

MISURE URGENTI IN MATERIA FALLIMENTARE E SOCIETARIA DI CONTRASTO AL COVID-19 [⊗]

di ROLANDINO GUIDOTTI ^{⊗⊗}

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Le regole societarie contenute nel d.l. c.d. “Cura Italia” - 3. Le disposizioni contenute nel d.l. c.d. “Liquidità” in materia di riduzione del capitale sociale - 4. *Segue:* e sui principi di redazione del bilancio di esercizio - 5. I finanziamenti alle società - 6. Forse un’idea che può essere approfondita - 7. Disposizioni in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione - 8. Improcedibilità delle istanze di fallimento.

1. – Forse la furia del contagio si sta calmando e quindi possiamo cominciare a ragionare con maggiore serenità – per quanto sia possibile – anche sul futuro.

Ciò che vorrei fare oggi – 27 aprile 2020 - è solo provare a mettere un poco d’ordine sotto il profilo normativo in materia societaria e fallimentare.

De iure condendo le proposte che stanno circolando sono davvero tante; io mi vorrei però soffermare principalmente sui provvedimenti che già ci sono facendo solo qualche cenno a ciò che ulteriormente si potrebbe fare.

La carne al fuoco è tanta sia in materia societaria sia in materia fallimentare e gli stimoli di riflessione giungono, lo ho già accennato, da moltissime parti.

[⊗] Lo scritto riproduce – con alcuni adattamenti – il contenuto del seminario virtuale svoltosi in data 27 aprile 2020 e organizzato dall’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Modena; l’aggiornamento dello scritto è quindi alla data sopra indicata e, in molte parti, è conservato il registro proprio della lingua parlata.

^{⊗⊗} Rolandino Guidotti è professore associato di diritto commerciale nella Scuola di Giurisprudenza dell’*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna dove insegna diritto commerciale e diritto della crisi d’impresa.

Gli studiosi si stanno domandando se per contrastare l'emergenza, sotto il profilo del diritto della crisi d'impresa, siano necessari nuovi istituti o, per contro, siano semplicemente opportune modifiche (temporanee) all'impianto della legge fallimentare; l'entrata in vigore del Codice della Crisi è, per il momento, slittato al 1° settembre 2021.

Il tema non mi pare che sia tanto quello di stabile se sia meglio operare con quanto abbiamo già o se sia meglio immaginare una ennesima procedura seppur ispirata dall'emergenza; il tema è ovviamente la bontà della soluzione che si troverà.

Inutile nascondere che la proposta del prof. A. Maffei Alberti tra tutte quelle che circolano tra gli addetti ai lavori è quella che mi convince di più ⁽¹⁾; si tratta di un concordato preventivo "semplificato" con continuità aziendale.

Mi lascia molto perplesso invece l'idea di far resuscitare la disciplina della vecchia amministrazione controllata.

Non intendo in questa sede entrare ovviamente nel merito del contenuto del nuovo Codice della Crisi.

Va però sicuramente valutata con favore la decisione del Governo di posticiparne – per il momento – l'entrata in vigore ⁽²⁾; prima di ogni altra cosa, per la banale osservazione secondo la quale il Codice della Crisi è una "cassetta" che contiene "attrezzi" con i quali nessuno degli operatori ha familiarità.

Di tutto in questo momento c'è bisogno meno che degli "infiniti" orientamenti giurisprudenziali che si formerebbero su un testo normativo che in molti punti non brilla per chiarezza (si pensi, a titolo di esempio, al c.d. "procedimento unitario" che di unitario ha ben poco).

Allo stato non mi risulta che il correttivo del Codice – esaminato dal Governo il 13 febbraio 2020 ⁽³⁾ – sia approdato in Gazzetta Ufficiale e non si conosce quando verrà pubblicato e con quale contenuto.

⁽¹⁾ E v. *Il Sole 24 Ore* del 24 aprile u.s.

⁽²⁾ *Contra* R. RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziansieme.it, 8 aprile 2020, § 3.

⁽³⁾ Lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, comma 1, della l. 8 marzo 2019, n. 20, al d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155" approvato dal Consiglio dei Ministri in data 13 febbraio 2020 si può rinvenire all'indirizzo: <http://www.centrocrisi.it/wp-content/uploads/2020/02/034-Decreto-correttivo-CDM.pdf>.

