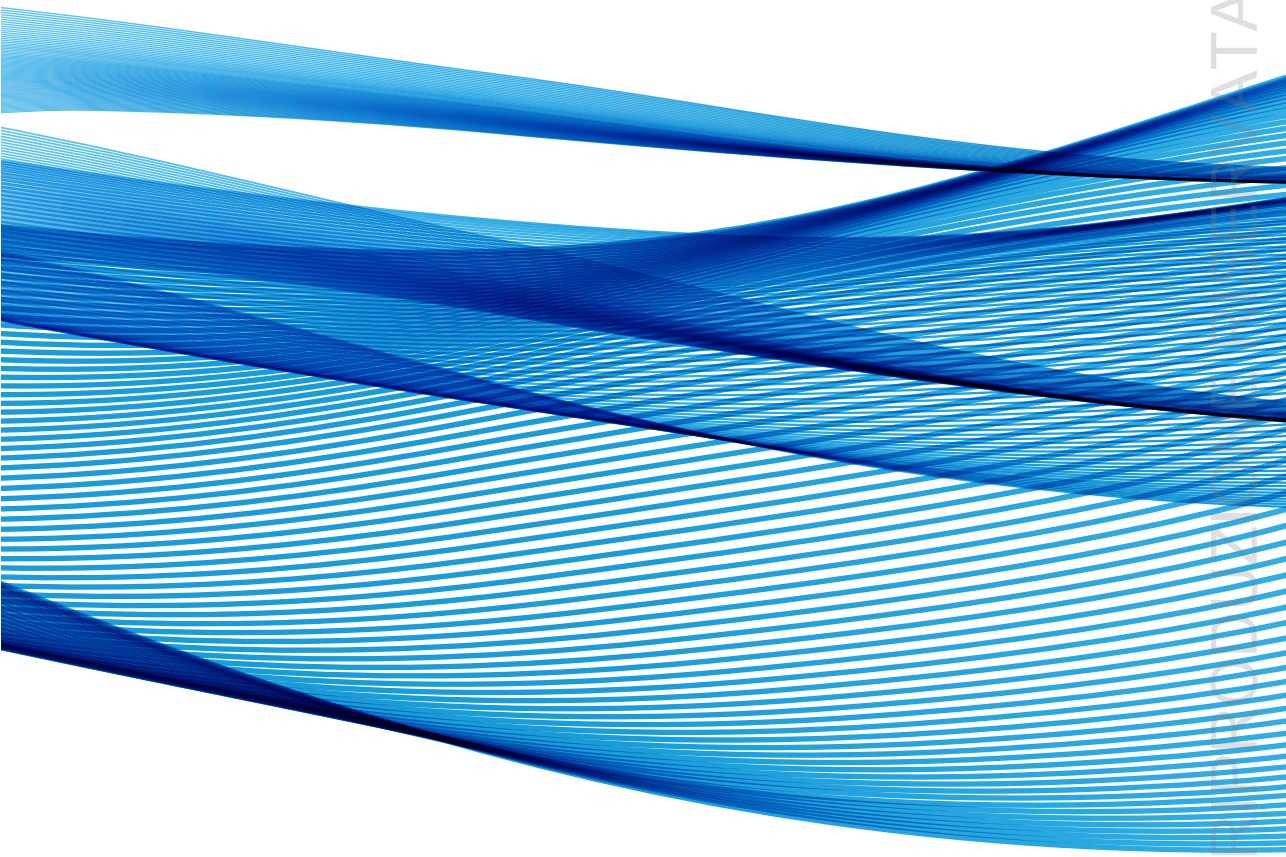
ALESSANDRO DANOVI - GIUSEPPE ACCIARO

CRISI E RISANAMENTO D'IMPRESA

Commentario al nuovo Codice



GRUPPO 24 ORE

ALESSANDRO DANOVI - GIUSEPPE ACCIARO

CRISI E RISANAMENTO D'IMPRESA

Commentario al nuovo Codice

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il Sole 24 ORE

Questa edizione è stata chiusa in redazione l'11 novembre 2022

978-88-718-7655-9

GRUPPO 24 ORE

© 2022 – Il Sole 24 Ore S.p.A.

Sede legale: Viale Sarca, 223 - 20126 Milano
Redazione: Viale Sarca, 223 - 20126 Milano

Per informazioni: Servizio Clienti Libri 02.3022.5680
Fax 02.3022.5400 oppure 06.3022.5400
e-mail: servizioclienti.libri@ilsole24ore.com

Fotocomposizione: Emmegi Group, via F. Confalonieri 36 - 20124 Milano
Stampa: Grafica Veneta Spa - Via Malcanton, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

Prima edizione: novembre 2022

Tutti i diritti sono riservati.
I testi e la loro elaborazione, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità per involontari errori e inesattezze.
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEAREdi, Centro licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

SOMMARIO

Prefazione ..... » XXIII

PARTE I
Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi

Capitolo 1
La nuova riforma del Codice della crisi d'impresa ..... » 3
Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

Capitolo 2
Nuovo Codice della crisi e adeguati assetti societari ..... » 19
Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

Capitolo 3
La funzionalità degli assetti societari alla rilevazione tempestiva della crisi ..... » 29
Riccardo Ranalli

Capitolo 4
Amministratori, organo di controllo e revisore: i doveri ..... » 41
Mario Difino, Patrizia Riva

Capitolo 5
La responsabilità degli amministratori e dell'organo di controllo ..... » 53
Marco Arato

Capitolo 6
Adeguati assetti e controllo giudiziario ..... » 67
Marco Rubino

Capitolo 7
Componenti e progettazione dell'assetto organizzativo ..... » 75
Francesco Bassi

Capitolo 8
Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi ..... » 88
Luca Malfatti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9
Assetto organizzativo: ruoli di corporate governance » 98
Patrizia Riva

Capitolo 10
Gli adeguati assetti amministrativi e contabili » 108
Alberto Quagli, Andrea Panizza

Capitolo 11
Il controllo di gestione per la prevenzione della crisi » 117
Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

Capitolo 12
EBITDA, capitale circolante e flussi di cassa: prevenzione strategica della crisi » 128
Giuseppe Acciaro, Alessandro Turchi

Capitolo 13
ESG tra adeguati assetti societari e orientamenti EBA » 137
Alberto Guiotto

Capitolo 14
Linee guida EBA e adeguati assetti societari » 145
Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

Capitolo 15
Gli adeguati assetti nelle MPMI » 154
Marco Biolchini

Capitolo 16
Adeguati assetti e valutazione del rischio di crisi nelle controllate pubbliche » 163
Francesco Aliprandi, Cristian Carini, Michele Leali, Claudio Teodori

PARTE II
Mediazione e negoziazione nella soluzione della crisi d'impresa

Capitolo 1
Autonomia delle parti e buona fede nelle trattative » 173
Cristina Coppola

Capitolo 2
La centralità del negoziato e della mediazione » 179
Maria Paola Tagliaferri

Capitolo 3
Negoziazione e mediazione, la comunicazione efficace » 183
Alessandro Danovi, Diego Comba, Giuseppe Acciaro

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4
Strategie di negoziazione collaborativa ... » 190
Diego Comba

Capitolo 5
La puntuazione nella trattativa dei contratti di impresa ... » 205
Diego Comba, Monica Rosano

Capitolo 6
Manager facilitatorenei contratti di rete, l'esperienza dei distretti industriali ... » 218
Renato Gaeta

Capitolo 7
La trattativa e la mediazione negli accordi parasociali ... » 224
Gabriella Branca

Capitolo 8
Mediazione e procedure concorsuali ... » 237
Dante Leonardi

Capitolo 9
La proposta di conciliazione del mediatore, una prospettiva dinamica ... » 242
Giorgio Salussoglia

Capitolo 10
La redazione della proposta da parte del mediatore ... » 256
Giorgio Salussoglia

Capitolo 11
La perizia contrattuale, strumento di facilitazione in mediazione ... » 260
Paolo Lannutti

Capitolo 12
La mediazione civile, il punto di vista di un magistrato ... » 266
Edoardo Di Capua

PARTE III
Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

Capitolo 1
La composizione negoziata per la soluzione della crisi: un nuovo percorso di risanamento ... » 285
Alessandro Danovi, Gualtiero Terenghi

Capitolo 2
Un quadro d'insieme sulla composizione negoziata ... » 290
Riccardo Ranalli

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3
La piattaforma telematica delle Camere di commercio per la composizione negoziata » 307
Sandro Pettinato

Capitolo 4
Presupposti, fasi del percorso e concrete prospettive di risanamento » 316
Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro, Niccolò Sabatini

Capitolo 5
Misure protettive, provvedimenti cautelari e sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione » 323
Alessandro Danovi, Daniele Giuffrida

Capitolo 6
Le trattative e le autorizzazioni del tribunale » 328
Matteo Sala, Alessandro Danovi

Capitolo 7
Le misure premiali nella composizione negoziata » 333
Andrea Rosati

Capitolo 8
La conclusione del percorso di composizione negoziata » 336
Marco Arato

Capitolo 9
Concordato semplificato e liquidazione del patrimonio » 344
Andrea Panizza, Gilberto Montecchi

Capitolo 10
La composizione negoziata minore nel Codice della crisi » 348
Fabio Cesare

Capitolo 11
La composizione negoziata come procedura di gruppo » 356
Vincenzo Maria Marzuillo, Giovanni Massoli, Niccolò Sabatini

Capitolo 12
Obbligo di attivazione del collegio sindacale o del sindaco unico » 360
Mario Difino, Patrizia Riva

Capitolo 13
Ruolo e funzioni dell'esperto nella composizione negoziata » 367
Giovanni La Croce

Capitolo 14
Formazione e competenze dell'esperto indipendente » 377
Diego Comba, Luciano Quattrocchio

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15
Riservatezza, correttezza e buona fede nel percorso di composizione negoziata ... » 393
Giacomo Barbieri

Capitolo 16
Le diverse configurazioni di squilibrio e le prospettive di risanamento ... » 403
Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

Capitolo 17
I rischi penali dell'esperto che agevola le trattative ... » 418
Alessandro Keller

Capitolo 18
Gli adeguati assetti tra test, check list e nuovo Codice ... » 428
Giuseppe Acciaro, Alessandro Turchi

Capitolo 19
I rapporti di lavoro nella composizione negoziata ... » 441
Gabriele Fava

Capitolo 20
I primi provvedimenti sulla composizione negoziata della crisi ... » 445

PARTE IV
Piano attestato di risanamento
Accordi di ristrutturazione
Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

Capitolo 1
I piani attestati di risanamento nel Codice della crisi ... » 461
Diana Burroni

Capitolo 2
Il "nuovo" piano di risanamento: presupposti, forma e contenuto ... » 474
Luca Jeantet, Paola Vallino

Capitolo 3
La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti ... » 480
Carlo Trentini

Capitolo 4
Gli accordi di ristrutturazione agevolati e a efficacia estesa ... » 492
Cristina Bauco

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5
La convenzione di moratoria è più duttile e meglio fruibile ... » 504
Luca Jeantet

Capitolo 6
La rinegoziazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ... » 510
Angela Petrosillo Guido Berti

Capitolo 7
Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione ... » 514
Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

Capitolo 8
La nuova transazione fiscale e contributiva nel concordato e negli accordi ... » 524
Enrico Grigolin

