

FONDAZIONE
aiga

TOMMASO
BUCCIARELLI



**DIPARTIMENTO DI DIRITTO BANCARIO E SOCIETARIO
FONDAZIONE TOMMASO BUCCIARELLI**

Commento al Decreto legge n. 23 dell'8 aprile 2020 (cd. "Decreto Liquidità").

A seguito dell'emanazione del decreto legge n. 18/2020, c.d. "Cura Italia (già oggetto di un precedente approfondimento da parte del Dipartimento di Diritto Bancario e Societario), il Governo è nuovamente intervenuto con lo strumento della decretazione d'urgenza al fine di favorire, in particolare, la liquidità delle imprese.

Mediante il presente contributo il Dipartimento di Diritto Bancario e Societario propone un commento a tali disposizioni, raggruppandole per aree di intervento al fine di favorire una lettura sistematica del Decreto.

Le misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario.

Il Decreto Legge n. 23 pubblicato in data 9 aprile 2020 prevede, innanzi tutto, una serie di misure a sostegno della liquidità mediante il settore bancario, attuando in tal modo un articolato sistema di garanzia.

Art. 4.

L'art. 4 del decreto prevede, per il solo periodo compreso tra il 09.04.2020 ed il termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020 (attualmente fissato al 31.07.2020), modalità semplificate a favore di Banche ed intermediari finanziari per la conclusione

dei contratti e per le comunicazioni ad essi inerenti, al fine di assicurare, *in primis*, la continuità dell'erogazione dei servizi.

La previsione è rivolta esclusivamente ai rapporti interessanti la Clientela al dettaglio così come definita dalle cd. Disposizioni di Trasparenza, vale a dire “...i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro e le micro imprese...”.

Precisamente, la predetta disposizione tenta di ovviare al “limite” della forma scritta *ad substantiam* disposta per la conclusione dei contratti bancari, contemplando - in deroga a quanto previsto dall'art. 20, comma 1 *bis* del Codice dell'Amministrazione Digitale¹ – la possibilità (eccezionale e delimitata nel tempo) di stipulare detti contratti anche avvalendosi di posta elettronica non certificata “o altro strumento idoneo”.

Dette modalità vanno ad affiancarsi a quelle già previste in via ordinaria, operando in via residuale per la sola ipotesi in cui il Cliente non dovesse essere dotato di strumenti di firma digitale o di firma elettronica avanzata o qualificata. Non a caso, l'art. 4 in commento principia con una c.d. formula di salvezza, lasciando ferme “le previsioni sulle tecniche di conclusione dei contratti mediante strumenti informativi o telematici”.

La citata disposizione stabilisce, quindi, le condizioni minime dirette a tracciare la connessione tra il consenso prestato ed il soggetto che lo ha espresso, sancendo la validità ed efficacia di contratti bancari conclusi mediante acquisizione del consenso del Cliente a mezzo di posta elettronica non certificata, “o altro strumento idoneo” (quindi, per esempio, anche un semplice messaggio *whatsapp*), purché la volontà negoziale del Cliente:

- faccia “riferimento a un contratto identificabile in modo certo” e
- sia accompagnata dall'allegazione di un documento di riconoscimento in corso di validità.

È altresì necessario che la comunicazione del Cliente ed il documento di identità “siano conservati insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne la sicurezza, integrità e immodificabilità”.

Ci si domanda, quindi, quali siano dette modalità di conservazione.

La Circolare ABI del 9.4.2020, pur dedicando ampio spazio alla disamina del citato art. 4, nulla ha per il momento precisato in ordine alle concrete modalità di conservazione del contratto, aspetto

¹ La norma citata così testualmente recita: “Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”.

questo fondamentale al fine di garantire il rispetto della sicurezza, integrità ed immodificabilità e, di conseguenza la validità ed efficacia dei contratti in tal modo stipulati.

Appare ragionevole ritenere che dette modalità di conservazione debbano essere le medesime previste per la conservazione di un documento informatico, ovvero le regole tecniche dettate dal DPCM del 3.12.2013 e dal DPCM del 13.11.2014.

In buona sostanza, la norma in commento prevede un'eccezione limitata alle modalità di manifestazione ed acquisizione della volontà del Cliente, ma non anche alla fase della conservazione del documento informatico, che peraltro non è una fase *ex post*, bensì costituisce una componente essenziale ed irrinunciabile della fase di formazione del documento (cfr. linee guida sulla conservazione dei documenti informatici dell'Agenzia per l'Italia Digitale del dicembre 2015).

Le medesime modalità operative vengono espressamente estese dalla norma in commento anche per l'esercizio del diritto di recesso ad opera del Cliente.

Per il solo predetto periodo emergenziale, le modalità operative come delineate saranno sufficienti a soddisfare il requisito della forma scritta sancita dagli artt. 117, 126 *quinquies* e 126 *quinquiesdecies* Testo Unico Bancario a pena di nullità (cd. forma scritta *ad substantiam*), nonché l'efficacia probatoria di cui all'art. 2702 C.C. (cd. forma scritta *ad probationem*).