E' indispensabile però che, nonostante la pandemia in atto, alcune norme – già entrate in vigore – sulle quali il Governo ha correttamente fatto “marcia indietro”, vengano emanate non appena possibile affinché le stesse non creino nel lungo periodo problemi interpretativi poi difficilmente risolvibili.

Mi riferisco in particolare alla modifica dell'art. 377 c.c.i., e quindi all'art. 40 del correttivo che interviene sulle norme del codice civile in materia di assetti organizzativi societari, e sulle quali il Governo nelle bozze del correttivo è intervenuto: non è questa la sede per entrare nel merito della questione ⁽⁴⁾.

Incidentalmente qui dico che – quantomeno per la fase emergenziale – sarebbe, in ogni caso, opportuno tornare nei concordati preventivi al meccanismo del c.d. “silenzio assenso” con riferimento al voto ed eliminare la dittatura del 20 % nei concordati liquidatori; l'esperienza insegna come spesso i “non voti” – che oggi vengono computati come voti negativi – non sempre sono astensioni le cui conseguenze sono effettivamente note a chi le pone in essere (nonostante le lunghe spiegazioni anche dei commissari giudiziali).

Oggi ci occupiamo dei recenti provvedimenti del 17 marzo 2020 (d.l. n. 18/2020, c.d. “Cura Italia”), ormai convertito, e dell'8 aprile 2020 (d.l. n. 23/2020, c.d. “Liquidità”), la cui conversione in legge è in corso.

Visto il tempo concessomi tratterò solo delle norme relative alle società “chiuse” e fallimentari.

Sono quasi tutte – fa eccezione la modifica all'art. 120 t.u.f. contenuta nel d.l. “Liquidità” - norme destinate a “scadere” come un prodotto alimentare.

Oggi non ci occupiamo né di società quotate, né di società ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione (art. 1, comma 5° *octies*, t.u.f.), né di società con azioni diffuse tra il pubblico in maniera rilevante, né di società a controllo pubblico [di cui all'art. 2, comma 1°, lett. *m*), d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175] ovvero le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o in cui, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

⁽⁴⁾ Sia consentito il rinvio per semplicità alle mie brevi note sul tema in GUIDOTTI, *La governance delle società nel Codice della Crisi di Impresa*, in *questa rivista*, II, 9 marzo 2019.

2. - Le regole **societarie** contenute nel d.l. “**Cura Italia**”, destinate ad applicarsi alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ⁽⁵⁾ sono relative:

(a) alle assemblee di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2019;

(b) allo svolgimento di tutte le assemblee;

(c) alle decisioni dei soci nella s.r.l. mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto.

2.1. - In deroga a quanto previsto negli artt. 2364, comma 2°, c.c. per le s.p.a. (ma anche per le s.a.p.a. e per le coop.) e dall’art. 2478 *bis* c.c. per le s.r.l., il termine per l’approvazione del bilancio dell’anno 2019 – ovviamente per le società che non lo hanno già approvato – viene spostato al 28 giugno (unitamente al termine per la nomina delle cariche sociali).

Questa data slitta al 28 giugno, indipendentemente da diverse disposizioni statutarie, anche in assenza delle motivazioni già previste dal codice civile per la concessione di questo maggior termine ovvero, com’è noto: (a) per il «caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato»; e (b) «quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura ed all’oggetto della società».

L’art. 2364, comma 2°, c.c. nel permettere già questa dilazione, rispetto al termine “ordinario” di centoventi giorni dalla chiusura dell’esercizio, impone agli amministratori di segnalare le ragioni della dilazione nella relazione sulla gestione (art. 2428 c.c.).

Non mi pare invece che sia necessario – anche se costerà poca fatica farlo – che gli amministratori diano atto nella relazione sulla gestione il fatto che stanno utilizzando il maggior termine dettato dalla nuova norma; questo è infatti previsto espressamente da una disposizione di legge.

La dilazione ovviamente non è obbligatoria potendo la società approvare il bilancio senza necessità di attendere il periodo indicato dalla norma emergenziale; va confermata l’opinione

⁽⁵⁾ Ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all’insorgenza dell’epidemia da Covid-19 (art. 106, comma 7°).

secondo la quale è opportuna una deliberazione dell'organo amministrativo qualora la società intenda avvalersi del termine prorogato (dalla nuova norma) ⁽⁶⁾.