Capitolo 9
Accordi di ristrutturazione, piano di ristrutturazione e concordato preventivo: la scelta ... » 530
Fabio Cesare

Capitolo 10
I piani di risanamento: principi per la redazione e check list particolareggiata » 536
Giuseppe Acciaro, Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

Capitolo 11
Gli aspetti finanziari del piano di risanamento ... » 560
Mattia Iotti

Capitolo 12
La fattibilità dei piani: analisi di sensitività e stress test ... » 570
Fabio Andreoli

Capitolo 13
La fiscalità dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione ... » 578
Gian Paolo Colnago

Capitolo 14
Attestazioni e professionista indipendente ... » 588
Gilberto Montecchi

Capitolo 15
I reati penali nelle procedure di regolazione della crisi ... » 597
Francesco Ardito

Capitolo 16
Accordi di ristrutturazione dei debiti – i dati empirici ... » 606
Gianluca Leotta, Gaetano Bentivegna

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE V
Concordato preventivo con continuità aziendale

Capitolo 1
Il nuovo concordato preventivo: fattibilità del piano e criterio di non deteriorità » 617
Stefano Ambrosini

Capitolo 2
I presupposti per l'accesso al concordato preventivo » 624
Giuseppe Acciaro e Alessandro Turchi

Capitolo 3
Il Piano di concordato » 633
Matteo Sala

Capitolo 4
Transazione sui crediti tributari e contributivi » 641
Alessandro Solidoro

Capitolo 5
La riduzione o la perdita del capitale della società in crisi » 646
Bruno Bartoli

Capitolo 6
Le proposte e le offerte concorrenti » 659
Bruno Bartoli

Capitolo 7
Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti » 671
Diana Burroni

Capitolo 8
I provvedimenti immediati del commissario giudiziale » 687
Diana Burroni

Capitolo 9
Voto nel concordato preventivo, maggioranza ed approvazione » 693
Matteo Sala

Capitolo 10
Il giudizio di omologazione del concordato preventivo » 700
Daniele Nataloni

Capitolo 11
I principi generali del concordato liquidatorio » 709
Raffaele Gallina

Capitolo 12
I finanziamenti prededucibili, sostegno alle imprese in crisi » 716
Daniele Giuffrida

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13
Cessione dei beni nell'ambito del concordato liquidatorio » 726
Michele Petriello

Capitolo 14
Interesse macroeconomico al salvataggio dell'azienda e nuovo concordato in continuità » 731
Angela Petrosillo e Guido Berti

Capitolo 15
Le finalità del concordato con continuità aziendale » 738
Alessandro Pais

Capitolo 16
La tutela dei creditori e dei posti di lavoro » 744
Stefano Ambrosini

Capitolo 17
Il concordato preventivo prima della riforma, dati empirici » 749
Alessandro Danovi

PARTE VI
La procedura di liquidazione giudiziale

Capitolo 1
La cessazione dell'attività del debitore » 759
Martino Amadardo

Capitolo 2
Il ricorso: legittimazione attiva e contenuti » 762
Martino Amadardo

Capitolo 3
Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure » 772
Daniele Portinaro

Capitolo 4
Le misure cautelari e le misure protettive » 788
Martino Amadardo

Capitolo 5
Gli atti di frode e l'apertura della liquidazione giudiziale » 795
Daniele Portinaro

Capitolo 6
Liquidazione giudiziale, presupposti e organi preposti » 803
Bruno Bartoli

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7
La custodia e l'amministrazione dei beni ... » 815
Lorenzo Gorgoglione

Capitolo 8
L'esercizio dell'impresa in liquidazione giudiziale ... » 824
Giacomo Barbieri

Capitolo 9
La nuova disciplina di liquidazione dell'attivo ... » 834
Daiana Argnani

Capitolo 10
Il concordato nella liquidazione giudiziale ... » 844
Giovanni La Croce

Capitolo 11
Liquidazione giudiziale e concordato nella liquidazione giudiziale delle società ... » 853
Giovanni La Croce

Capitolo 12
Procedura unitaria di liquidazione giudiziale ... » 858
Marco Rubino

Capitolo 13
I reati di bancarotta ... » 870
Francesco Ardito

Capitolo 14
I reati diversi (e sussidiari) dalle fattispecie di bancarotta ... » 882
Francesco Ardito

Capitolo 15
Tutto deve cambiare perché tutto resti come prima? ... » 889
Elisabetta Busuito

PARTE VII
Organi sociali e figure professionali nella gestione della crisi

Capitolo 1
La mappa dei ruoli di amministrazione e controllo ... » 911
Patrizia Riva

Capitolo 2
Ruolo, compiti e responsabilità del consiglio di amministrazione ... » 918
Daniele Giuffrida

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3
Amministratori indipendenti per la "gestione" della crisi » 929
Cristina Bauco

Capitolo 4
A supporto del Cda, il comitato di controllo e rischi » 944
Giovanni Massoli, Ilaria Zingali

Capitolo 5
Attività di vigilanza e organo di controllo nelle Pmi » 950
Mario Difino, Patrizia Riva

Capitolo 6
L'internal auditor e il sistema di controllo interno » 959
Alberto Oliva, Stefania Bocchino

Capitolo 7
L'alta dirigenza aziendale e la prevenzione della crisi » 969
Edgardo Ricciardiello, Paola Vola

Capitolo 8
Ruolo, compiti e responsabilità dell'Organismo di vigilanza » 981
Piervittorio Pigato, Gerardo Diamanti

Capitolo 9
Il revisore esterno e la società di revisione » 988
Maria Chiara Bassi

Capitolo 10
I creditori pubblici qualificati, nuovo controllo tutto esterno » 991
Massimo Parravicini

Capitolo 11
L'intervento dell'advisor legale dell'azienda » 997
Alberto Roda, Corrado Roda, Norman Regis

Capitolo 12
L'advisor finanziario, negoziatore con i terzi » 1015
Vincenzo Maria Marzuillo

Capitolo 13
Il temporary manager e il chief restructuring manager » 1023
Silvia Sinigaglia

Capitolo 14
L'attestatore, controllore indipendente del piano di uscita dalla crisi » 1032
Raffaele Marcello

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15
L'intervento del "legale banche" nella gestione della crisi ..... » 1041
Alberto Salvadè, Matteo Ceschin, Matteo Meroni

Capitolo 16
Il controllo istituzionale del commissario giudiziale ..... » 1049
Michele Monteleone, Alessia Viscillo

Capitolo 17
L'avvocato: facilitatore e negoziatore ..... » 1071
Gianluca Leotta

Capitolo 18
Il ruolo del giudice (delegato) ..... » 1076
Alberto Crivelli

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

GLI AUTORI

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Alessandro Danovi, Professore di Economia e Gestione delle imprese presso L'Università degli studi di Bergamo - Facoltà di Economia. Direttore Ocri - Osservatorio Crisi e Risanamento delle imprese. Dottore Commercialista. Co-coordinatore dei gruppi di lavoro che hanno redatto i Principi di attestazione dei piani di risanamento e i Principi per la redazione dei piani di risanamento. Presidente del Comitato Scientifico di Apri - Associazione Professionisti Risanamento. Autore di numerose pubblicazioni in materia di crisi d'impresa.

Giuseppe Acciaro, Dottore commercialista e Revisore Legale, svolge attività di consulenza nella predisposizione di piani di concordato, accordi di ristrutturazione e piani attestati di risanamento. Ricopre incarichi di amministratore giudiziario, curatore, commissario e liquidatore giudiziale, consulente tecnico presso i Tribunali di Milano, Cagliari e Sassari. Coordina il Gruppo di Lavoro "Adeguati assetti organizzativi e strumenti di regolamentazione della crisi" della Commissione Crisi d'impresa dell'ODCEC di Milano. Esperto del Sole 24 Ore in operazioni di finanza straordinaria d'impresa e gestione della crisi, ha pubblicato libri in materia di concordato preventivo e crisi d'impresa.

HANNO COLLABORATO

PARTE I

Francesco Aliprandi, Dottore Commercialista, esperto in crisi di impresa e risanamento aziendale. Cultore di economia aziendale e Collaboratore esterno presso il Dipartimento di Economia e Management dell'Università degli Studi di Brescia.

Francesco Bassi, Laureato in Economia e Commercio all'Università degli Studi di Bologna. Consulente direzionale in ambito governance, risk management, compliance, etica d'impresa, 231, Gdpr. Membro di Comitati Etici e di Organismi di Vigilanza.

Marco Biolchini, Dottore Commercialista in Modena e Revisore Legale, Partner dello studio Beta Commercialisti Associati. Ha conseguito l'attestato SAF Emilia-Romagna, corso in Procedure concorsuali e risanamento d'impresa. Si occupa quotidianamente di procedure concorsuali e crisi d'impresa.

Cristian Carini, Professore Associato di Economia aziendale presso l'Università di Brescia. Consulente Scientifico per la predisposizione dei bilanci consolidati ex Dlgs 118/2011 per enti territoriali comunali e provinciali.

Alberto Guiotto, Dottore Commercialista e Revisore Legale dei conti, esperto nel business planning e in operazioni di M&A, di turnaround, di attestazione di piani di risanamento e di ristrutturazione del debito. Svolge abitualmente le funzioni di consulente del tribunale e di curatore fallimentare, commissario e liquidatore giudiziale in procedure concorsuali di medie e grandi dimensioni.

Michele Leali, Dottore in Consulenza Aziendale e Libera Professione.

Luca Malfatti, Dottore Commercialista e Revisore Legale, Of Counsel di IPG Lex&Tax Studio Legale e

Tributario. Professore a Contratto di Economia Aziendale presso il Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino.

Andrea Panizza, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Ferrara - Partner di AP & Partners. Docente nel corso di Strategia Aziendale presso l'Università di Ferrara e nel corso di Prevenzione e Gestione della crisi d'impresa presso l'Università del Piemonte Orientale.

Alberto Quagli, Professore ordinario di Economia Aziendale presso l'Università di Genova, Facoltà di Economia. Direttore- del Dipartimento di Economia.

Claudio Teodori, Professore ordinario di Economia aziendale presso l'Università di Brescia, dove coordina l'Osservatorio per lo sviluppo e la gestione delle imprese (Dipartimento di Economia e Management).

PARTE II

Maria Gabriella Branca, avvocato specializzato in diritto societario e consulenza alle imprese., con esperienze di *governance* in società nazionali ed estere. Dall'ottobre 2021 Assessore all'Educazione alla cittadinanza attiva del Comune di Savona con le seguenti deleghe: Personale; Servizi demografici; Transizione digitale e Semplificazione; Politiche per lo Sviluppo agroalimentare; Partecipazione e decentramento.

Cristina Coppola, Professore Ordinario di Diritto civile e Presidente del Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza nel Dipartimento di Giurisprudenza, Studî politici e internazionali dell'Università di Parma.

Diego Comba Avvocato del foro di Torino, specializzato in diritto comunitario, diritto commerciale internazionale, contrattualistica internazionale, controversie commerciali internazionali, arbitrati commerciali. Presidente della Fondazione Aequitas Adr (Alternative Dispute Resolution), ente riconosciuto dal Ministero della Giustizia in materia di formazione e di pratica della mediazione in materia civile e commerciale.

