dottrina ritiene che sia possibile attuare una scissione negativa a condizione che la beneficiaria presenti un patrimonio netto positivo<sup>83</sup>.

È stato fin qui analizzato il caso di scissione a favore di beneficiaria preesistente; quando invece la beneficiaria venga costituita *ex novo* per effetto della scissione, autorevole dottrina ritiene che non le possa essere attribuito un patrimonio negativo<sup>84</sup>.

Per ciò che riguarda invece la fusione si società in concordato preventivo, può esserci la possibilità di dare corso all'operazione quando la società incorporante o risultante dalla fusione assuma un patrimonio netto contabile e

---

<sup>79</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2013, n. 10201

<sup>80</sup> Cass. 20 novembre 2013, n. 26043

<sup>81</sup> Consiglio Notarile di Milano, massima n. 72 e Comitato Triveneto dei notai, L.E.1

<sup>82</sup> principio contabile OIC 4, par. 4.3.3

<sup>83</sup> Cfr. A. Busani - C. Montinari, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, in *Società*, 6/2011

<sup>84</sup> Cfr. A. Busani - F. Urbani, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Società*, 12/2017

reale negativo, e anche quando la negatività sia preesistente in tutte le società partecipanti all'operazione.

Per entrambi le operazioni straordinarie esaminate data l'incertezza sulla disciplina giuridica della fattispecie è opportuno che la proposta concordataria preveda di rinunciare all'operazione straordinaria o di posticiparla in epoca successiva all'omologazione della procedura concorsuale.



## CONCLUSIONE

Il tema della crisi d'impresa è senz'altro in continua scoperta e modificazione, perché come detto, le proroghe del legislatore all'introduzione del Codice della crisi e dell'insolvenza sono connesse alle ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) del 13 aprile 2022, ma dal 15 luglio 2022 si avrà il testo del D.lgs. 14/2019 definitivo, completo e finalmente vigente.

Come anticipato nell'introduzione, l'elaborato ha lo scopo di evidenziare ed analizzare i diversi strumenti che le imprese attualmente hanno a disposizione per poter fronteggiare momenti di pre crisi o situazioni più complesse di insolvenza.

Uno degli strumenti portati alla luce è stato quello appena introdotto dal legislatore della procedura della composizione negoziata della crisi che dopo essere stato apprezzato per essere più agile e più economico, sono state evidenziate anche delle critiche che si incentrano sulla mancanza di adeguati presidi che evitino pratiche di *moral hazard* da parte dell'imprenditore. Il richiamo è legato all'osservazione che mentre l'allerta e la composizione assistita presentavano un sistema caratterizzato dal ricorso da parte del legislatore al bastone e alla carota: da una parte le misure premiali, anche sulla responsabilità penale e dall'altra il rischio che in caso di esito negativo il P.M. potesse chiedere

il fallimento, la composizione negoziata prevede la carota, mantenendo le misure premiali ma non ha conservato il bastone.

Ulteriori critiche<sup>85</sup> hanno interessato anche il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Il timore è che il nuovo strumento possa entrare in competizione con la composizione negoziata della crisi.

Indubbiamente il Codice della crisi al suo interno ha elementi di pregio degni di buona nota, ma altrettanto non potrebbe dirsi sul versante dell'autonomia, snellezza e velocità delle procedure, le quali, risultano pesantemente burocratizzate da organi collegiali che mal si conciliano con il dinamismo aziendale e la leggerezza dei suoi processi. È quindi necessario, cercare sempre di aggiornare questo documento per risolvere nuovi problemi con nuovi strumenti.

Il fallimento era, ed è visto come un qualcosa di estremamente negativo, ma non bisogna dimenticarsi che i più grandi imprenditori e non solo, hanno dovuto affrontare i fallimenti, per poi arrivare al successo. Malcom Forbes disse: “Il fallimento è un successo se traiamo una lezione da esso”.