Sull'approvazione dei bilanci di esercizio torneremo anche più avanti perché di tale argomento si è occupato anche il d.l. "Liquidità" sotto l'aspetto – molto più complesso – della creazione di una finzione di continuità.

2.2. - Con l'avviso di convocazione delle assemblee (ordinarie e straordinarie) – e quindi siamo fuori dal ristretto perimetro di approvazione bilancio / nomina organi sociali – delle società di capitali è poi possibile prevedere anche in deroga alle previsioni statutarie: (a) l'espressione del voto in via elettronica o per corrispondenza; (b) l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione (art. 106, comma 2°, d.l. "Cura Italia").

Fino a qui non c'è molto da segnalare perché già l'art. 2370, comma 4°, c.c. (norma peraltro richiamata successivamente nel medesimo comma 2° del decreto) permette che lo statuto possa prevedere tali modalità di espressione del voto / partecipazione all'assemblea.

Anche con riferimento alla nuova norma, mi pare si debba affermare logicamente che chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto in assemblea.

E' stato per contro osservato che – nella legislazione di emergenza – l'espressione del voto per corrispondenza o in forma elettronica non potrebbero rappresentare l'unica forma di espressione del voto; dovrebbero essere sempre accompagnati dalla possibilità per il socio di avvalersi per partecipare all'assemblea di mezzi di telecomunicazione ⁽⁷⁾.

La soluzione non convince perché rende più gravosa la "partecipazione" all'assemblea in epoca di pandemia rispetto alle possibilità normalmente concesse dalla legge.

Mi pare poi interessante la parte della norma che prevede la possibilità che l'assemblea si svolga esclusivamente mediante mezzi di telecomunicazione, che garantiscono l'identificazione dei partecipanti e l'esercizio del diritto di voto senza la necessità

⁽⁶⁾ Così, quasi testualmente, M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni)*, in *questa rivista*, II, 22 marzo 2020, p. 3.

⁽⁷⁾ M. IRRERA, *op. cit.*, p. 5.

che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario e il notaio.

Qui però sorge un problema perché la seconda parte dell'art. 106, comma 2°, richiama non solo l'art. 2370, comma 4°, c.c. e l'art. 2479 *bis*, comma 4°, c.c. ma anche l'art. 2538, comma 6°, c.c. dettato in tema di coop.

Quest'ultima norma, a differenza dell'art. 2370, comma 4°, c.c., dispone – nel permettere il voto mediante corrispondenza o altri mezzi di telecomunicazione -: (a) che nell'avviso di convocazione debba essere contenuta per esteso la deliberazione proposta; (b) e che, se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione stesso, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.

A parte la circostanza che non mi è mai stato chiaro perché si faccia riferimento al *quorum* costitutivo e non a quello deliberativo, resta il fatto che non mi pare sia facile decidere se queste ultime due statuizioni siano recessive rispetto alla norma emergenziale che quindi prevarrebbe sulle stesse o, se per contro, con la stessa convivano.

2.3. L'art. 106, comma 4°, prevede che le s.r.l. inoltre «possono consentire, anche in deroga a quanto previsto» dall'art. 2479, comma 4°, c.c. «e alle diverse disposizioni statutarie, che l'espressione del voto avvenga mediante consultazione scritta o per consenso espresso per iscritto».

La norma è solo apparentemente chiara.

Non è facile stabilire a cosa si riferisca il legislatore quando parla di “diverse” disposizioni “statutarie”; a meno di non pensare a clausole che non coprano tutto il perimetro dell'art. 2479, commi 1° e 2°, c.c. con riferimento a quanto secondo il codice è possibile decidere mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto; clausole che non mi paiono frequenti anche se sicuramente lecite.

Ad eccezione di questa ultima ipotesi, l'espressione non ha rilevanza perché la deroga al principio della collegialità, negli atti costitutivi o c'è o non c'è.

La deroga, dettata dalla norma emergenziale, mi pare poi riguardi – anche se sul punto la stessa non è davvero chiara – tutte le modificazioni dell'atto costitutivo (artt. 2480 c.c. ss.) perché

l'art. 2479, comma 4°, c.c. – chiamato in causa dal decreto – si rivolge a sua volta i nn. 4 e 5 dell'art. 2479, comma 2°, c.c.