Edoardo Di Capua, Magistrato dal 1994, in possesso della VI valutazione di professionalità, è attualmente Giudice presso il Tribunale di Torino, Sezione Prima Civile / Sezione Specializzata in materia di Impresa.

Renato Gaeta, Presidente dell'associazione Manager Volontari per la Formazione di Parma. Dal 2020 è docente di marketing e gestione dell'innovazione al Corso di laurea di Ingegneria Gestionale dell'Università di Parma.

Paolo Lannutti, Avvocato del Foro di Parma esperto di diritto del lavoro, membro del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Aequitas Adr, mediatore esperto e coordinatore Aequitas Adr sede di Parma.

Dante Leonardi, Avvocato dal 1998, civilista esperto in diritto bancario e fallimentare, curatore e delegato alle vendite presso il Tribunale di Bari, mediatore dal 2010, formatore di mediatori e membro del CdA di ADR Aequitas (organismo di mediazione al n. 5 del registro ministeriale) dal 2014.

Monica Rosano, Avvocato specializzato in diritto comunitario, commerciale internazionale, contrattualistica internazionale, controversie commerciali internazionali e arbitrati.

Giorgio Salussoglia, Avvocato in Torino, Mediatore e Formatore di Mediatori, Cofondatore, membro del Direttivo e del Consiglio di Amministrazione e Coordinatore della sede di Torino dell'Organismo di mediazione Fondazione Aequitas ADR.

Maria Paola Tagliaferri. Avvocato, mediatore e formatore, si occupa di diritto civile, commerciale e aziendale, con particolare attenzione alla contrattualistica, anche internazionale. È specializzata in diritto di famiglia. Docente di comunicazione e ascolto efficace per la risoluzione pacifica dei conflitti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE III

Marco Arato, Professore di Diritto Commerciale e Diritto della Crisi di impresa, Dipartimento di Giurisprudenza, presso l'Università di Genova. Partner di BonelliErede ove è team leader del Focus Team Restructuring & Insolvency.

Giacomo Barbieri, Dottore commercialista e Revisore Legale in Bologna, partner di Barbieri & Associati Dottori Commercialisti. Si interessa principalmente di continuità aziendale e trasformazione digitale. Ricopre incarichi giudiziari per il Tribunale di Bologna.

Fabio Cesare, Avvocato presso il foro di Milano; è gestore della crisi presso l'ordine degli avvocati di Milano, presso la Camera di Commercio di Milano e per il comune di Garbagnate.

Gabriele Fava, Avvocato in Milano, specializzato in diritto del lavoro e relazioni sindacali e industriali, consigliere laico del Consiglio di presidenza della Corte dei Conti.

Alessandro Keller, Avvocato del Foro di Milano, Cultore di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Socio Ordinario e Senior Counsel in Fieldfisher - SASPI (*Corporate Criminal Law Department*).

Giovanni La Croce, Dottore Commercialista e Revisore Contabile, è consulente tecnico, specializzato in ristrutturazione di imprese in crisi e gestione di procedure concorsuali, sia come consulente delle aziende che come fiduciario del tribunale. Componente della Commissione CNDCEC sulla Riforma della Legge Fallimentare.

Gilberto Montecchi, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Modena. Si occupa di operazioni straordinarie e contrattualistica d'impresa, piani di risanamento, ristrutturazioni finanziarie e procedure concorsuali.

Pettinato Sandro, Dottore Commercialista e Revisore contabile, attualmente Vice Segretario Generale Unioncamere, l'Unione italiana delle camere di commercio. Si è occupato delle politiche per le piccole e medie imprese per conto della Presidenza del Consiglio e delle tematiche relative all'accesso al credito ed alle agevolazioni finanziarie.

Luciano Matteo Quattrocchio, Professore di Diritto dell'Economia presso la Facoltà di Economia di Torino (ora Scuola di Management ed Economia di Torino) a partire dal 2005, docente di Diritto dei mercati e degli intermediari finanziari presso la Facoltà di Economia di Torino (ora Scuola di Management ed Economia di Torino), docente di Diritto bancario e assicurativo presso la Facoltà di Economia di Torino (ora Scuola di Management ed Economia di Torino). Dottore Commercialista, Revisore Legale, Consulente Tecnico del Giudice, Perito del Tribunale.

Riccardo Ranalli, Dottore commercialista, esperto in materia di crisi d'impresa, membro della commissione presso il Ministero della Giustizia, per l'elaborazione di proposte di interventi sul Codice della crisi d'impresa.

Andrea Rosati, Dottore commercialista e revisore legale, è curatore fallimentare e consulente tecnico del giudice presso il Tribunale di Milano. Esperto in crisi e risanamento di impresa.

Niccolò Sabatini, Dottore in Economia e Management. Cultore di Gestione della crisi nell'Università degli Studi di Bergamo.

Matteo Sala, Dottore Commercialista e Revisore legale in Milano, riveste il ruolo di curatore fallimentare e commissario giudiziale presso i tribunali di Milano e Varese. Dal 2022 è commissario straordinario nell'ambito di procedure di amministrazione straordinaria.

Gualtiero Terenghi, Dottore commercialista e revisore legale, ricopre incarichi di curatore fallimentare e commissario giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE IV

Fabio Andreoli, Dottore Commercialista e Revisore Legale dei Conti in Bologna; docente e membro del comitato scientifico del corso in materia di crisi d'impresa presso SAF Emilia-Romagna. È Sindaco, revisore legale e Internal Auditor in numerose società.

Francesco Ardito, Avvocato e dottore commercialista. Ha ricoperto incarichi di commissario straordinario di aziende di primaria importanza nel tessuto nazionale.

Guido Berti, Avvocato in Milano e associato di LCA Studio Legale, si occupa di consulenza alle aziende nell'ambito del diritto della crisi d'impresa, tanto nella fase preventiva di analisi e di individuazione della procedura migliore per la gestione dell'insolvenza, quanto in quella contenziosa di ammissione e gestione delle diverse procedure concorsuali.

Cristina Bauco, Avvocato e ricercatore della Fondazione Nazionale dei Commercialisti, istituto di ricerca del Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili (CNDCEC). Segue le tematiche afferenti al diritto civile e commerciale, con particolare riferimento al diritto societario, alla crisi d'impresa e alla corporate governance.

Gaetano Bentivegna, Avvocato in Milano, ha assistito clientela italiana e straniera in procedimenti giudiziari, anche cautelari, in materia di esecuzione dei contratti commerciali, sia a responsabilità contrattuale che extracontrattuale. Ha maturato poi esperienza nella materia fallimentare, nella quale ha avuto modo di assistere clientela sia lato debitore che creditore.

Diana Burroni, Avvocato in Milano**,** è socia di LCA Studio Legale dove svolge stabilmente la funzione di organo delle procedure su nomina del tribunale di Milano (curatore, commissario giudiziale, coadiutore di tali figure), nonché quello di legale delle procedure.

Gian Paolo Colnago, Commercialista e Revisore legale, esercita la propria attività nell'ambito della consulenza tributaria e societaria ad imprese di medie e grandi dimensioni, quale senior partner di Studio TribLeg in Milano.

Enrico Grigolin, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Padova, è socio fondatore dello studio SCA - "Studio Commercialisti & Avvocati". Al contempo ricopre incarichi di Consigliere di Amministrazione e di Sindaco nei settori industriale commerciale; per conto dell'Autorità Giudiziaria, inoltre, assume incarichi di Curatore, Commissario Giudiziale, Liquidatore Giudiziale e Consulente Tecnico.

Luca Jeantet, Avvocato in Torino**,** è esperto in diritto commerciale e diritto concorsuale., assiste istituti di credito, società in stato di crisi ed investitori nel settore delle ristrutturazioni e del *turnaround*. Ha ricoperto numerosi incarichi universitari ed è membro permanente del corpo docenti della Scuola Nazionale per Giuristi di Impresa. È annoverato tra i professionisti raccomandati dalla prestigiosa *directory* The Legal 500 nel mercato *restructuring* italiano.

Mattia Iotti, Dottore di ricerca, specializzato presso lo IAMZ di Saragozza, ricercatore a tempo determinato tipo "B" e Docente nel corso di Valutazione Economia dei Piani e dei progetti presso l'università degli Studi di Parma, Dottore commercialista e Revisore legale.

Angela Petrosillo, Avvocata in Milano e socia di LCA Studio Legale, si occupa di diritto concorsuale assistendo il debitore nell'ambito di concordati preventivi, concordati nella liquidazione giudiziale, accordi di ristrutturazione del debito, piani di risanamento ed operazioni straordinarie in tale ambito.

Carlo Trentini, Avvocato in Verona, già professore a contratto di diritto fallimentare, referente dell'OCC forense di Verona, ha svolto attività di docente in corsi di formazione e in master di diritto fallimentare.

Paola Vallino, Avvocato in Torino**,** svolge la propria attività nell'ambito delle procedure concorsuali, delle ristrutturazioni delle imprese in crisi e del diritto commerciale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE V

Stefano Ambrosini, Professore ordinario di diritto commerciale nell'Università del Piemonte Orientale dal 2005, insegna diritto fallimentare e diritto bancario. È stato componente di commissioni di riforma e di comitati di studio in ambito ministeriale e istituzionale e ha collaborato con le maggiori opere collettanee in materia di crisi d'impresa.

Bruno Bartoli, Dottore commercialista - "Baldi & Partners - Avvocati e Commercialisti" in Reggio Emilia. Attività professionale su incarico del Ministero delle Attività produttive, del Tribunale e della Procura, Gestore della crisi, Revisore legale, Arbitro, iscritto all'Albo degli Esperti per composizione negoziata ex Dl 118/2021, docente e pubblicista in materia di crisi e ristrutturazione.

Raffaele Gallina, Dottore commercialista e revisore legale in Treviso, con pluriennale esperienza nell'ambito della crisi d'impresa, sia come advisor che in ruoli giudiziali. Componente della Commissione crisi d'impresa dell'ODCEC di Treviso, Vicepresidente APRI. Docente SAF Triveneta sui principi di attestazione dei piani, ha all'attivo alcune pubblicazioni in riviste di settore.

Daniele Giuffrida, Dottore commercialista e revisore legale in Milano, Cultore di gestione di impresa e creazione di valore presso l'Università degli Studi di Bergamo, membro della Commissione di studio Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano.

Giovanni Battista Nardecchia, Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione, sino al giugno 2020 giudice del tribunale di Monza, assegnato alla terza sezione civile dove ha svolto le funzioni di giudice delegato ai fallimenti e di giudice delle esecuzioni. È stato componente della commissione di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo in vista dell'approvazione del disegno di legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (decreti ministeriali 5.10.2017e 16.11.2017) (Pres. Renato Rordorf).

Daniele Nataloni, Avvocato, socio di LCA Studio Legale, esperto nelle materie del diritto commerciale, del diritto dei mercati finanziari e della gestione della crisi di impresa.

Alessandro Pais, Dottore commercialista e Revisore Legale, ricopre incarichi di curatore e commissario giudiziale, consulente tecnico presso i Tribunali di Napoli e Nocera Inferiore. Partecipa al gruppo di lavoro della Commissione Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza dell'ODCEC di Napoli.