---

<sup>85</sup> All'interno del documento congiunto di Confindustria e del CND CED del 4 maggio 2022.

## BIBLIOGRAFIA

- Alberti. M., *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, 2013 pagg. 712 ss.
- Armeli B., *Liquidazione coatta amministrativa*, in *il Fallimentarista*, 14 febbraio 2019, pag.4
- Art. 107 della Legge fallimentare- *Modalità sulle vendite*
- Art. 163 *bis* Legge Fallimentare- *Offerte concorrenti*.
- Art. 172 testo unico delle imposte sui redditi (TUIR)- *fusioni di società*.
- Art. 2 del Decreto Legislativo. n. 270 del 8 luglio 1999.
- Art. 2112, co. 5 Codice Civile-*Mantenimento dei diritti dei lavoratori*.
- Art. 2193, c. 2 del Codice Civile- *Efficacia dell'iscrizione*
- Art. 2506 *ter* del Codice Civile- *Norme applicabili*.
- Art. 2556, c. 2 del Codice Civile- *imprese soggette a registrazione*
- Art. 2751- *bis*, del Codice Civile- *Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*
- Art. 303 del Codice della crisi e dell'insolvenza- *Effetti del provvedimento di liquidazione*
- Art. 60 del Codice della crisi e dell'insolvenza- *Accordi di ristrutturazione agevolati*
- Art. 61 del Codice della crisi e dell'insolvenza- *Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*.
- Art. 72, comma 1, del Regio Decreto n. 267/1942- *Rapporti pendenti*
- Art. 86, comma 5, TUIR- *plusvalenze patrimoniali*
- Art.121 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza- *I presupposti della liquidazione giudiziale*

Art.161, comma 6, Legge Fallimentare- *Domanda di concordato*

Art.182 bis, comma 6, Legge Fallimentare- *Accordi di ristrutturazione dei debiti*

Art.2503 del Codice civile- *Opposizione dei creditori*

Art.47 della Legge 428/1990- *trasferimenti di azienda*

Art.7 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza- *Trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza*

Art.84 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza Decreto legislativo. 12 gennaio 2019, n. 14- *Finalità del concordato preventivo*

Art.84 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza- *Finalità del concordato preventivo*

Art.9 del Decreto Legge 118/2021-*Gestione delle imprese in pendenza delle trattative.*

Artt. 182-bis, 182-septies e 182 novies Legge Fallimentare

Bonelli G., *Del fallimento (Commentario al codice di commercio)*, Vallardi, Milano, 1938 (1923), p. XV.

Bonfante-Cottino, *L'imprenditore, in Trattato di diritto commerciale, vol. I*, Padova, 2001.

Bottai L.A. in *La Legge fallimentare Commentario teorico pratico* a cura di Massimo Ferro, terza Edizione Cedam 2014, commento all'art. 79 l. fall.

Bricola F.–Galgano F.– Santini G. (a cura di), *Legge fallimentare (Commentario Scialoja-Branca)*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 5 ss.,

Busani A. – Montinari C., *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, in *Società*, 6/2011

Busani A. – Urbani F., *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Società*, 12/2017

C.Cavallini, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdictio*, in Riv.dir.proc., 2019, pag.1001.

Caiafo. A, Art. 5 L.F in *Codice dell'udienza fallimentare*, Oscar Dike, pg. 29.

Campobasso, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 143

Capaldo P., *Crisi d'impresa e suo risanamento*, in Banche e banchieri, 1977, p. 315 ss.

Carratta A., *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza* in *Dir.fall.*, 2020, 267.

Caselli, *La crisi aziendale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 623 ss.

Cassazione del 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248.

Cassazione del 20 novembre 2013, n. 26043

Cassazione Penale, Sez. IV, 4 marzo 2013, n. 10201

Castelli L. – Monti S., *I sindaci e il Codice della Crisi: nuovi doveri e responsabilità*, in *Società*, 2020, pag.1015.