Il decreto in commento prevede anche un regime particolare per la consegna della copia dei contratti in tal modo stipulati, garantendo il rispetto del dovere sancito dal primo comma dell'art. 117 TUB mediante la "*messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole*" ed impegno dell'Intermediario a consegnare al Cliente copia cartacea del contratto alla prima occasione utile post emergenza.

Pertanto, la Banca dovrà consegnare al Cliente copia del contratto concluso mediante un supporto che sia idoneo a conservare in modo duraturo le informazioni e che non possa essere unilateralmente modificato dall'Intermediario. La Corte di Giustizia della Comunità Europea (nella sentenza 25 gennaio 2015, resa nella causa C- 375/2015) ha chiarito che rappresenta "supporto durevole" anche una email trasmessa all'indirizzo personale del Cliente, così come una notifica *push* per i portali di *online banking* accessibili tramite *app*, mentre si tende ad escludere che possa configurare "supporto durevole" il sito dell'intermediario sui cui sono pubblicate le informazioni relative al prodotto.

Si ritiene che la disposizione sinora esaminata – seppur muova dall'apprezzabile intento di andare incontro alle esigenze concrete della Clientela al dettaglio – oneri gli intermediari interessati di far uso di un'apprezzabile dose di prudenza. L'acquisizione del consenso del Cliente per il tramite di una semplice comunicazione di posta elettronica non certificata o addirittura attraverso altra comunicazione telematica facilita la realizzabilità di ipotesi di violazione dell'identità digitale.

Inoltre, in difetto di specifiche precisazioni e chiarimenti in merito alle modalità concrete di conservazione dei contratti così stipulati, non possono neppure escludersi rischi di nullità dei negozi per difetto di forma scritta, con gravose implicazioni per gli Intermediari anche in ordine all'onere della prova.

Art. 12

Il Decreto in commento, inoltre, integra la disciplina di attuazione del cd. Fondo Gasparrini contemplata nel precedente decreto Cura Italia.

Tale disposizione, infatti, allo scopo di colmare un'evidente lacuna riscontrata nel decreto n. 18/2020, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono accedere al fondo di solidarietà mutui "prima casa", prevede che nella nozione di "lavoratori autonomi" debbano essere comprese anche le ditte individuali e gli artigiani.

Inoltre, la norma ha previsto un'estensione ai mutui in ammortamento da meno di un anno e per il periodo di nove mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore del decreto, dei benefici previsti nel Fondo Gasparrini.

Le novità introdotte dagli articoli 5, 9, 10 e 11 in materia di procedure concorsuali e titoli di credito.

Art. 5

L'art. 5 del DL 08.04.2020 n.23 procrastina al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore delle norme del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, come noto prevista per il 15 agosto 2020 e ciò, come meglio precisato nella Relazione Illustrativa:

- a) onde evitare che il sistema delle misure di allerta ivi previste, concepite per operare in un quadro economico non in fibrillazione come quello conseguente alla pandemia in corso, perda di significatività e la sua funzione, appunto, di allerta di specifiche situazioni, finendo per interessare la generalità delle imprese;
- b) onde evitare che l'obiettivo della Codice della Crisi, di salvataggio delle imprese in crisi e della loro liquidazione solo come *extrema ratio*, venga frustrato dall'attuale crisi di liquidità conseguente alla pandemia e, quindi, dalla mancanza, per le imprese in difficoltà, di risorse necessarie a quegli interventi preventivi che, secondo le norme del Codice, dovrebbero scongiurarne la messa in liquidazione;
- c) alle necessità di evitare che le imprese, nell'attuale situazione di grave difficoltà, si trovano altresì a fare da cavie della prima applicazione del Codice, con tutte le incertezze interpretative del caso;

d) al fine di adeguare il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza alle previsioni della Direttiva UE 1023/2019 (riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva UE 2017/1132 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), nel frattempo pubblicata il 26.6.2019 e che dovrà essere recepita dai singoli Stati a partire dal 17 luglio 2021.

Nel quadro, quindi, della “vecchia” Legge Fallimentare, mantenuta in vigore ancora per poco più di un anno, gli articoli 9 e 10, introducono *ex plurimis* delle misure volte a garantire la continuità delle imprese durante l'attuale emergenza sanitaria, ponendo una precipua attenzione alle procedure concorsuali in corso.

Non a caso, nella relazione illustrativa del decreto mentovato si legge: *“L'attuale situazione di crisi genera concreti rischi anche in relazione alla sopravvivenza dei tentativi di soluzione della crisi di impresa alternativa al fallimento promossi in epoca anteriore al palesarsi dell'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19. In questo caso, procedure di concordato preventivo o accordi di ristrutturazione aventi concrete possibilità di successo prima dello scoppio della crisi epidemica potrebbero risultare irrimediabilmente compromesse, con ricadute evidenti sulla conservazione di complessi imprenditoriali anche di rilevanti dimensioni. Allo scopo di neutralizzare questa prospettiva, la norma in esame prevede una serie di interventi inerenti le procedure di concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione”*.