Michele Petriello, Avvocato, Equity Partner di LCA Studio Legale, collabora stabilmente con il Tribunale di Milano come Curatore e Commissario Giudiziale. È iscritto nell'Elenco degli Esperti per la Composizione Negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Alessandro Solidoro, Dottore commercialista, Revisore Legale e Chartered accountants (CPA) in Italia e Inghilterra. È Professore a contratto presso l'Università Bicocca di Milano.

Alessandro Turchi, Dottore commercialista in Milano e Membro del Gruppo di Lavoro "Adeguati assetti organizzativi e strumenti di regolamentazione della crisi" della Commissione Crisi d'impresa dell'ODCEC di Milano.

PARTE VI

Martino Amadardo, Avvocato ed Executive MBA presso Università L. Bocconi. Partner e Direttore Generale di Studio Danovi Professionisti Associati. È advisor legale nell'accesso a procedure concorsuali e curatore fallimentare.

Daiana Argnani, Avvocato, esperto in materia di crisi d'impresa. Responsabile Special Projects di Abilio S.p.A.

Elisabetta Busuito, Avvocato penalista abilitata al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori e Partner di B-hse.law, membro di diversi Organismi di Vigilanza. Svolge attività di assistenza giudiziale e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

consulenziale in tutti i rami del diritto penale d'impresa, nonché in materia di responsabilità degli enti *ex* Dlgs 231/2001.

Lorenzo Gorgoglione, Dottore commercialista e Revisore Legale in Milano. Socio fondatore e presidente del Collegio dei Probiviri dell'Associazione Concorsualisti Milano. Svolge attività di Curatore fallimentare, Commissario Giudiziale, Liquidatore Giudiziale, Consulente Tecnico del Giudice presso il Tribunale di Milano.

Daniele Portinaro, Avvocato, fondatore e partner dello studio "Elexia avvocati & commercialisti", professionista esperto in crisi d'impresa e fallimento, membro della commissione procedure concorsuali dell'Ordine degli avvocati di Milano, ricopre incarichi di curatore fallimentare, commissario giudiziale nonché di amministratore indipendente in società.

Marco Rubino, Dottore commercialista e revisore legale, da più di vent'anni si occupa di crisi d'impresa, prestando la propria attività sia nell'ambito della consulenza a clienti privati, sia ricoprendo incarichi di curatore fallimentare e commissario giudiziale presso il Tribunale di Milano e di Busto Arsizio.

PARTE VII

Maria Chiara Bassi, Dottore commercialista e revisore legale in Milano, curatore fallimentare presso il Tribunale di Piacenza e Cultore di economia e gestione delle imprese presso l'Università degli Studi di Bergamo.

Stefania Bocchino, Dottore commercialista e Revisore legale in Monza. Svolge il ruolo di Ausiliario del Giudice nella circoscrizione del Tribunale di Monza, assumendo incarichi di Curatore Fallimentare e Professionista facente funzioni di Organismo di Composizione della Crisi.

Matteo Ceschin, Senior associate del dipartimento Corporate di Bird & Bird presso la sede di Milano. Assiste i clienti, sia in qualità di debitori che di creditori o investitori, in ogni aspetto riguardante procedure di insolvenza e di crisi, nonché in operazioni distressed M&A nell'ambito di operazioni UTP. Inoltre, si occupa della redazione e negoziazione di accordi con banche, debitori, investitori e creditori nel settore della ristrutturazione del debito.

Alberto Crivelli, Magistrato, consigliere presso la Corte di Cassazione civile, già giudice delegato e dell'esecuzione presso il Tribunale di Monza, e in precedenza presso il Tribunale di Lodi, Relatore ed esperto formatore in numerosi incontri di formazione organizzati dal CSM, dalla SSM, da enti e ordini professionali.

Gerardo Diamanti, Dottore commercialista e revisore legale in Bologna, svolge attività di consulenza nell'ambito dei sistemi di controllo interno e internal audit, e si occupa dello studio, sviluppo ed adozione dei modelli organizzativi previsti dalla normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti, la cd 231/01.

Mario Difino, Dottore commercialista e Revisore legale in Milano. Ricopre incarichi di sindaco in società nazionali e multinazionali, è membro della Commissione di studio Controllo societario e revisione dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano.

Gianluca Leotta, Avvocato con consolidata esperienza nel settore del corporate *finance*, in operazioni di Venture Capital, di M&A e di Private Equity assistendo clienti corporate in operazioni straordinarie di fusione, acquisizione, nonché investitori istituzionali in operazioni di *real estate*, *private equity, venture capital e restructuring.*

Raffaele Marcello, Dottore commercialista e Revisore legale dei conti. Professore Universitario di Economia aziendale. Consulente Tecnico d'ufficio del Tribunale Civile e Penale di Santa Maria Capua Vetere (CE).

Vincenzo Maria Marzuillo, Dottore Commercialista e Revisore Legale, è amministratore giudiziario, curatore, commissario e liquidatore giudiziale presso i Tribunali di Milano. Esperto in operazioni di finanza straordinaria d'impresa e gestione della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Giovanni Massoli, Dottore Commercialista e Revisore Legale, svolge l'attività di curatore, commissario giudiziale e liquidatore giudiziale presso il Tribunale di Milano.

Matteo Meroni, Senior associate del dipartimento Corporate di Bird & Bird presso la sede di Milano. Specializzato in Restructuring & Insolvency.

Michele Monteleone, Magistrato, Presidente del Collegio Esecuzione/Fallimenti (già G.D e G.E.) del Tribunale di Benevento; Professore a contratto presso l'Università LUM Giuseppe Degennaro in "Diritto e gestione delle Crisi di Impresa"; già Docente per il medesimo insegnamento presso l'Università degli Studi di Lecce e Bari.

Alberto Oliva, Internal auditor presso società quotate e Presidente di Organismi di vigilanza in imprese industriali e di servizi. Docente presso la Scuola Sammarinese di Alta Formazione per le Professioni Giuridiche ed Economiche.

Alida Paluchowski, Magistrato presidente della sezione fallimentare del Tribunale di Milano sino al 30 luglio 2022, già di quella esecuzioni e fallimenti del Tribunale di Monza. Titolare della cattedra di diritto fallimentare presso l'Università Statale Milano Bicocca tra il 2000 e 2010.

Massimo Parravicini, Ragioniere Commercialista in Monza e Revisore Legale in Lissone (MB) e membro della Commissione Lavoro dell'ODCEC di Monza e Brianza. È esperto giuslavorista nell'ambito delle procedure di crisi di impresa e collabora coi Tribunali di Monza, Milano e Lecco per tutte le questioni giuslavoristiche inerenti alle procedure concorsuali e di ristrutturazione d'impresa.
È CTU per i tribunali di Monza e Lecco in materia di lavoro.

Piervittorio Pigato, Avvocato, lavora in GVS SPA come legale e componente dell'Organismo di Vigilanza. Segue i temi di compliance, contrattualistica, proprietà intellettuale e assicurazioni.

Norman Regis, Avvocato in Milano, membro della Commissione Procedure Concorsuali Esecutive dell'Ordine degli Avvocati di Milano. Specializzato in materia concorsuale e nel settore delle azioni sociali di responsabilità verso amministratori e organi di controllo.

Edgardo Ricciardiello, Avvocato del Foro di Bologna nonché Professore Associato di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Bologna - Alma Mater Studiorum.

Patrizia Riva, PhD Bocconi, è Professore Associato nell'Università del Piemonte Orientale per i corsi Revisione aziendale, Internal Auditing, Corporate Governance e DNF. Componente della Commissione Crisi del CNDCEC, ha partecipato al coordinamento del Gdl "Principi di attestazione dei piani" e al GdL "Principi di redazione dei piani" e coordina il GdL OIBR "Informazioni non finanziarie per la crisi e gli adeguati assetti". Dal 1993 è Dottore Commercialista Revisore Legale, Ctu. Vicepresidente di APRI e componente del Comitato tecnico di OCRI.

Alberto Roda, Avvocato in Milano, specializzato in materia di crisi d'impresa e diritto concorsuale. È stato Magistrato presso il Tribunale di Monza dal 1993 al 2005, svolgendo le funzioni di Giudice delegato presso la Sezione Fallimentare, di Giudice dell'esecuzione e quindi di Giudice presso la Sezione Imprese.

Corrado Roda, Avvocato in Milano, cavaliere della Repubblica italiana, è specializzato in materia di crisi d'impresa e diritto concorsuale. È Presidente del Comitato Scientifico dell'AIRIC.

Alberto Salvadè, Partner, responsabile del dipartimento Corporate di Bird & Bird presso la sede di Milano. È Co-head dell'International Corporate Department nonché esponente del practice group di Corporate Restructuring and Insolvency.

Silvia Sinigaglia, Consulente e manager, esperta nei processi di gestione operativa della crisi e di turnaround, nello sviluppo ed esecuzione di piani di risanamento e di ristrutturazione del debito. Svolge attività di consulenza aziendale e strategica, ricoprendo spesso il ruolo di Turnaround Manager in società industriali e commerciali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Alessia Viscillo, Praticante legale, cultrice della materia di "Diritto e Gestione della Crisi di Impresa" - Jius 15 - Corso di Studi LMG - 01, Diritto ed Economia di Impresa, Università LUM Giuseppe Degennaro.

Paola Vola, PhD in Economia Aziendale, è Professore Aggregato dell'Università del Piemonte Orientale (Dipartimento per lo Sviluppo Sostenibile e la Transizione Ecologica) per i corsi di Programmazione e Controllo, Cost Management e Performance Measurement, Financial Statement and Performance Measurement, Aggregazioni aziendali e operazioni straordinarie d'impresa. Dottore commercialista e revisore legale dell'ODCEC di Torino.

Ilaria Zingali, Avvocato in Milano, esperta in crisi di impresa e risanamento aziendale. Presta consulenza a società quotate e non quotate- Vanta una comprovata esperienza nella consulenza ad amministrazione straordinarie delle grandi imprese in crisi, ha collaborato con le strutture della crisi d'impresa presso il Ministero dello Sviluppo Economico ed è stata recentemente nominata membro esperto del Comitato di Sorveglianza di una società in amministrazione straordinaria.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PREFAZIONE

L'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, rappresenta il primo atto di una nuova e profonda riforma della materia concorsuale. Alla luce degli effetti prolungati della pandemia da Covid-19, l'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza, originariamente prevista per il 14 agosto 2019, era stata spostata dapprima con il Dl 23/2020 al 1° settembre 2021, poi al 16 maggio 2022 dal Dl 118/2021 e, infine al 15 luglio 2022, data nella quale il Dl 36/2022 ha statuito l'entrata in vigore della nuova norma, nella sua versione completa[1].

Scende così il sipario sulla ormai datata legge fallimentare, concepita in un contesto economico e culturale superato, che cede il posto ad un approccio che sospinge la necessità di prevenzione e la ricerca della continuità aziendale. Da più parti era stata osservata l'opportunità di una nuova riforma organica, per armonizzare i molti interventi correttivi al Regio Decreto del 1942 succedutisi nell'ultimo decennio. Inoltre, era anche necessario recepire le sollecitazioni giunte dall'Unione Europea volte, da un lato, ad assicurare efficienza ed efficacia alle procedure d'insolvenza e, dall'altro, a fornire un quadro normativo che consenta alle imprese in difficoltà, di ristrutturarsi in una fase precoce e all'imprenditore insolvente, ma onesto, di avere una seconda "*chance*", come teorizzata e presente in altri ordinamenti ed altri istituti, tra cui il più noto è senz'altro il *Chapter 11* dello *U.S. Bancruptcy Code*.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, anche l'epoca della cesura netta tra il diritto dell'impresa *in bonis* e il diritto della crisi appare tramontata. Il sistema attuale prevede una commistione di regole improntate a due assunti fondamentali: il primo è che la crisi può costituire un evento fisiologico nella vita dell'impresa e non coincidere necessariamente con la fase terminale della stessa; il secondo è che la crisi dell'impresa sarà tanto più gestibile e superabile quanto più tempestivamente si intervenga.