Quest'ultima norma dispone appunto in merito alle decisioni dell'assemblea che hanno ad oggetto: «4) le modificazioni dell'atto costitutivo; 5) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci».

3. Altre regole societarie sono contenute nel d.l. “**Liquidità**”; le prime sono quelle temporanee in materia di riduzione del capitale sociale (art. 6).

Per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro il 31 dicembre 2020 non si applicano gli artt. 2446, commi 2° e 3°, c.c., 2447 c.c., 2482 *bis*, commi 4°, 5° e 6°, c.c. nonché l'art. 2482 *ter* c.c.

Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui all'art. 2484, comma 1°, n. 4), c.c. e l'art. 2545 *duodecies* c.c. relativo allo scioglimento delle coop. (sempre per la perdita del capitale sociale).

Il legislatore ha centrato il bersaglio, ma è necessario fare dei passi avanti.

Disattivare la regola “ricapitalizza o liquida” non basta.

Al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ma ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486, comma 1°, c.c.); è la c.d. gestione conservativa.

La prospettiva non è più quella di produrre utili ma la massima realizzazione del patrimonio sociale per la ripartizione del ricavato.

Ora se il legislatore vuole disattivare anche la regola della c.d. gestione conservativa è bene che lo dica chiaramente e che esoneri ulteriormente gli amministratori da responsabilità per quanto di non conservativo faranno.

Non obbligare alla ricapitalizzazione o alla liquidazione – a patto che la società riesca nonostante questa prima finzione di continuità – a rimanere sul mercato, è un primo passo, ma non basta.

Bisogna anche dire agli amministratori – e ai sindaci – che nessuno agirà nei loro confronti per quanto cercheranno di fare per salvare le cellule produttive del nostro Paese.

Sto ovviamente stressando i concetti, ma bisogna fare anche un secondo passo che mi pare sia già stato fatto in altri Paesi.

In sede di conversione, bisogna modificare con chiarezza – seppur temporaneamente – le norme sulla responsabilità degli amministratori (e dei sindaci).

Tra l'altro, l'indicazione che il legislatore voglia evitare agli amministratori il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa, è indicata espressamente nella *Relazione* illustrativa al provvedimento ⁽⁸⁾.

Mi lascia perplesso anche che la normativa nazionale non limiti la disattivazione delle cause di scioglimento ai settori colpiti dal virus non avendo alcun senso, lo dico per semplicità, che delle stesse possa beneficiare una società la cui attività non è stata colpita dalla pandemia ma che per ottenere maggiori utili abbia prodotto in modo non conforme alla disciplina vigente e quindi poi non è riuscita a immettere i prodotti sul mercato.

Perché mai questa società dovrebbe poter beneficiare dei privilegi riconosciuti dalla norma e di quelli di cui dirò nel seguito sulla redazione del bilancio?

Inoltre bisognerebbe disattivare quantomeno il reato di bancarotta semplice, relativo alla mancata tempestiva proposizione dell'istanza di fallimento in proprio (anche se il reato non potrà essere contestato automaticamente perché andrà verificato l'eventuale aggravamento del dissesto).

Vale la pena ricordare che, nel nostro ordinamento, c'è già una disposizione analoga a quella in esame nell'art. 182 *sexies* l. fall., ma ovviamente, nella fattispecie disciplinata da quest'ultima norma, la situazione è molto diversa perché siamo in un momento della vita dell'impresa in cui c'è già un controllo del Tribunale.

E poi in questa norma, seppur implicitamente, c'è l'esonero degli amministratori da responsabilità, cosa che, allo stato, non c'è nel d.l. "Liquidità".

Come ricostruire il sistema?

Posto che non è venuto meno l'obbligo degli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea nelle situazioni di perdita del capitale superiore al terzo, si potrebbe ipotizzare che gli

⁽⁸⁾ A p. 6.

stessi siano esenti da responsabilità quando la prosecuzione dell'attività sia stata decisa dall'assemblea.

Detta soluzione pare confermata dalla *Relazione* illustrativa dove si afferma che se, da un lato, si vorrebbe evitare per gli amministratori «il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa», dall'altro, si precisa che «resta comunque ferma la previsione in tema di informativa ai soci»⁽⁹⁾.