Art. 9

Proprio per contrastare tale situazione e tutelare le imprese, all'articolo 9 sono state previste delle misure che possono così enuclearsi:

- a) proroga *ex lege* di sei mesi dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione già omologati, in scadenza di esecuzione nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021. Non v'è dubbio come detta misura presenti, per come anche evidenziato nella relazione illustrativa, *“evidenti riflessi anche sul meccanismo di risoluzione dei concordati ex art. 186 l.fall”*, ovverosia in caso di inadempimento delle previsioni del concordato di non scarsa importanza, la sua risoluzione da chiedersi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato (adempimenti i cui termini, appunto, sono tutti prorogati dalla norma in commento);
- b) facoltà per il debitore, in relazione ai concordati preventivi ed agli accordi di ristrutturazione il cui procedimento di omologa era ancora pendente al 23 febbraio 2020, di ottenere un nuovo termine non superiore a novanta giorni al fine di elaborare *ex novo* la proposta onde poter tenere adeguatamente conto dei fattori economici sopravvenuti per effetto della pandemia. Il termine decorre dalla data del

decreto con cui il Tribunale lo assegna, e non è prorogabile. L'istanza è inammissibile se presentata nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo nel corso del quale si sia già tenuta l'adunanza dei creditori senza raggiungere le maggioranze stabilite dall'articolo 177 della Legge Fallimentare. In quest'ultimo caso, la Relazione Illustrativa chiarisce, tuttavia, che l'imprenditore la cui proposta sia stata respinta dai creditori possa *“depositare una nuova proposta dopo la dichiarazione di inammissibilità ai sensi dell'art. 179 l. fall., sempre che ad essa non abbia fatto seguito la dichiarazione di fallimento”*. Dichiarazione di fallimento, tuttavia, come subito di seguito si vedrà, preclusa dal successivo art. 10, con conseguente facoltà per l'imprenditore di formulare, anche in questo caso, una nuova proposta che tenga conto del mutato contesto economico a causa della pandemia in corso, magari con maggiori probabilità di sua approvazione da parte del ceto creditorio;

c) facoltà, sempre in relazione alle ipotesi di cui alla precedente lettera b) di chiedere, sino all'udienza di omologa, la mera proroga, non superiore a sei mesi, dei soli termini di adempimento originariamente previsti nella proposta, depositando documentazione che giustifichi tale richiesta, cosicché il Tribunale, acquisito il parere del Commissario giudiziale (ove nominato), e riscontrata la sussistenza dei presupposti di legge procederà all'omologa, *“dando espressamente atto delle nuove scadenze”*;

d) dilazione sino a novanta giorni dell'automatic stay di cui agli articoli 161 sesto comma (concordato c.d. con riserva) e 182 bis settimo comma L.F. (accordi di ristrutturazione dei debiti) e, quindi, facoltà, per il debitore, di domandare un'ulteriore proroga sino a novanta giorni del termine per formulare la proposta di concordato ovvero di accordo di ristrutturazione, che sia già stato prorogato, senza tuttavia essere ancora scaduto, ai sensi delle citate norme, e ciò anche in pendenza d'istanza di fallimento.

Come anche previsto nella Relazione Illustrativa, l'istanza *de qua* va motivata con specifico riferimento alla necessità di fruire del maggior tempo per depositare la proposta ovvero l'accordo di ristrutturazione, indicando i fatti sopravvenuti alla base di essa (e dunque la impossibilità o grave non convenienza economica ad adempiere al termine originario) *“per effetto dell'emergenza epidemiologica COVID -19”*. Si tratta di una proroga che il Tribunale può concedere, purché fondata su concreti e giustificati motivi, dopo aver acquisito il parere del Commissario Giudiziale, quando nominato, e ciò *“alla luce”* per come esplicitato nella Relazione Illustrativa *“della preponderante esigenza di conferire quante più chances possibili al salvataggio dell'impresa”*.

Permangono, comunque, per l'imprenditore/debitore i controlli e gli adempimenti previsti dagli art. 161 e 182 bis L.F., inclusa la reversione del termine ovvero finanche l'inammissibilità del concordato in caso di violazione degli obblighi sulla gestione e le attività compiute e l'onere del deposito mensile di una relazione sulla situazione finanziaria. Occorre, all'uopo, comunque, rammentare che gli atti

sostanziali concernenti l'amministrazione, anche straordinaria, dell'impresa e i corrispondenti controlli non si sospendono, né sono differiti d'ufficio o differibili a domanda.