Il presente volume, composto di sette sezioni distinte per principale argomento trattato, raccoglie i contributi sulla gestione della crisi d'impresa, pubblicati dal Sole 24 Ore a dispense nell'estate del 2022. Si tratta di un'opera complessa che ha coinvolto numerosi autori, tra i più noti studiosi, magistrati e professionisti che si sono prodigati per formulare un commento a caldo sulle principali innovazioni introdotte dal codice della crisi che andranno ad incidere sensibilmente sulla vita delle imprese italiane.

---

1 Il 17 marzo 2022 il Consiglio dei Ministri ha dato il via libera allo Schema di Decreto Legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della Direttiva (Ue) 2019/1023, anche nota come Direttiva Insolvency. Il 13 maggio 2022 è pervenuto il parere del Consiglio di Stato espresso a seguito dell'adunanza della Commissione speciale del 1° aprile 2022. Il 26 maggio 2022 sono pervenuti i pareri non ostativi con osservazioni delle Commissioni 2a e 5a del Senato, il parere favorevole della 14esima Commissione del Senato, i pareri favorevoli con osservazioni delle Commissioni II e XIV della Camera e il parere favorevole con condizione della Commissione V della Camera. In ultimo, la versione definitiva del decreto recante modifiche al Codice della crisi è stata approvata dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sia consentito, in questa introduzione, di riepilogare brevemente le principali novità di quella che si potrebbe definire la "riforma delle riforme" del diritto della crisi e la loro trattazione all'interno dell'elaborato.

La definizione di crisi e la sua emersione tempestiva

Una delle principali novità della riforma consiste nell'aver voluto fornire all'art.2 del CCI una precisa definizione della crisi d'impresa. Quest'ultima, seppur possa preannunciare un contesto di probabile futura insolvenza, deve essere intesa come una fase del ciclo di vita aziendale, che se individuata tempestivamente ed affrontata con gli opportuni provvedimenti e con gli strumenti messi a disposizione dal legislatore può essere risolta.

In quest'ottica l'attenzione del legislatore si concentra sulla possibile anticipata emersione e sulla volontà di integrazione della disciplina sugli assetti societari (cuore della funzione gestoria di tutte le imprese) attraverso un opportuno raccordo tra il diritto societario e il diritto della crisi. A tale scopo, uno degli aspetti innovativi di primaria rilevanza del Codice, tanto nella sua versione originaria del 2019 che nella successiva riforma del 2022, è la modifica dell'articolo 2086 del codice civile, in forza del tenore degli articoli 375 e 377 del Codice della crisi, che impone all'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale. Si tratta del necessario anello di collegamento organizzativo che rende tempestivamente edotti gli amministratori in merito al possibile stato di crisi, permettendo, quando vi è necessità, di optare per uno degli strumenti di regolazione della crisi previsti dal Codice.

Il testo, nella sua prima parte, dopo aver fornito un quadro introduttivo sugli adeguati assetti tra il Codice della crisi e il Codice civile nonché sulla funzionalità degli stessi alla rilevazione precoce della crisi, si sofferma sugli organi amministrativi e di controllo preposti all'istituzione e alla vigilanza di tali presidi, nonché sulle conseguenze, in termini di responsabilità, derivanti dalla inottemperanza del dovere di dotarsi degli assetti in questione e di attivazione per porvi rimedio. In seguito, si focalizza l'attenzione sulla definizione e sulla adeguatezza ai fini della rilevazione tempestiva della crisi e della salvaguardia del *going concern* di ciascuno degli assetti citati dall'art. 2086, secondo comma, del Codice civile: assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Ciascuno di tali presidi viene esaminato secondo una prospettiva operativa e aziendalistica, focalizzandosi su specifici aspetti quali il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi aziendali, il controllo di gestione funzionale alla rilevazione tempestiva di disfunzioni, la prevenzione strategica della crisi mediante l'analisi di bilancio focalizzata su specifici aspetti gestionali, le tematiche *Environmental*, *Social and Governance* (Esg), un excursus sugli Orientamenti Eba e la funzionalità degli adeguati assetti rispetto ai processi di valutazione del merito creditizio. Conclude l'analisi degli assetti societari nelle micro, piccole e medie imprese (Mpmi) e una disamina sugli adeguati assetti nelle controllate pubbliche.

Il testo della seconda parte ha una digressione rispetto ai contenuti strettamente presentati dal novello Codice, al fine di approfondire la tematica della mediazione nella soluzione della crisi d'impresa. Tale scelta è stata assunta in quanto vi è uno stretto collegamento tra la mediazione di una controversia e gli strumenti che, a norma del riformato articolo 2086 Codice civile, devono consentire all'impresa di salvaguardare la continuità aziendale. Infatti, la trattativa per la

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

conclusione di un contratto o per la sua rinegoziazione, la mediazione di una controversia con un cliente o con un fornitore possono essere viste come altrettanti mezzi per il mantenimento o la ricostituzione di un equilibrio aziendale dinamico e costituiscono anch'esse parte degli assetti aziendali che devono mirare alla continuità dell'attività d'impresa. Inoltre, la recente riforma del processo civile, prevista dalla legge 206/2021, delega il Governo a effettuare una revisione degli "strumenti di risoluzione alternativa delle controversie" ampliando i casi di "mediazione obbligatoria" a numerosi contratti d'impresa. La legge prevede anche misure premiali per i magistrati che demanderanno in mediazione controversie già sottoposte al loro giudizio e facilita il ricorso alla mediazione per le attività di diritto privato della Pubblica amministrazione.

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

Con il decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, il legislatore aveva segnato un passaggio da un diritto per gestire le crisi d'impresa ad un diritto per l'impresa, tramite procedure e strumenti che aiutano la ripresa, lo sviluppo e la reimmissione sul mercato delle realtà produttive meritevoli. Il Dl 118/2021, voluto dalla ministra Cartabia e messo a punto dalla Commissione di esperti presieduta dalla prof.ssa Ilaria Pagni, ha quindi introdotto uno strumento per il superamento della crisi, la c.d. Composizione negoziata della crisi, che lascia la gestione dell'impresa all'imprenditore, affiancato da un esperto indipendente che svolge un ruolo di mediatore e facilitatore nelle trattative con i creditori e le parti interessate. Così facendo, il legislatore delegato ha scelto di accantonare definitivamente gli OCRI, originariamente contemplati nella prima versione del Codice della Crisi, e di affidare al suddetto esperto l'incarico di assistere l'imprenditore in sede stragiudiziale nella prospettiva di risanare l'impresa (art. 12, co. 2, Dlgs 14/2019).

L'art. 6 del decreto recante modifiche al Codice della crisi ha sostituito il Titolo II della prima parte del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, (precedentemente dimora delle norme che disciplinavano l'OCRI) trasponendo al suo interno, con gli articoli da 12 a 25 *undecies*, la composizione negoziata della crisi. Così nel Capo I del Titolo II del Codice è ora inserita tale disciplina che si sostanzia nelle norme che istituiscono la piattaforma telematica, le modalità di scelta dell'esperto, i requisiti dello stesso, i doveri delle parti, le disposizioni sulle modalità di avvio e di svolgimento della composizione negoziata, gli incidenti giurisdizionali per la protezione del patrimonio dell'impresa, la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione, le norme sulla gestione durante le trattative, le autorizzazioni del tribunale funzionali alle soluzioni di risanamento, i possibili esiti, i gruppi di imprese, le misure premiali, i criteri di liquidazione del compenso dell'esperto, le imprese sotto soglia, commerciali e agricole, chiudendo con i limiti di accesso alla composizione negoziata. Il Capo II, invece, disciplina la procedura che può essere attivata solo all'esito negativo della composizione: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Infine, il Capo III contiene le ulteriori misure di *early warning* e di ausilio alle imprese: le segnalazioni degli organi di controllo, dei creditori pubblici qualificati e delle banche, nonché l'istituzione del programma informatico per gli indebitamenti di minima entità.

La terza sezione del volume è quindi dedita a fornire una guida sul nuovo strumento, con un *focus* sulla figura dell'esperto indipendente quale facilitatore e mediatore tra gli interessi dell'imprenditore e quelli delle altre parti, primi fra tutti i creditori. Il capitolo inizia con una disamina degli aspetti procedurali della composizione negoziata (focalizzandosi sulla piattaforma telematica nazionale nella quale deve essere inserita la richiesta di nomina dell'esperto) e dei presup-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

posti per l'accesso; prosegue con l'analisi delle misure protettive e cautelari che possono essere richieste al fine di agevolare le trattative anche alla luce dei provvedimenti sinora rinvenibili, della delicata gestione dell'impresa durante l'iter e delle misure premiali per l'imprenditore. Gli esiti principali del nuovo strumento di composizione della crisi, il ruolo dell'organo di controllo e le indicazioni operative sulla figura dell'esperto, sulle sue competenze, sulla necessaria formazione, sulle sue responsabilità penali e sull'analisi delle concrete prospettive di risanamento e sulla sostenibilità dell'indebitamento costituiscono il "corpo centrale" di questa sezione del libro che si chiude con i necessari chiarimenti in merito al connubio tra adeguati assetti societari ex art. 2086 del Codice civile, al test autodiagnostico, alla *check list* particolareggiata e alle problematiche collegate alla gestione dei rapporti di lavoro. A conclusione dell'argomento, viene riportata una disamina dei principali provvedimenti pubblicati in relazione alla conferma delle misure protettive e cautelari, nonché all'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, quali specifiche situazioni che, all'interno della composizione negoziata, richiedono l'intervento dell'autorità giudiziale.

I piani attestati e gli accordi di ristrutturazione

Le nuove riguardanti gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sono ora contemplate al Titolo IV del Codice fra gli strumenti di regolazione della crisi. Sia i piani attestati che gli accordi rappresentano istituti giuridici già presenti nel nostro ordinamento tra quelli negoziali di natura stragiudiziale, ovvero rimessi alla libertà delle parti ancorché i secondi, a differenze dei primi, sono sottoposti al controllo del tribunale con il procedimento di omologa.

Nella riforma, in forza dei principi contenuti nella legge delega, sono stati tuttavia integrati e potenziati al fine di incentivarne l'utilizzo per la risoluzione della crisi d'impresa. Per i piani attestati di risanamento, la principale novità è rappresentata dall'autonoma identità che la riforma ha loro conferito. Mentre nella legge fallimentare i piani attestati erano previsti soltanto in modo indiretto all'interno di norme riguardanti l'esenzione da revocatoria, nel Codice l'istituto è contemplato a pieno titolo tra gli strumenti di regolazione della crisi con disciplina apposita, autonoma e positiva. Tale disciplina, contenuta nell'art. 56 del Codice, delinea l'ambito di applicazione dei piani di risanamento, ne stabilisce la forma e il contenuto minimo obbligatorio, oltre a confermarne la necessità di attestazione, nonché la natura privatistica degli accordi contenuti nel piano.