Sotto il profilo sistematico, la soluzione non mi pare appagante perché è davvero difficile immaginare un esonero “in bianco” – a seguito di delibera assembleare – per atti gestori che gli amministratori compiranno: considero opportuno un intervento del legislatore sul punto in sede di conversione del decreto.

4. Per interpretare in modo logico l'art. 7 del d.l. “Liquidità” dettato in tema di bilancio di esercizio, bisogna davvero fare molti equilibrismi.

La norma – è ormai noto agli addetti ai lavori – dispone, nel comma 1°, che «[n]ella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività» di cui all'art. 2423 *bis*, comma 1°, n. 1), c.c. «può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020».

Il comma 2° prevede poi che le disposizioni di cui sopra si applicano «anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati».

L'unica cosa che mi pare scritta in modo chiaro è che il legislatore vuole far sopravvivere il principio codicistico di continuazione [art. 2423 *bis*, comma 1°, n. 1) c.c.] anche quando questo sia venuto meno.

Si autorizza una rappresentazione dell'attività dell'impresa in movimento anche quando questo non sarebbe possibile secondo le regole ordinarie.

E qui la prima considerazione: il criterio di valutazione emergenziale – così come la disattivazione della regola “ricapitalizza o liquida” – non è un obbligo per gli amministratori, ma una possibilità loro concessa dalla legge.

Anche qui mi piacerebbe veder scritto però che, se utilizzano questa possibilità, nessuno contesterà domani loro (agli amministratori) detto comportamento e nessuno contesterà la validità

⁽⁹⁾ P. 7.

del bilancio di esercizio sia in sede civile (sia in sede penale), se è possibile ipotizzare con una valutazione *ex ante* la “ripresa” dell’attività.

La prospettiva della continuazione può comunque essere operata: (a) se risulta sussistente nell’ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020; (b) se la prospettiva di continuazione può essere operata «anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati» (art. 7, comma 2°).

Ipotizzo che l’esercizio coincida con l’anno solare, il ché ovviamente potrebbe non essere (complicando ulteriormente la situazione).

La *prima* ipotesi è che la pandemia sia intervenuta in un momento in cui il bilancio 2019 non era stato predisposto dal consiglio.

Temo che, allo stato attuale, la norma possa essere interpretata nel senso che basta che risulti la continuità nel bilancio 2018 e quindi da un fotogramma di oltre un anno addietro.

La *seconda* ipotesi è quella in cui il consiglio di amministrazione abbia “chiuso” il bilancio, il bilancio sia stato approvato dal consiglio di amministrazione, ma non dall’assemblea, in data anteriore al 23 febbraio 2020.

Anche in questo secondo caso temo che si possa far riferimento al bilancio 2018 come fonte di dimostrazione della continuità.

Nella prima e nella seconda ipotesi, due bilanci consecutivi – 2019 e 2020 – potranno essere redatti facendo riferimento alla continuità del 2018 e – si badi bene – indipendentemente dal fatto che la continuità sia venuta meno per l’interruzione dell’attività attività a causa del virus.

La *terza* ipotesi è quella, temo meno frequente, in cui il bilancio 2019 sia stato approvato dall’assemblea prima del 23 febbraio 2020; in questo caso la continuità che farà fede sarà solo quella del 2019.

Sono consapevole che questa interpretazione non è coerente con le *Relazioni* (tecnica e illustrativa) del decreto, ma mi pare che la lettera della norma lasci poco spazio oggi a letture diverse.

La norma avrebbe potuto banalmente recitare come segue.

«Nella redazione del bilancio di esercizio al 31 dicembre 2020 la valutazione delle voci nella

prospettiva della continuazione dell'attività ai sensi art. 2423 *bis*, comma 1°, n. 1) c.c. può essere presunta se sussisteva nel bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre 2019.

Il criterio di redazione deve essere specificamente illustrato dagli amministratori nella nota integrativa».

Se gli amministratori considerano il *going concern* definitivamente compromesso, a mio parere non è corretto né che si avvalgano di questa disposizione né che approfittino di quella di cui all'art. 6 sulla riduzione del capitale; e ciò a maggior ragione se la continuità sia venuta meno per fatti indipendenti dalla pandemia (anche l'impresa può continuare ad “ammalarsi” per motivi diversi dal virus).

5. L'art. 8 del d.l. “Liquidità” prevede che «[a]i finanziamenti effettuati a favore della società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile».