Anche nel caso di cui all'art. 182 bis L.F. il Tribunale concede la proroga subordinatamente alla constatazione della persistente sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma di questa norma. Esigenze di celerità hanno suggerito di non applicare, così come si legge nella relazione illustrativa “ *la macchinosa procedura prevista dall'art. 182 bis comma settimo, primo periodo l. fall.*”: il Tribunale decide in camera di Consiglio omessi gli adempimenti previsti dall'articolo 182 bis, comma settimo, primo periodo L.F.

Art. 10

L'articolato appena esaminato, per comprenderne appieno la sua portata, deve essere necessariamente correlato all'articolo 10 del citato decreto che, come ben rappresentato nella Relazione Illustrativa, ha la precipua finalità di sottrarre le “*imprese ai procedimenti finalizzati all'apertura del fallimento e di procedure anch'esse fondate sullo stato di insolvenza*”. La ratio quivi è duplice:

- i) impedire “*la pressione crescente delle istanze di fallimento di terzi*” nei confronti di imprenditori, il cui stato di insolvenza possa dipendere da fattori “*esogeni e straordinari*” e, nel contempo, di “*sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio*”, con il correlato pericolo di “*dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato*”;
- ii) “*bloccare un altrimenti crescente flusso di istanze in una situazione in cui gli uffici giudiziari si trovano in fortissime difficoltà di funzionamento*”.

Per tale ragione, il Legislatore ha qualificato improcedibili “*i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020*”, optando per “*una misura eccezionale e temporanea di durata ristretta ma a valenza generale alla luce della estrema difficoltà, nella situazione attuale, di subordinare la riconducibilità o meno dello stato di insolvenza all'emergenza epidemiologica determinata dal diffondersi del COVID-19*” e, quindi, “*per una previsione generale di improcedibilità di tutte quelle tipologie di istanze che coinvolgono imprese di dimensioni anche grandi ma tali da non rientrare nell'ambito di applicazione del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. "decreto Marzano"), mantenendo il blocco per un periodo limitato, scaduto il quale le istanze per dichiarazione dello stato di insolvenza potranno essere nuovamente presentate*”.

Il blocco afferisce tutte le imprese e si estende a tutte le ipotesi di ricorso *“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”*.

Unica eccezione, il caso in cui l'istanza di fallimento sia stata presentata dal pubblico ministero e contenga la domanda di emissione di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento (comma 2). In questi casi, si legge nella Relazione Illustrativa, *“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 di particolare gravità”*.

Ci si domanda se a tale eccezione siano tuttavia applicabili le disposizioni dell'articolo 83 (*“Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare”*) del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dall'articolo 36 del decreto-legge n. 23 del 2020, ossia il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione dei termini procedurali disposti dai commi primo e secondo del mentovato articolo 83, oppure se in tal caso operino le esenzioni di cui al terzo comma lett. a).

Effetto della prefata improcedibilità parrebbe essere la necessità di riproporre nuovamente qualsiasi istanza di fallimento depositata tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020, periodo scaduto il quale, si legge nella Relazione Illustrativa al Decreto Legge, *“le istanze per dichiarazione dello stato di insolvenza potranno essere nuovamente ripresentate”*.

Ci si domanda, in proposito, se questo meccanismo centri effettivamente l'obbiettivo di ridurre la mole di lavoro dei Tribunali, se non dal punto di vista dissuasivo del deposito di nuovi ricorsi dall'entrata in vigore del decreto in avanti, comportando invece per collegi e cancellerie l'impegno di emettere e comunicare i decreti di improcedibilità dei ricorsi depositati successivamente al 9 marzo 2020 ed ancora pendenti alla data di entrata in vigore del decreto (9 aprile 2020). Per non trascurare il problema delle istanze presentate dopo il 9 marzo e già decise dagli Uffici più solerti con la declaratoria di fallimento prima dell'entrata in vigore del presente decreto: detto pronunciamento potrà essere annullato e/o revocato, in virtù di una legge che disciplina anche per il passato? E in caso di risposta affermativa, ad istanza di chi? Né andrà sottaciuto il rischio di disparità di trattamento dei ricorsi depositati prima del 9 marzo e non ancora decisi alla data dell'entrata in vigore del presente

decreto, atteso che l'articolo in questione non contiene in proposito nessun riferimento, senza che possa farsi richiamo ad un'interpretazione analogica, stante il tenore eccezionale della norma *de qua*. Infine, il terzo comma dell'articolo 10 del D.L. n. 23 del 2020 prevede che allorquando alla dichiarazione di improcedibilità dei ricorsi presentati tra il 9 marzo ed il 30 giugno faccia, poi, seguito la dichiarazione di fallimento, il suddetto lasso temporale non dovrà essere computato *“nei termini di cui agli articoli 10 e 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”*.

Si legge nella Relazione Illustrativa che tale norma di chiusura è stata posta *“allo scopo di evitare che tale blocco precluda irreversibilmente la proposizione delle istanze delle imprese cancellate o venga a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum, prevedendo così la sterilizzazione del periodo di blocco sia ai fini del calcolo dell'anno decorrente dalla cancellazione dal registro delle imprese sia ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall'art.69 bis”* della Legge Fallimentare per la proposizione delle azioni revocatorie.