Negli articoli da 57 a 64 del Codice è invece contenuta la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti; diverse sono le novità riguardanti l'istituto, introdotte per incentivarne l'accesso e per ampliarne l'utilizzo. Tra queste rientra la possibilità di rendere omologabili, a determinate condizioni, gli accordi stipulati con creditori rappresentanti "soltanto" il 30% dell'esposizione debitoria (c.d. accordi di ristrutturazione "agevolati" di cui all'art. 60 CCI) e il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, di cui agli articoli 64 *bis* e seguenti del Codice della crisi. Come evidenziato dai primi commentatori, tale nuovo strumento si può collocare in una posizione intermedia tra gli accordi di ristrutturazione del debito e il concordato preventivo: dal primo si differenzia in quanto non impone che i creditori estranei siano soddisfatti integralmente, mentre dal secondo si distanzia per l'assenza di una regola distributiva del patrimonio. Altra novità è rappresentata dall'applicabilità degli accordi ad efficacia estesa anche nei confronti di ogni cate-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

goria di creditori, e non soltanto degli intermediari finanziari come previsto nell'art. 182-*septies* della legge fallimentare; si tratta della possibilità di estendere, a determinate condizioni, ai creditori non aderenti gli effetti degli accordi stipulati con la maggioranza di essi.

Ulteriore novità di grande rilievo riguarda il trattamento dei crediti tributari con una norma che, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, consente al Tribunale di imporre l'accordo all'amministrazione finanziaria quando l'adesione di quest'ultima risulti decisiva per il raggiungimento delle maggioranze.

Il potenziamento dei due istituti stragiudiziali, attuato con l'introduzione delle citate disposizioni innovative, risulta coerente con uno dei principali obiettivi perseguiti della riforma, rappresentato dall'emersione precoce della crisi. I due istituti appaiono infatti quali strumenti idonei a gestire situazioni di crisi che, grazie alle procedure di allerta, saranno precocemente individuate.

In tale contesto normativo, che ha subito profonde innovazioni anche a seguito del decreto di recepimento della Direttiva, la quarta sezione, analizza gli strumenti del piano attestato di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti anche nelle nuove forme previste dalla riforma e, infine, il nuovo Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

Il concordato preventivo

L'istituto del concordato preventivo è ora disciplinato dall'art. 44, disposizione che, nell'ambito del c.d. procedimento uniforme, trova applicazione sia quando l'iniziativa sia stata assunta dal debitore, sia qualora il debitore, destinatario di una domanda di liquidazione giudiziale, si sia voluto difendere non limitandosi a chiedere di respingere la richiesta bensì instando per regolare la propria crisi con tale strumento. L'art. 44 del CCI disciplina sia l'ipotesi di domanda di concordato c.d. con riserva, in cui il ricorso sia diretto ad ottenere l'assegnazione dei termini per il deposito del piano, della proposta e dei documenti elencati dall'art. 39, sia l'ipotesi in cui il debitore depositi una domanda "completa". Poiché l'introduzione della composizione negoziata della crisi e delle ulteriori misure di *early warning* di ausilio alle imprese dovrebbe condurre ad una tempestiva emersione della crisi,. la norma prevede, in caso di domanda c.d. "in bianco", la fissazione di un termine minimo (trenta giorni in luogo dei sessanta previsti dalla previgente normativa) e massimo (sessanta in luogo dei centoventi), con possibilità di proroga (di non oltre sessanta giorni) esclusivamente in mancanza di domande di liquidazione giudiziale. Ciò nell'evidente intento di scoraggiare un utilizzo abusivo del concordato come strumento di difesa (e differimento) dalla trattazione della richiesta di liquidazione giudiziale.

Con riferimento al contenuto del piano e della proposta il Codice apporta significative modifiche al concordato con continuità aziendale ed a quello liquidatorio. Il legislatore manifesta un evidente apprezzamento per il concordato con continuità aziendale, per una soluzione della crisi che consenta la salvaguardia dell'azienda in funzione (*going concern*) e la tutela dei posti di lavoro ed una chiara avversione per soluzioni meramente liquidatorie. La salvaguardia dell'azienda è favorita con l'ampliamento dell'ambito di applicazione del concordato con continuità aziendale indiretta, caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività in capo ad un altro imprenditore in forza di cessione o conferimento d'azienda, concordato che può ora essere preceduto da affitto, stipulato anche anteriormente purché in funzione della presentazione del ricorso. La tutela dei posti di lavoro con l'imposizione dell'obbligo, sempre nell'ipotesi di continuità indiretta, del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione, precetto quest'ultimo privo di reale efficacia dato che il suo mancato rispetto non potrebbe da solo determinare la risoluzione del concordato. La tutela è evidente anche nel concordato c.d. misto dove la disciplina di favore della continuità si applicherà anche al piano di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

L'articolo 87 contiene alcune significative novità rispetto all'attuale disciplina. In primo luogo, l'indicazione delle azioni recuperatorie e risarcitorie esercitabili, con l'obbligo di segnalare, tra queste, quelle proponibili solo dal curatore in caso di apertura della liquidazione giudiziale ed evidenziando quali siano le prospettive di recupero. Invero tale norma consente ai creditori di valutare con maggior consapevolezza il piano e la proposta ai fini del voto in relazione al profilo della convenienza. Sempre in quest'ottica il piano deve indicare il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale. Il comma 6 dell'art. 84 CCII conferma la regola *dell'absolute priority rule* sul valore di liquidazione e la *relative priority rule* sul valore eccedente quello di liquidazione. Il comma 7 impone di applicare ai lavoratori la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione che sul valore di continuità e fa salvi i diritti pensionistici garantiti dall'articolo 2116 del Codice civile, in attuazione dell'articolo 1, paragrafo 6 della direttiva. Nell'art. 84, comma 3, del CCII viene ribadito che a ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. E viene precisato che tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa. Ai sensi dell'art. 84, comma 4, nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta deve prevedere un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda ed assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo. L'art. 85 CCII conferma, come regola generale, la suddivisione facoltativa dei creditori in classi. Regola generale che subisce alcune significative eccezioni: l'articolo 85 comma 2 dispone che la suddivisione dei creditori in classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate. Ai sensi del comma 3 dell'art. 85 CCII nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria.

La disciplina della revoca del provvedimento di concessione del termine o di revoca dell'ammissione è sostanzialmente identica a quella contenuta negli articoli 161, 162 e 173 L. fall. Con il decreto di apertura si fa luogo, tra l'altro, alla nomina del giudice delegato ed alla fissazione della data iniziale e finale del voto e del termine per le comunicazioni ai creditori. All'emissione di questo provvedimento si ricollega la prededucibilità, nei limiti del 75%, dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato, mentre per i crediti sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione è richiesto che essi siano omologati.

Del tutto innovativa è la disciplina sullo svolgimento delle operazioni di voto. La legge delega ha imposto di sopprimere l'adunanza dei creditori che è stata sostituita dall'espressione del voto per via telematica. L'art. 109 CCII contiene nei primi quattro commi le regole generali sul diritto di voto e sulle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta e del piano di concordato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il concordato in continuità aziendale è approvato solamente col voto favorevole di tutte le classi di creditori, secondo un criterio di proporzione del voto legato all'entità dei crediti posseduti dai creditori votanti. Con il decreto di attuazione della direttiva *Insolvency* è stata profondamente innovata la disciplina dell'omologazione che è ora contenuta in due diverse disposizioni: l'art. 48 e l'art. 112 CCII. L'art. 48 CCII contiene le norme processuali del giudizio di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Il procedimento di omologa dettato dal CCII non si discosta sostanzialmente da quanto disposto dall'art. 180 L. fall. Ai sensi dell'art. 116 CCII 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. L'art. 112 CCII disciplina il giudizio di omologazione del concordato preventivo e in continuità aziendale, evidenziando quali debbano essere le verifiche compiute dal tribunale e dettando le regole per l'omologazione nell'ipotesi di ristrutturazione trasversale dei debiti e il giudizio di convenienza secondo quanto delineato dal diritto unionale (art. 11 par. 1 lettere a), b) e c) della direttiva 2019/1023 Ue). L'art. 118 amplia gli strumenti di controllo e di intervento del tribunale nella fase esecutiva del concordato mutuandoli da quanto ora previsto relativamente all'esecuzione delle proposte concorrenti. La disposizione prevede che il tribunale possa attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a porre in atto gli adempimenti omessi dal debitore, in violazione dell'obbligo che su di lui incombe di compiere tutto ciò che è necessario per dare esecuzione alla proposta, sia stata questa da lui presentata o sia stata omologata quella presentata da un creditore. Particolarmente significativa è anche la modifica sulla risoluzione del concordato in quanto dispone che la legittimazione ad agire spetti non soltanto ai creditori ma anche al commissario giudiziale ove un creditore gliene faccia richiesta. L'attribuzione anche al commissario giudiziale della legittimazione, espressamente prevista dalla legge delega (art. 6, comma 1, lettera m) è finalizzata ad evitare che vi siano procedure concordatarie che si prolungano per anni ineseguite in quanto i creditori, spesso scoraggiati dall'andamento della procedura e preoccupati dei costi per l'avvio di un procedimento giudiziale, non si vogliono assumere l'onere di chiederne giudizialmente la risoluzione. Il tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato.

Tutte queste tematiche sono riprese e approfondite all'interno della quinta parte del volume interamente dedicata ad evidenziare le novità del concordato.

La liquidazione giudiziale

Come enunciato a più riprese, nel mettere nuovamente mano alla materia concorsuale, il legislatore si è esplicitamente preposto l'obiettivo di adeguare gli istituti ai mutati tempi, al contesto sociale e alle attuali esigenze delle imprese. Da qui la necessità di eliminare lo stigma sociale, un tempo associato al fallimento, nella comprensione che il rischio imprenditoriale possa comportare la possibilità di insuccesso, ma che, non necessariamente, questo deve precludere future nuove possibilità. La "liquidazione giudiziale", cui è dedicato il titolo V del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è quindi la procedura che sostituisce, nella sua formulazione lessicale, il fallimento e ciò in attuazione di quanto espressamente previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a) della l. 155/2017. La nuova definizione consegue alla necessità di riconsiderare il fallimento che, nell'interesse del sistema Paese, non può più avere solo la finalità di espulsione dal mercato delle imprese decotte con una connotazione punitiva.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel corso degli anni, la prassi ha evidenziato numerose criticità della procedura fallimentare disciplinata dal R.D. 16 marzo 1942 n. 267, a partire dalla modesta soddisfazione dei creditori nel recupero dei crediti deteriorati, dall'eccessiva dilazione temporale delle fasi antecedenti e successive alla vendita dell'attivo dell'impresa. Ciò ha portato, come ricordato da numerosi commentatori, a significative esternalità negative a livello di sistema, rappresentate da una minore riallocazione delle risorse, un maggior costo del credito e financo a una produttività decrescente e ridotti investimenti delle imprese per la minor propensione al rischio.