La norma vuole evidentemente invogliare l'iniezione di finanza nella società e, sotto questo profilo, mi pare che vada salutata con favore; non è ovviamente il caso di ripercorrere la storia delle norme interessate, introdotte con la riforma del 2003, né la portata della loro applicazione.

Qui però mi pare che il problema sia quello dell'intervento anche sulle norme penali.

Si è affermato ⁽¹⁰⁾ che il prelievo di somme a titolo di restituzione dei versamenti operati dai soci in conto capitale, o altra analoga dizione, integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione.

E anche immaginando che, per il periodo di vigenza della norma emergenziale, non si contestino i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione, essendo venuta meno la disciplina della postergazione che rende inesigibile la pretesa alla restituzione da parte della società, rimane pur sempre il problema della bancarotta preferenziale.

In sintesi, a mio sommo parere, la norma civile è una co-perta troppo corta per lasciare gli operatori tranquilli di operare in questo momento storico.

⁽¹⁰⁾ Cass. pen. 26 febbraio 2019, n. 8431.

6. Sotto il profilo strettamente societario si potrebbero immaginare tanti altri interventi.

Tra le varie cose, ciò che mi pare manchi ancora sono norme sull'aumento di capitale (per facilitare gli aumenti di capitale).

In questo periodo si parla molto della restituzione del debito che le imprese stanno contraendo (e di chi – e come - sarà tenuto a garantire quella restituzione) ma bisogna anche pensare, da un lato, con quali technicalità quel debito possa essere convertito in capitale e, dall'altro, se non sia il caso di facilitare *sic et simpliciter* le operazioni di aumento del capitale.

L'iniezione finanziaria, indispensabile in prima battuta, creerà ovviamente obblighi di restituzione che forse non risulteranno per tutti sostenibili.

Sto pensando ad uno strumento, puramente privatistico, che permetta, in determinate condizioni oggettive, alla società di trasformare il debito in capitale con un meccanismo opposto a quello delle obbligazioni convertibili in azioni.

In questo caso non sarebbero gli obbligazionisti a chiedere la conversione, ma – al contrario – la società se è in grado di dimostrare che lo stato in cui si trova potrà essere risolto in un determinato periodo di tempo attraverso l'esercizio dell'attività ordinaria.

Penso ad un diritto di conversione del debitore in *equity* con il quale la società nova il debito (contratto in un determinato periodo indicato dal legislatore) in rapporto di natura partecipativa con la conseguenza che cessa l'obbligo di pagamento e le somme ricevute migrano dai debiti per essere imputate a capitale. Il tutto ovviamente andrebbe disciplinato *ex ante*.

La mente corre – con le dovute modifiche - alle operazioni di *debt to equity swap*.

7. Con riferimento alle disposizioni temporanee in tema di **concordato** preventivo e accordi di ristrutturazione (art. 9 d.l. “**Liquidità**”) sotto il profilo della tecnica legislativa, vi è da osservare come, per un motivo che mi sfugge, le modifiche iniziano dalla fase finale delle procedure per poi risalire alla fase iniziale; mi rendo conto che è una osservazione formale ma certo questa scelta non aiuta il lettore.

Comincio ad esaminare la disposizione partendo quindi dagli ultimi due commi.

7.1. Ai sensi dell'art. 9, comma 4°, il debitore, che ha già ottenuto la concessione del termine per depositare la domanda completa, (anche) nel caso in cui detto termine sia già stato prorogato, può, prima della scadenza:

(a) presentare istanza per la concessione di una *ulteriore* proroga sino a novanta giorni, pure nei casi in cui sia stato depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento.

(a1) L'istanza deve indicare gli elementi che rendono necessaria la concessione della proroga del termine con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

(c) Il Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basi su concreti e giustificati motivi.

(d) Il Tribunale - aggiungo io - può respingere la richiesta di proroga e – mi pare – anche dichiarare il fallimento (se l'istanza sia stata depositata in data precedente al 9 marzo 2020 o ovviamente successiva al 30 giugno 2020).