In altri termini, allorché il ricorso già depositato venga dichiarato improcedibile e venga poi successivamente ripresentato, oppure ne venga direttamente posticipato il deposito, il lasso temporale dal 9 marzo al 30 giugno non dovrà anzitutto essere computato ai fini della decorrenza dell'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese quale termine ultimo per la declaratoria di fallimento.

Dato, tuttavia, che la dichiarazione di improcedibilità parrebbe comportare la necessità di riproporre la domanda di fallimento già presentata (con conseguente ripartenza da zero del procedimento di cui all'art. 15 L.F.) e, comunque, di posticipare il deposito delle nuove domande a dopo il 30 giugno, ci si domanda come, in caso di termine annuale in scadenza tra il 9 marzo ed il 30 giugno, ciò possa conciliarsi col consolidato orientamento secondo cui entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese (prorogato, in questo caso, di 113 giorni) il fallimento deve essere dichiarato con sentenza e non già meramente proposto il ricorso per la sua dichiarazione, essendo intuibile rischio di rigetto, comunque, della domanda per decorrenza del termine di cui all'art. 10 L.F. malgrado la proroga in commento, salvo non richiedere ai Tribunali un notevole sforzo operativo per arrivare in tempi molto rapidi a sentenza con riferimento ai prevedibilmente numerosi ricorsi che verranno depositati successivamente al 30 giugno, dopo il periodo di improcedibilità delle domande.

L'applicazione della previsione normativa in commento alle disposizioni del primo comma dell'art. 69 bis L.F., comporta una proroga di 113 giorni (dal 9 marzo al 30 giugno) del termine ultimo di tre anni dalla dichiarazione di fallimento e di cinque anni dal compimento dell'atto per la proposizione delle azioni revocatorie, ed analogamente deve dirsi per i termini previsti nelle norme richiamate dal secondo comma dell'art. 69 bis L.F. in caso di consecuzione del fallimento (dopo il citato periodo di improcedibilità) al concordato preventivo.

Non è tuttavia affatto chiaro se la stessa proroga debba applicarsi *tout court* ai termini previsti negli articoli richiamati nel medesimo secondo comma (64, 65, 67 primo e secondo comma e 69 L.F.) e, dunque, anche in caso di dichiarazione di fallimento non preceduta da domanda di concordato preventivo.

La Relazione Illustrativa parrebbe far propendere per una risposta affermativa alla questione, laddove parla di “evitare che tale blocco ... venga a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della *par condicio creditorum*, prevedendo così la sterilizzazione... ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall’art.69 bis...per la proposizione delle azioni revocatorie”. E’ tuttavia assolutamente auspicabile che, in fase di conversione del decreto, venga fatta definitiva chiarezza su questo decisivo punto, esponendosi, altrimenti, la norma ad evidenti rischi di abuso da parte di imprese già decotte - a prescindere dalla sopravvenuta pandemia - che si troverebbero, così, libere di compiere atti in frode ai creditori in esenzione dal periodo sospetto previsto dalle succitate norme.

Art. 11

Sempre sulla scia del *favor debitoris*, si innesta l’articolo 11 del D.L. che ci occupa, rubricato “Sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito”.

Tale misura si inserisce nel quadro delle iniziative a sostegno delle imprese colpite dalla crisi economica per effetto dell’epidemia da Covid-19, estendendo a tutto il territorio nazionale quanto era già previsto dall’art. 10 quinto comma del D.L. n. 2 marzo 2020 n. 9 - oggi abrogato fermi restando gli effetti prodotti nel periodo compreso tra il 22 febbraio 2020 e l’8 marzo 2020 - per l’originaria “zona rossa” del Lodigiano. Difatti, la norma in commento ha chiarito con interpretazione autentica, visto quanto nelle more espresso dal Consiglio nazionale del notariato in un suo studio, il contenuto dell’articolo abrogato con specifico riferimento agli assegni bancari e postali, a favore di tutti gli attori interessati nell’impiego e nella gestione di tali titoli. Detta misura, come vedremo di qui a poco, non incide solamente sui termini di esecuzione, ma anche sulle disposizioni in materia di protesti, contestazioni e procedimenti amministrativi sanzionatori in caso di mancato adempimento degli obblighi connessi alla circolazione dei titoli di credito.

Orbene, fatta tale debita premessa, sono sospesi dal 09/03/2020 al 30/04/2020 i termini di scadenza ricadenti o decorrenti in tale lasso temporale di vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito emessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto: *ergo*, i titoli devono recare data di emissione antecedente al 9 aprile ed avere scadenza tra il 9 marzo ed il 30 aprile. Non è quindi chiaro se la sospensione operi anche per titoli emessi dopo il 9 aprile, né il citato art. 10 quinto comma del D.L. n. 2 marzo 2020 n. 9 può essere utile a dirimere il dubbio, non essendo invece ivi inserita una previsione simile, che potrebbe tuttavia essere finalizzata a prevenire ipotesi fraudolente, oltretutto di soggetti che emettano scientemente titoli col deliberato proposito, ad insaputa del beneficiario

(anche se *ignorantia legis non excusat...*), di posticipare pagamenti altrimenti pattuiti con scadenza antecedente il 30 aprile.