Al di là dell'aspetto terminologico va segnalato che la liquidazione giudiziale non presenta importanti stravolgimenti rispetto all'impostazione che già tratteggiava l'istituto del fallimento.

I molteplici principi di delega, e da ultimo il recepimento della c.d. Direttiva *Insolvency*, appaiono accomunati dallo scopo di rendere la procedura di liquidazione più rapida e snella, mantenendo comunque l'impostazione di impianto ben rodata e che la giurisprudenza in oltre 60 anni ha sempre applicato nelle aule giudiziarie.

Rapidità e snellezza dovevano in primo luogo essere assicurate da una più elevata professionalità dei curatori prevendendo un albo nazionale in cui devono iscriversi tutti i professionisti che ambiscono ad esercitare il ruolo di curatore.

Non sono previste modifiche di rilevante portata per la disciplina delle azioni revocatorie e la disciplina dei rapporti pendenti, rimanendo invariata l'idea per cui la funzione liquidatoria della procedura deve realizzarsi non soltanto attraverso la conversione in denaro dei diritti e dei beni (materiali o immateriali) del debitore, ma anche mediante la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti da contratti da lui stipulati e tuttora pendenti quando la procedura prende avvio.

Il procedimento di accertamento del passivo è stato improntato a criteri di maggiore rapidità, snellezza e concentrazione, con la previsione della presentazione telematica delle domande tempestive di creditori e terzi, anche non residenti nel territorio nazionale e la fissazione di limiti più stringenti alla presentazione delle domande tardive. La necessità di una maggiore rapidità della procedura di liquidazione giudiziale è stata evidenziata anche dal recente intervento del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, che tra gli altri ha modificato l'articolo 213 del Codice riducendo i termini di presentazione del programma di liquidazione da parte del curatore, nonché i termini entro i quali deve essere effettuato il primo esperimento di vendita. Inoltre, con il Codice della crisi è stata integrata la disciplina della chiusura della procedura in pendenza di procedimenti giudiziari, specificando che essa concerne tutti i processi nei quali è parte il curatore, comprese le azioni per l'esercizio dei dritti derivanti dalla liquidazione giudiziale e dalle procedure esecutive, nonché le azioni cautelari ed esecutive finalizzate

ad ottenere l'attuazione Non può poi non richiamarsi l'ulteriore elemento di novità previsto dall'articolo 211 dove al primo comma viene espressamente chiarito come l'apertura della liquidazione giudiziale non determina quale effetto automatico la cessazione dell'attività di impresa. La precisazione rappresenta un tassello dell'esigenza immanente a tutta la riforma e quindi anche nella procedura di liquidazione giudiziale di incentivare, o perlomeno proteggere, i posti di lavoro, e la continuità. La relazione ministeriale che accompagna il provvedimento precisa che l'obiettivo di salvaguardare l'attività di impresa ha indotto il legislatore ad apportare alcune modifiche all'istituto dell'esercizio provvisorio, allo scopo di incentivare la prosecuzione dell'attività nella liquidazione giudiziale. Tale obiettivo, con ovvie ripercussioni in termini di conservazione del valore aziendale, non deve comunque far perdere di vista il principio cardine del diritto concorsuale che era e resta la tutela degli interessi dei creditori. Viene infatti riconfermato che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'esercizio provvisorio, ossia la prosecuzione dell'attività nel corso della liquidazione giudiziale, se pur nella sua nuova veste prevista dal nuovo articolo 212, non deve arrecare pregiudizio alle aspettative di soddisfacimento dei creditori.

Al fine di tutelare i creditori è espressamente previsto al primo comma che l'automatismo della prosecuzione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte del curatore sia subordinata a due prerogative. La prima (in sede di apertura della liquidazione giudiziale) è rappresentata dall'autorizzazione espressa del tribunale, con la sentenza che dichiara aperta la procedura liquidatoria quando dall'interruzione può derivare un danno grave. La seconda si rinviene in sede di continuazione della liquidazione giudiziale ed è costituita dall'autorizzazione del giudice delegato, con il parere favorevole del comitato dei creditori, cui è attribuito un ruolo decisivo, ora chiamato con cadenza trimestrale a pronunciarsi sull'opportunità della prosecuzione.

Il testo, grazie ai contributi contenuti nella sesta sezione, permette di delineare gli aspetti chiave della liquidazione giudiziale, anche alla luce delle modifiche apportate dal Dlgs 83/2022. Sono quindi trattati: l'iniziativa per l'accesso alla liquidazione giudiziale, il nuovo procedimento unitario e le misure cautelari e protettive. In seguito, l'analisi si focalizza sulla custodia e amministrazione dei beni durante la procedura liquidatoria e sul concordato nella liquidazione giudiziale. In ultimo, vengono affrontati i delicati aspetti penali.

La settima e ultima parte del libro approfondisce principalmente le figure professionali con funzioni di amministrazione e di controllo, e quelle che conducono al successo i processi di *turnaround* è non solo utile, ma necessario per capire come l'assetto imprenditoriale si stia modificando e come evitare macroscopiche responsabilità in caso di crisi dell'impresa. Tra essi si pongono in luce i c.d. comitati di controllo rischi. Nell'ambito del controllo si approfondiscono i ruoli di figure come i dirigenti responsabili del controllo di gestione e gli *internal auditors* o il sistema di controllo interno, cui si aggiungono il collegio sindacale o il sindaco unico, gli organismi di vigilanza, la cui funzione di prevenzione dei reati può essere implementata e connessa agli altri sistemi di controllo, ed infine le società di revisione.

Considerazioni di sintesi

In sintesi, dopo 80 anni dal 1942 ha visto la luce un *corpus* legislativo omogeneo che si occupa della crisi d'impresa, un codice vero e proprio, che detta norme anche per la vita ordinaria dell'impresa al fine di prevenire le manifestazioni patologiche e che appronta meccanismi per individuare tempestivamente la crisi e procedure per porvi rimedio. La legge è ispirata ad alcune linee guida, tra cui è protagonista indiscussa l›esigenza di emersione anticipata della crisi, ovvero di rilevazione tempestiva dei sintomi, al fine di una strategia di prevenzione più che di cura. Questa attenzione ha le sue radici nella raccomandazione europea del dicembre 2018 che indica negli *early warning tools*, gli strumenti per combattere la tendenza di tutti debitori ad affrontare in ritardo le difficoltà, fenomeno comune a tutti i paesi europei. Lo scopo dichiarato non è solo quello di indurre ad una scelta procedurale che preveda la continuità aziendale (anche se essa è certamente preferita), ma è anche rendere consapevole l'imprenditore che la sua attività non può sempre proseguire nelle forme in cui si sta svolgendo. Ciò posto, il codice tende a favorire, mediante incentivi, l'emersione spontanea della crisi formulando in più parti una preferenza per la continuità, diretta o indiretta, riconosciuta anche tramite l'affitto, l'usufrutto o la cessione a terzi, purché strumentale alla individuazione di una soluzione regolata della crisi. È infatti evidente

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che tanto più anticipata è la percezione della crisi tanto più facilmente le proposte del debitore in sede di procedure minori saranno ricevibili anche per il minor deterioramento della situazione. La tempestiva emersione dovrebbe inoltre ridurre il periodo di mancato rispetto delle obbligazioni tributarie e previdenziali da parte dell'imprenditore, con ciò ovviando ad un problema nei conti dello Stato e auna forma di sleale concorrenza che ha purtroppo assunto dimensioni preoccupanti negli ultimi anni.

Dal punto di vista strutturale la scelta è stata quella di creare un procedimento uniforme di regolazione della crisi, che riconosce i principi di semplificazione, armonizzazione e celerità che caratterizzano la riforma, all'interno del quale si possono valutare le necessità della situazione concreta in cui l'impresa si trova e optare per le varie soluzioni. Per arrivare ad un procedimento unico valido, occorre che alla sua base ci sia una struttura solida che tenda appunto a far emergere la crisi ad un livello in cui essa sia ancora affrontabile e risolvibile e non si sia tramutata in una situazione irreversibile.

Solo il tempo potrà dire se tale modifica e le altre contenute nel nuovo Codice saranno correttamente recepite dalle imprese italiane e, opportunamente applicate dagli imprenditori e dai loro professionisti, consentiranno di aumentare la competitività del Paese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE I

Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

La nuova riforma del Codice della crisi d'impresa

Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

SOMMARIO: 1.1 Il recepimento della Direttiva Insolvency – 1.2 Strumenti di regolazione della crisi e insolvenza e nuova definizione di crisi – 1.3 Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa – 1.4 Doveri delle parti e obbligo di consultazione sindacale – 1.5 Pubblicazione delle informazioni e lista di controllo – 1.6 Durata massima delle misure protettive – 1.7 Composizione negoziata della crisi, piattaforma telematica e obblighi di segnalazione – 1.8 Domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alla liquidazione giudiziale, apertura e omologazione – 1.9 Misure cautelari e protettive e relativo procedimento di concessione – 1.10 Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione – 1.11 Il concordato preventivo – 1.12 Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società

1.1 Il recepimento della Direttiva Insolvency

Il 15 giugno 2022 il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore è stata da ultimo differita al 15 luglio 2022 dal Dl n. 36 del 30 aprile 2022, oltre che per ragioni connesse allo scoppio della pandemia, anche per adeguarne gli istituti alla Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dei Ministri del 20 giugno 2019, n. 2019/1023/Ue, nota come Direttiva *Insolvency*.

Quest'ultima, che modifica la Direttiva (Ue) 2017/1132, riguarda "*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*", come cita la sua intitolazione.

La Direttiva intende garantire il corretto funzionamento del mercato interno e il pieno esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei capitali e stabilimento, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. Tale finalità è perseguita dal legislatore comunitario facendo salvi i diritti dei lavoratori e garantendo alle imprese e agli imprenditori in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a misure nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva, che consentano loro la prosecuzione dell'attività, laddove risanabili, nonché il conseguimento dell'esdebitazione in un lasso di tempo che permetta di rientrare nel ciclo produttivo.

Al fine di conseguire tali obiettivi, il legislatore comunitario chiede agli Stati membri la pre-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disposizione di "quadri di ristrutturazione", ossia misure e procedure che, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle attività, passività o del capitale delle imprese, anche attraverso la vendita di attività, di parti dell'impresa o della stessa nel suo complesso, consentano ai debitori un risanamento precoce che possa prevenire l'insolvenza, evitando la liquidazione delle imprese sane in difficoltà. Ciò dovrebbe "impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso" (Considerando 2). Analogamente, il legislatore esprime l'esigenza che le imprese non risanabili, o che non possano tornare ad esserlo in tempi brevi, vengano liquidate senza ritardo al fine di evitare che gli sforzi di ristrutturazione possano comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori, delle altre parti interessate e del sistema economico nel suo complesso.

La Direttiva persegue, altresì, gli obiettivi di prevenire l'accumulo di crediti deteriorati, ridurre al minimo le perdite per i creditori nella catena di approvvigionamento, preservare il *know-how* e le competenze, nonché ridurre la durata delle procedure di ristrutturazione e favorire l'ottenimento dell'esdebitazione. Infatti, la possibilità per gli imprenditori di ottenere più facilmente l'esdebitazione dovrebbe contribuire a evitare la loro esclusione dal mercato del lavoro e a ricominciare l'attività imprenditoriale, traendo insegnamenti dall'esperienza vissuta. Inoltre, la riduzione della durata delle procedure di ristrutturazione dovrebbe determinare un aumento dei tassi di recupero per i creditori, in quanto sovente il decorso del tempo comporta un'ulteriore perdita di valore del debito.