Ho qualche perplessità sul richiamo che fa la disposizione all'art. 161, comma 7°, 1. fall. per indicare che rimane sempre necessaria l'autorizzazione per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

Sarebbe stato forse più opportuno immaginare un meccanismo che espressamente lega la prededuzione all'autorizzazione del Tribunale, lasciando per contro libero l'imprenditore di compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del tribunale (per il semplice fatto che presumibilmente i tribunali avranno un sovraccarico di lavoro e già normalmente le richieste di autorizzazione di cui alla norma in esame rischiano di diventare un freno per le attività produttive) ⁽¹¹⁾.

La norma prevede invece che la disciplina rimanga quella ordinaria con il rischio quindi quantomeno di revoca del termine concesso.

⁽¹¹⁾ E v. sul punto – seppur in diverso contesto – le condivisibili osservazioni di F. BENASSI, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da corona virus*, in questa rivista, II, 20 aprile 2020, p. 4.

Sono per contro totalmente d'accordo sulla permanenza degli obblighi informativi anche se gli stessi potranno creare disagi al debitore.

Anzi forse potrebbe essere l'occasione per estendere l'obbligo di informazione periodica anche al periodo successivo al decreto di ammissione della procedura.

Si badi bene che gli obblighi informativi possono essere anche una tutela indiretta per lo stesso debitore in crisi.

Gli obblighi informativi completi possono essere uno strumento di ulteriore dialogo tra il debitore, il commissario ed il tribunale, per evitare al debitore stesso la ripetizione del compimento di atti che si collocano in zone grigie (su quali non c'è uniformità di vedute dottrinali / giurisprudenziali).

L'istanza e proroga analoga possono essere presentate e ottenute anche dal debitore che ha depositato la richiesta di cui all'art. 182 *bis*, comma 7°, 1. fall.

L'istanza – e il successivo provvedimento – devono basarsi su «concreti e giustificati motivi» e devono continuare a sussistere i presupposti per giungere ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze richieste dalla legge (art. 9, comma 5°, d.l. “Liquidità”).

7.2. Ai sensi del comma 3°, quando il debitore intende modificare unicamente i termini di **adempimento** del concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti può depositare fino all'udienza fissata per l'omologa una *memoria* (non un'istanza) contenente l'indicazione dei nuovi termini e la documentazione che comprova la necessità della modifica dei termini stessi.

La richiesta e il provvedimento del tribunale non possono permettere uno slittamento degli adempimenti che sfori i sei mesi.

Nel procedimento di omologa del concordato preventivo deve essere acquisito il parere del commissario giudiziale.

Il tribunale – verificata la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 180 o 182 *bis* l. fall. - procede all'omologa.

Mi pare non sia chiaro:

- (a) quale sia il termine *a quo* per il deposito della memoria;
- (b) se il tribunale - come pare logico – possa negare la concessione dei nuovi termini di adempimento del concordato o dell'accordo (si pensi ad una società che commerci mascherine

e che quindi dall'esistenza del virus abbia tratto vantaggio pur rimanendo in crisi);

(c) se la concessione dei nuovi termini successiva all'adunanza dei creditori comporti un nuovo passaggio per la stessa e quindi per il voto.

7.3. I procedimenti di omologazione dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione vengono interessati da un altro innesto di natura procedimentale (art. 9, comma 2°).

Infatti nei procedimenti per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020 – e nei quali quindi si è già votato, sia scusata l'ovvietà – il debitore può presentare fino alla udienza fissata per l'omologa *istanza* al tribunale per la concessione di un nuovo termine non superiore a novanta giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta di concordato o di un nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti.

Allo scopo – a differenza di quanto previsto al comma 1° di cui dirò a breve – è sicuramente necessario un provvedimento del tribunale perché si precisa che il nuovo termine ricomincia a decorrere dalla data del decreto – dalla data di comunicazione del decreto, immagino - con cui il tribunale assegna il termine (non ulteriormente prorogabile).

L'istanza è inammissibile se presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale è già stata tenuta l'adunanza dei creditori ma non sono state raggiunte le maggioranze.

Mi pare non sia chiaro se:

(a) il tribunale abbia il potere di negare il termine come pare logico pensare (e se per farlo debba convocare il debitore);

(b) in caso di concordato preventivo, si debba ripassare, o meno, dalla fase del voto per ottenere dai creditori il via libera attraverso le maggioranze dettate dalla legge.