L'espressione letterale della parte finale del primo comma "*e ad ogni altro atto avente efficacia esecutiva a quella stessa data*" lascerebbe intendere che tale sospensione possa estendersi anche ai titoli di formazione giudiziaria (art. 474 secondo comma n. 1 c.p.c.) e ad atti autenticati o ricevuti da notaio come i mutui (art. 474 secondo comma n. 2 e n. 3 c.p.c.).

Senonché, l'interpretazione letterale della norma e, dunque, la rubrica dell'articolo, relativa ai soli "*titoli di credito*", ed il fatto che la suddetta perifrasi sia formulata come semplice clausola di chiusura di un elenco che contempla espressamente solo "*vaglia cambiari, cambiali ed altri titoli di credito*", comparata con l'interpretazione sistematica dei commi a seguire, parrebbe escludere tale estensione, limitando la sospensione ai soli termini relativi ai titoli di credito in senso stretto e, dunque, vaglia cambiari, cambiali e assegni.

La generale sospensione dei "*termini di scadenza*" di cui al comma n. 1 deve in primo luogo riferirsi a tutti i termini previsti dalla legge cambiaria per il debitore e gli altri obbligati anche in via di regresso o di garanzia, che hanno tuttavia facoltà di rinunciarvi.

Con specifico riguardo agli assegni, il Legislatore inserisce previsioni di maggiore dettaglio al successivo comma n. 2, anzitutto con la sospensione del termine di presentazione al pagamento del titolo a favore del beneficiario. Ciò non impedisce, comunque, ai beneficiari di presentare il titolo al pagamento in pendenza della sospensione; invero, questo può essere sempre presentato al pagamento, non incidendo, quindi, sull'eseguibilità della prestazione incorporata nel titolo. Non a caso, il titolo continua a essere pagabile dal trattario nel giorno di presentazione qualora vi siano i fondi disponibili sul conto del traente.

Fermo restando che, in caso di incapienza del conto del traente, si applicherà automaticamente a quest'ultimo la sospensione del termine per il pagamento, nonché per la levata del protesto, per la revoca delle autorizzazioni in caso di mancato pagamento e per il pagamento tardivo.

Non verrà, quindi, inviato il preavviso di revoca per gli assegni privi di provvista nel periodo di sospensione e, se l'avviso di revoca è già stato inviato, il termine di 60 giorni per l'esecuzione del pagamento tardivo è sospeso. "*Tutti gli elementi necessari*" si legge nella relazione illustrativa, "*per determinare la possibilità o meno di procedere al pagamento del titolo (quali, ad esempio, la disponibilità dei fondi, la mancanza di autorizzazione) nonché quelli da considerare per ulteriori azioni (es. protestabilità o meno) verranno valutati al termine della sospensione*".

Il comma 3 del citato decreto stabilisce, infine, sia per gli assegni che per le cambiali ed i vaglia cambiari, che i pubblici ufficiali non devono trasmettere alle Camere di Commercio i protesti o le

constatazioni equivalenti levati dal 9 marzo all'8 aprile 2020 e, qualora fossero già pubblicati, le Camere di Commercio devono provvedere d'ufficio alla loro cancellazione.

Con riferimento allo stesso periodo sono altresì sospese le informative al Prefetto relative agli assegni emessi senza autorizzazione o provvista di cui all'articolo 8-bis, commi 1 e 2, della legge 15 dicembre 1990, n. 386 relative al procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative.

Indubbiamente le disposizioni previste dall'art. 11 ben si conciliano con le misure poste a favore delle imprese di accedere alla liquidità che le banche metteranno a disposizione grazie alle garanzie dello Stato, scongiurando, così, per quelle in sofferenza il protesto, che pregiudicherebbe la loro credibilità commerciale e il loro merito creditizio.

Misure atte ad assicurare continuità alle imprese in fase di emergenza.

Con il Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23 il Governo ha voluto predisporre, tra le altre, una serie di misure atte ad assicurare continuità alle imprese in fase di emergenza, con prevalente attenzione negli artt. da 6 a 8 a quelle società che già prima della dichiarazione dello stato di emergenza si trovavano in situazione di stabilità e con regolare prospettiva in ordine alla continuità.

Allo scopo gli artt. 6, 7 e 8 del succitato Decreto prevedono due misure di protezione diretta ed, una terza, volta prevalentemente a favorire il coinvolgimento dei soci nell'accrescimento dei flussi di finanziamento verso la società. E così,

- 1) si è previsto che in fase di redazione del bilancio debbano essere valutati i criteri di prudenza e continuità per come emergenti dall'ultimo bilancio chiuso;
- 2) si è proceduto a “*disinnescare*” le cause di scioglimento societario per riduzione o perdita di capitale sociale;
- 3) infine, sono stati “*disattivati*” quei meccanismi che in via ordinaria pongono in secondo piano i soci rispetto ai creditori sociali.