Cicognani A., voce *Azienda*, in *Enc. Trecc.*, II, Roma, 1988, p. 7 e ss.;

Consiglio Notarile di Milano, massima n. 72 e Comitato Triveneto dei notai, L.E.1

Cossu M., *il diritto e l'incertezza. La legislazione d'impresa al tempo della pandemia*, in *Di. Fall.*, 2020, 1253

Cuonzo, *Commento all'articolo 80*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, diretto da Bonfatti, Pisa, 2021, p. 462 ss.

De Simone L., *Le autorizzazioni giudiziali*, in *www diritto della crisi.it*, 9 dicembre 2021, pag.9

Deroga degli artt. 2740-2741 c.c.

Di Marzio F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2018,

Direttiva (Ue) 2019/1023 del Parlamento Europeo

Documento congiunto di Confindustria e del CNDCEC del 4 maggio 2022.

ex art. 46, comma 1 o ex art. 94, comma 3 a seconda della fase in cui si trova la procedura.

ex art. 67, c. 3, lett. d), L.F.

ex art.182-bis L.F.

Fabiani M., *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011.

Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *dirittodellacisi.it*, 6 settembre 2021.

Ferrara, Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2006. p.143.

Ferrara, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945.

Ferrentino-Ferrucci, *Dell'azienda*, Milano, 2014.

FNC, *La determinazione del canone congruo di locazione d'azienda nelle procedure concorsuali*, marzo 2016.

Fragali M., *Affitto in generale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 729 e ss.;

Gambino A., *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 236 ss.

Guglielmucci L., *I presupposti del fallimento*, *Diritto Fallimentare*, settima edizione, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 30-35.

Guglielmucci L., *Introduzione allo studio delle procedure concorsuali*, *Diritto Fallimentare*, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 1 e ss.

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2017.

Meo G., *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013

Pagni I.- Fabiani M., La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), [dirittodellacrisi.it](http://dirittodellacrisi.it).

Pajardi P., *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 228

Panzani L., *Il D.L. "Pagni" ecc.*, pag.31.

Pisoni-Pistone-Santini, *Cessione di azienda e di rami aziendali*, 2° ediz. Egea Milano 2009.

Prefazione a Terranova, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011, p. VI  
*Principi di attestazione dei piani di risanamento emanati dal CNDCEC e aggiornati con delibera del 16 dicembre 2020.*

principio contabile OIC 4, par. 4.3.3

Regio Decreto del 16 marzo 1942, n.267

Rossi A., *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 637

Rossi R., *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di Fallimento in il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Cedam maggio-agosto 2010

Rovelli L., *L'evoluzione del diritto concorsuale italiano nel quadro europeo*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2017.

Russo L.A., *Restituito ai creditori il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 1992, p. 105

Sciuto M., *La liquidazione coatta amministrativa (in generale)*, in *Diritto Commerciale*, a cura di CIAN M, 2019, pag. 263 ss;

Stanghellini L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1222

Stella Monfredini P., *Affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: la determinazione del canone congruo*, il fisco n. 29/2016

- Tedeschi-Toschi, *Crisi d'impresa tra sistema e management*, Milano, 1993, p. 2 ss
- Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, Giuffrè, 1989.
- Uricchio A., voce *Affitto e locazione*, in *Enc. Trecc.*, vol. II, Roma, 2007.

## SITOGRAFIA

<https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/Disciplin-rapporto-lavoro/Pagine/trasferimento-d'azienda.aspx>

<https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capoi/art2557.html>

<https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=26/2602#note>

<https://www.bo.camcom.gov.it/it/tutela-del-mercato/procedura-composizione-negoziata>

<https://composizionenegoziata.camcom.it/ocriWeb/#/home>

<https://www.commercialistatelematico.com/articoli/2022/04/composizione-negoziata-crisi-impresa-trasferimento-azienda.html>

[www.ilsole24ore.it](http://www.ilsole24ore.it)

<http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-1-428-90-trasferimento-d-azienda>