Sebbene mi auguri che, in sede di conversione, il legislatore si spieghi sul punto, mi pare che la logica, ancor prima che le norme giuridiche, impongano un nuovo passaggio dall'adunanza dei creditori ai quali – nonostante l'emergenza – non mi pare si possano imporre un piano e una proposta (probabilmente peggiorativi).

7.4. Al fine di ridurre i rischi di risoluzione dei concordati e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, si prevede per quelli già **omologati**, e il cui adempimento avrebbe dovuto essere completato nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021, che i termini (di adempimento) siano prorogati di sei mesi.

Come si è già osservato ⁽¹²⁾ si tratta di una proroga *ex lege* che non ha bisogno di alcuna iniziativa del debitore, né ovviamente e, a maggior ragione, di un provvedimento del tribunale.

8. L'art. 10 del d.l. "Liquidità" disciplina l'improcedibilità temporanea delle **istanze di fallimento**.

Per la precisione la norma prevede che tutti i ricorsi depositati tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 ai sensi dell'art. 15 l. fall. (procedimento per la dichiarazione di fallimento), ai sensi dell'art. 195 (procedimento per la dichiarazione di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa) e ai sensi dell'art. 3 l. 270/99 (dichiarazione di insolvenza nell'amministrazione straordinaria Prodi *bis*), sono improcedibili.

La disposizione non riguarda le grandissime imprese in stato di insolvenza disciplinate dalla l. 39/2004 (c.d. "Marzano").

La prima domanda che viene in mente è se il Tribunale debba dichiarare le istanze subito improcedibili o debba semplicemente rinviare i procedimenti a data successiva al 30 giugno.

A me pare che il sistema creato dal legislatore imponga al tribunale un immediato provvedimento di improcedibilità perché questo è il presupposto in base al quale si può successivamente non computare il periodo di cui al comma 1° ai fini: (a) del computo dei termini di cui all'art. 10 l. fall. ovvero della previsione che impedisce la dichiarazione di fallimento dopo l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese (salvo quanto previsto dal comma 2° della medesima norma); (b) o di quelli di cui all'art. 69 *bis* l. fall. che si occupa della decadenza dalle azioni revocatorie.

Altri temi: ha senso per il debitore presentare istanza di fallimento in proprio? Può rinunciare al beneficio concessogli dalla legge?

⁽¹²⁾ S. AMBROSINI, *La "falsa partenza" del Codice della Crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in questa rivista, II, 21 aprile 2020, p. 10.

A mio parere ad entrambe le domande andrebbe data risposta positiva perché da un lato può esservi l'interesse del debitore a non rischiare l'eventuale contestazione di reati che potrebbero aver origine dal ritardo della sua dichiarazione di fallimento e dall'altro mi pare che la norma emergenziale sia dettata (quantomeno anche) nell'interesse del debitore stesso che quindi – sotto questo profilo – dovrebbe essere libero di rinunciare al beneficio se consapevole, per esempio, che il suo stato di insolvenza è indipendente dal Covid – 19.

Dalla *Relazione* illustrativa emergono però elementi in senso opposto: si legge infatti che il blocco delle istanze di fallimento si estenderebbe «a tutte le ipotesi di ricorso e quindi anche ai ricorsi presentati dagli imprenditori in proprio, in modo da dare anche a questi ultimi un lasso temporale in cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa, senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni».

Da ultimo va sottolineato come l'unico caso in cui il tribunale sembra poter dichiarare il fallimento a seguito di ricorso depositato tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 è quello in cui la richiesta pervenga dal pubblico ministero, ma solo quando nella medesima istanza è – contestualmente, direi – fatta domanda di emissione dei provvedimenti di cui all'art. 15, comma 8°, l. fall. ovvero di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento.

In questi casi infatti – si legge nella *Relazione* illustrativa ⁽¹³⁾ - «la radicale improcedibilità verrebbe ad avvantaggiare le imprese che stanno potenzialmente mettendo in atto condotte dissipative di rilevanza anche penale con nocimento dei creditori, compromettendo le esigenze di repressione di condotte caratterizzate da particolare gravità».

In sede di conversione forse andrebbe chiarito se la procedibilità sia la conseguenza della sola istanza per l'emissione di provvedimenti cautelari del pubblico ministero ovvero se il tribunale possa dichiarare il fallimento nel periodo in esame solo ove sia emessa anche la misura cautelare.

⁽¹³⁾ A p. 10.