ART. 6

1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile.

Il provvedimento sembra tendere ad evitare che una probabile perdita del capitale - dovuta alla crisi da Covid-19 e verificatesi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020 – possa porre gli amministratori fra l'incudine di un'immediata messa in liquidazione, con relativa perdita di *continuità*

per imprese anche performanti, ed il martello di un rischio di esposizione alla responsabilità per gestione non conservativa, ai sensi dell'articolo 2486 del codice civile. La sospensione degli obblighi previsti dal codice civile in ordine alla problematica della eventuale perdita del capitale sociale, contestualmente, tende ad affrontare le difficoltà dell'emergenza con una rappresentazione della realtà che non sia deformata da tale situazione contingente ed eccezionale.

Come noto, in materia di riduzione del capitale per perdite e riduzione del capitale sociale sotto il limite legale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto e 2482 *ter* c.c., è previsto che, in presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale, gli amministratori debbano convocare senza indugio l'assemblea della società per gli opportuni provvedimenti; qualora entro l'esercizio successivo la perdita non risulti diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria che approva il bilancio di tale esercizio dovrà ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate.

In caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, l'assemblea dovrà essere convocata per deliberare la riduzione del capitale ed il contestuale aumento dello stesso ad una somma non inferiore al detto minimo, oppure per deliberare la trasformazione della società.

L'art. 6 del Decreto Legge in commento prevede espressamente che, con decorrenza dalla data di entrata in vigore e fino al 31 dicembre 2020, per le fattispecie eventualmente riscontratesi durante gli esercizi chiusi entro tale data, non trovi applicazione la suddetta disciplina ordinaria.

Pertanto, come già detto, in particolare vengono introdotte delle concrete misure tendenti ad evitare che gli amministratori di imprese quali s.p.a., s.r.l. e società cooperative, debbano scegliere tra un'immediata messa in liquidazione per contingente perdita di continuità dell'impresa, ed un'assunzione di responsabilità per gestione non conservativa *ex art.* 2486 del codice civile.

In secondo luogo e sempre fino al 31 dicembre 2020 viene altresì disciplinata, ferma la previsione in tema di informativa ai soci di s.p.a. di cui all'art. 2446, comma 1, c.c., la non operatività neanche della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545 *duodecies* c.c.

Tale normativa, avente carattere provvisorio e straordinario, dovrebbe comportare deroghe al regime delle perdite in bilancio solo per gli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, con effetti riscontrabili solo nei bilanci che verranno approvati nel corso del 2021.

Ciononostante, la generica indicazione della norma ha portato alcuni interpreti ad ipotizzare un'applicazione di tale deroga per i bilanci non ancora approvati alla data di entrata in vigore del presente Decreto sebbene chiusi al 31 dicembre 2019.

ART. 7

1. Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423-bis, comma primo, n. 1), del codice civile può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati.

La norma è certamente tendente a favorire una tempestiva approvazione dei bilanci – di cui si sottolinea l'essenziale funzione informativa – in quanto consente alle imprese di affrontare la difficile situazione mediante lo strumento della rappresentazione di una realtà “sospesa”, dato il riferimento alla situazione fisiologica precedente all'insorgere della emergenza Covid-19.

Come noto, il dispositivo dell'art. 2423 bis c.c. prevede che nella redazione del bilancio debba essere osservato, come disciplinato al n. 1 del comma primo, anche il principio della cd. continuità aziendale, ove, in particolare, si indica che “la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività”.

Di regola, si ha continuità aziendale quando l'impresa, tramite la propria attività operativa, risulta essere in grado di pervenire ad una soddisfacente condizione di economicità, quest'ultima intesa come la capacità di preservare l'equilibrio economico della gestione attraverso il conseguimento di ricavi superiori ai costi di esercizio. Altri indice di continuità possono ritenersi le circostanze di una congrua remunerazione del capitale di rischio, il mantenimento dell'equilibrio monetario della gestione ed il soddisfacimento delle aspettative dei cd. *shareholders* e in generale di tutti i cd. *stakeholders* aziendali².

La norma in esame prevede che, nel bilancio di esercizio 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui al suddetto art. 2423 bis, comma primo, n. 1), c.c. possa comunque essere operata se la stessa risulti sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso

² Gli *stakeholder* di un'impresa sono i portatori di interesse che ruotano intorno all'organizzazione, l'universo delle persone e delle entità interessate ai prodotti, ai servizi, allo stato ed al benessere dell'organizzazione. Tradizionalmente venivano identificati con i clienti, gli investitori, i fornitori e i dipendenti dell'impresa.

Oggi si tende ad allargare il mix degli stakeholder includendovi anche i regolatori, i gruppi di pressione, l'opinione pubblica ed i media, la comunità, i concorrenti, i potenziali dipendenti, i potenziali investitori, i partner, ed altri ancora (i cosiddetti stakeholder emergenti).

In dipendenza dall'importanza strategica di questi stakeholder per il business dell'impresa, sarà opportuno definire obiettivi ed indicatori che tengano conto della loro soddisfazione e del contributo che questi possono dare al successo dell'impresa.

Gli *shareholder* sono invece gli azionisti dell'impresa, coloro che ne posseggono quote di capitale; anche gli *shareholder* sono ovviamente stakeholder dell'impresa, infatti rientrano nel gruppo degli investitori insieme alle banche e ad altri eventuali finanziatori.

in data anteriore al 23 febbraio 2020. Tale disposizione si applica anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati, nonché ai bilanci intermedi e consolidati.

Nell'attuale situazione emergenziale si prevede quindi la possibilità di valutare la ricorrenza del presupposto della continuità aziendale sulla base delle risultanze dell'ultimo bilancio approvato dalla società anteriormente al 23 febbraio 2020, cioè alla data di entrata in vigore delle prime misure collegate all'emergenza (Decreto Legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla Legge 5 marzo 2020, n. 13).

Tale speciale disciplina evidentemente risulta essere finalizzata alla conservazione della corretta valenza informativa dei bilanci, dovendone chiaramente escludere tutte quelle imprese che, indipendentemente dalla situazione di emergenza, si trovassero già in stato di perdita di continuità.

Il criterio di valutazione, infatti, dovrà essere specificamente illustrato nella nota informativa, anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente.

Alla luce anche di quanto indicato nella Relazione illustrativa al D.L., al contrario, l'applicazione delle ordinarie regole in tema di bilancio comporterebbe il generalizzato obbligo di redigere i bilanci dell'esercizio in corso senza la possibilità di adottare l'ottica della continuità aziendale, con grave ricaduta sulla valutazione di tutte le voci del bilancio medesimo.

Infine, resta altresì ferma, in suddetta materia di approvazione del bilancio di esercizio, la recentissima previsione ex art. 106 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, secondo cui, in deroga a quanto previsto dall'art. 2364, comma 2, c.c. o dalle disposizioni statutarie, l'assemblea ordinaria è convocata entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio, quanto alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, successiva, fino alla quale sarà in vigore lo stato di emergenza Covid-19.

ART. 8

*1. Ai finanziamenti effettuati a favore delle 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.*

In un quadro macroeconomico emergenziale di provvedimenti temporanei, la norma in questione sembra manifestare l'esigenza di incentivare i canali necessari per assicurare un adeguato rifinanziamento delle imprese, con la (temporanea) disattivazione dei meccanismi di postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci o da chi esercita attività di direzione e coordinamento.

Come noto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., i finanziamenti effettuati dai soci, o da chi esercita attività di direzione e coordinamento, in favore della società sono *postergati* se, nel momento in cui suddetti soggetti hanno concesso il finanziamento e vista l'attività

svolta dalla società, vi era un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento.

In sostanza, con tale disciplina si sanziona la c.d. sottocapitalizzazione nominale, determinata dalla convenienza dei soci a ridurre la loro esposizione al rischio d'impresa.

La norma *de qua*, al contrario, esonera da postergazione i finanziamenti effettuati in favore delle società dai soci, o da chi esercita attività di direzione e coordinamento, dalla data del 9 aprile 2020, di entrata in vigore del decreto "liquidità", fino al 31 dicembre 2020.

Viene quindi di fatto sospesa l'operatività della suddetta disciplina ordinaria, al fine di incentivare i flussi adeguati al rifinanziamento delle imprese, anche nel caso in cui tali operazioni finanziarie avvengano infragruppo.

Nell'attuale situazione emergenziale, con la disattivazione temporanea dei meccanismi che in via ordinaria pongono il rimborso dei soci in secondo piano rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, si tenta in definitiva di incentivare il necessario coinvolgimento degli stessi soci nell'accrescimento dei flussi di finanziamento in favore della società.

Le misure sopra indicate dovrebbero aiutare i destinatari delle norme ad affrontare la situazione emergenziale dovuta alla pandemia e cercare di assicurare alle stesse continuità nella gestione, liquidità in cassa e sostenibilità degli impegni finanziari presi ante COVID-19.

Dipartimento di Diritto Bancario e Societario.

Avv. Francesca Acquati

Avv. Simone Bertone

Avv. Claudia Caporossi

Avv. Antonia Fabiola Chirico

Avv. Giovanni Figus

Avv. Alessandro Di Pietro

Avv. Daniele Immordino

Avv. Stefano Leone

Avv. Massimo Mazzoni

Avv. Raffaella Preda

Avv. Lucia Tortoreti

Avv. Pierpalo Guardia

Avv. Margherita Scalamogna