Il decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa recepisce, come si legge nella Relazione Illustrativa, la Direttiva Ue 2019/1023. Le novità introdotte dalla riforma si articolano in alcune principali direttive:

- strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
- la trasposizione nel corpus normativo del Codice della crisi della composizione negoziata;
- l'emersione anticipata della crisi attraverso la definizione di un contenuto sostanziale degli adeguati assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, del Codice civile;
- l'introduzione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione;
- la rilevante rivitalizzazione del concordato in continuità aziendale;
- le procedure di esdebitazione e le interdizioni.

Il decreto legislativo si compone di 53 articoli ed è suddiviso in due capi. Il Capo I è intitolato "*Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*", contiene gli articoli da 1 a 42 e apporta le necessarie modifiche al Codice della crisi per renderlo conforme alla Direttiva *Insolvency* e le collegate modifiche di riassetto, semplificazione e coordinamento. Il Capo II, intitolato "*Disposizioni di coordinamento e abrogazioni e disposizioni transitorie*", contiene le disposizioni necessarie per la trasposizione, nel novellato Codice della crisi, delle norme del Dl 118/2021 relative alla composizione negoziata.

1.2 Strumenti di regolazione della crisi e insolvenza e nuova definizione di crisi

Il decreto legislativo recepisce la Direttiva Ue 2019/1023, riflettendo anche sulla terminologia adottata dal legislatore nazionale. Infatti, nello schema di decreto legislativo quelle che il Codi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ce della crisi definiva "*procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*", sono state denominate "*quadri di ristrutturazione preventiva*", mutuando l'espressione utilizzata nel Titolo II della Direttiva.

Tuttavia, in sede di approvazione del decreto, il legislatore utilizza la locuzione "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza". Quest'ultima, come si evince nella Relazione Illustrativa, da un lato, consente di recepire la definizione di ristrutturazione contenuta nell'articolo 2, paragrafo 1, numero 1, della Direttiva *Insolvency* e, dall'altro, permette di evitare i problemi applicativi che sarebbero sorti da una definizione – quella di quadri di ristrutturazione preventiva – che non comprendeva le procedure di risoluzione concordata della crisi e dell'insolvenza puramente liquidatorie non funzionali alla prosecuzione dell'attività (in particolare, il concordato con cessione dei beni). Il nuovo art. 2, comma 1, lett. m-bis, definisce gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza come "*le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi*".

Come si evince nella Relazione Illustrativa, la maggiore articolazione della definizione inserita, che comprende anche le misure e gli strumenti per la liquidazione, anche atomistica, del patrimonio e delle attività, recepisce il suggerimento formulato dal Consiglio di Stato sulla precedente definizione di precisare con maggiore chiarezza l'estraneità della composizione negoziata alle procedure regolate dal Codice.

La composizione negoziata, infatti, rappresenta non una procedura ma un percorso di negoziazione, volontario e stragiudiziale, all'esito del quale il debitore può perseguire il risanamento ricorrendo ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal Codice.

Nell'ambito delle definizioni contenute nell'art. 2 CCII, il legislatore, dopo aver già apportato modifiche con il decreto integrativo e correttivo del 2020 (Dlgs 26 ottobre 2020, n. 147), interviene nuovamente sul concetto di crisi d'impresa, recependo anche le modifiche apportate nel contenuto degli assetti organizzativi di cui si dirà nel paragrafo seguente.

La nuova definizione di crisi è la seguente "l*o stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*". Due sono le principali novità: la prima concerne l'espugnazione del riferimento allo "squilibrio economico- finanziario", inserito proprio dal Dlgs 147/2020, mentre la seconda riguarda l'orizzonte temporale di riferimento ai fini dell'adeguatezza dei flussi di cassa che viene ora esteso a dodici mesi, quale "*prospettiva ritenuta maggiormente idonea ad intercettare le situazioni di squilibrio che richiedono la pronta attivazione da parte dell'imprenditore*", come si evince dalla Relazione Illustrativa al decreto.

Non è stato recepito il suggerimento del Consiglio di Stato sull'inserimento, nella definizione, dei gradi di intensità della crisi, suggerimento che si fonda sul fatto che la composizione negoziata consente alle imprese di attivarsi anche in una fase di iniziale difficoltà non ancora definibile come crisi (ossia come probabilità di crisi). La Relazione Illustrativa rileva che, nell'impianto complessivamente delineato dal decreto, le situazioni di squilibrio qualificabili come "pre-crisi" sono gestibili con la sola composizione negoziata e non con le altre procedure. Ne consegue che, modificando la definizione generale si potrebbero creare problemi interpretativi e applicativi rispetto alle procedure il cui presupposto è appunto la crisi conclamata come definita dal riformato art. 2 del Codice.

Va, infine, segnalato come nel parere reso all'esito dell'adunanza del 1° aprile 2022, il Consiglio

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di Stato ha suggerito la modifica della definizione di insolvenza, come segue: "*lo stato di crisi del debitore che si manifesta con gravi inadempimenti o altri fatti esteriori i quali dimostrino come altamente probabile che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

Rispetto a tale proposta, si legge nella Relazione Illustrativa, l'aggiunta delle parole "come altamente probabile" alla definizione attuale, motivata dall'esigenza di collegare la nozione di insolvenza alla definizione di crisi proposta, di cui si è detto in precedenza, non pare necessaria innanzitutto per il mancato accoglimento del suggerimento sulla definizione di crisi. Evidenzia, inoltre, la Relazione Illustrativa l'indubbia idoneità della definizione attuale, che corrisponde a quella dell'articolo 5 della legge fallimentare, che non ha mai dato adito a problemi interpretativi o applicativi.

1.3 Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa

Una delle novità di maggiore impatto pratico nell'attuale contesto introdotta dal decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è rinvenibile nell'art. 3 CCII, dalla rubrica "*Adeguatezza degli assetti e delle misure in funzione della rilevazione tempestiva della crisi*", che fa specifico riferimento al comma 2 dell'art. 2086 del Codice civile. Come si evince nella Relazione Illustrativa, la funzione del novellato art. 3 è quella di "*fornire all'imprenditore le indicazioni utili e necessarie per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà, anche prima che diventino vera e propria crisi e di attivarsi per risolvere le problematiche insorte*".

In particolare, l'art. 2 del Dlgs recante modifiche al Codice della crisi prevede una integrale riformulazione dell'art. 3, il cui comma terzo consente di dare contenuto sostanziale alla definizione di adeguati assetti.

Infatti, il riformato art. 3 del Codice della crisi prevede espressamente che gli assetti *ex* art. 2086 del Codice civile devono consentire all'imprenditore di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta;
- verificare la sostenibilità dei debiti e la presenza di concrete prospettive di continuità aziendale almeno per i successivi dodici mesi e i segnali di allarme per la emersione tempestiva della crisi d'impresa;
- ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la ragionevole perseguibilità del risanamento, di cui all'art. 13 del Codice della crisi.

Oltre a definire il contenuto minimo degli adeguati assetti societari, il legislatore individua dei segnali di allarme, che tali presidi devono essere in grado di rilevare periodicamente.

1.4 Doveri delle parti e obbligo di consultazione sindacale

Il decreto legislativo recante modifiche al Codice interviene sull'art. 4, oltre che ai fini di un adeguamento reso necessario dalla trasposizione nello stesso della composizione negoziata, anche attraverso l'introduzione dell'obbligo di consultazione sindacale del datore di lavoro che accede a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In particolare, il datore di lavoro, che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, prima della predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, è tenuto a seguire la nuova procedura prevista dal comma terzo dell'art. 4 del Codice della crisi. In tale contesto, i soggetti sindacali, di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, sono informati delle rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni. Va sottolineato che a seguito delle osservazioni pervenute dal Consiglio di Stato, è stata altresì inserita la disposizione sulla redazione dei rapporti sintetici da redigere in caso di composizione negoziata ai soli fini della liquidazione del compenso dell'esperto.

È del tutto evidente la forte propensione del legislatore interno a garantire maggiori tutele ai lavoratori nel contesto degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in coerenza con i principi della Direttiva *Insolvency*. Infatti, come si evince sin dagli inizi della Direttiva medesima, gli obiettivi della stessa devono essere conseguiti "*senza pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori*" (Considerando 1).

1.5 Pubblicazione delle informazioni e lista di controllo

L'art. 3 del decreto recante modifiche al Codice della crisi sostituisce, anzitutto, la rubrica della Sezione II del capo II del Titolo I della Prima parte del Codice, che diventa "*Pubblicazioni delle informazioni e lista di controllo*". In particolare, il legislatore introduce l'articolo 5 *bis*, il quale prevede la pubblicazione nei siti internet del Ministero della Giustizia e del Ministero dello Sviluppo Economico di tutte le informazioni funzionali all'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di una lista di controllo particolareggiata (c.d. *check-list*) per la redazione dei piani di risanamento adatta alle micro, piccole e medie imprese.

Tale disposizione dà attuazione, da un lato, all'art. 3, comma 1, paragrafo 3, della Direttiva *Insolvency*, il quale prevede che gli Stati membri provvedano "*affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione*". Dall'altro lato, la norma dà attuazione all'art. 8, comma 2, paragrafo 2, della Direttiva, il quale dispone che gli Stati membri rendano "*disponibile online una lista di controllo particolareggiata per i piani di ristrutturazione, adeguata alle esigenze delle PMI. La lista di controllo include indicazioni pratiche su come deve essere redatto il piano di ristrutturazione a norma del diritto nazionale*".

A seguito delle osservazioni pervenute dal Consiglio di Stato, il legislatore ha inteso precisare che il contenuto della lista di controllo è definito con il decreto dirigenziale di cui all'articolo 13, riferimento che consentirà di aggiornare il provvedimento già emanato nel settembre 2021 per l'operatività della composizione negoziata.

1.6 Durata massima delle misure protettive

L'art. 8 del Codice disciplina la durata massima delle misure protettive e contiene una disposizione in linea con quella sancita dall'articolo 6, paragrafo 8, della Direttiva *Insolvency*, sul termine massimo di dodici mesi per la durata delle misure stesse. Il legislatore ha inserito nella norma

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

la previsione che precisa il momento ultimo di durata delle misure al fine di circoscrivere con maggiore chiarezza la portata della disposizione. È stato, inoltre, recepito il suggerimento del Consiglio di Stato, e della II Commissione Giustizia della Camera, volto a chiarire che nel periodo massimo di dodici mesi rientrano anche le misure protettive richieste durante la composizione negoziata. Tale modifica inserisce nella norma una precisazione che elimina ogni possibile dubbio interpretativo sui rapporti tra le misure concesse nell'ambito del percorso negoziale della composizione disciplinato dal Titolo II e quelle richieste nell'ambito di procedure giudiziali.

1.7 Composizione negoziata della crisi, piattaforma telematica e obblighi di segnalazione

Il decreto recante modifiche al Codice sostituisce il Titolo II trasponendo al suo interno la composizione negoziata introdotta con il Dl 118/2021 e le disposizioni introdotte dagli artt. dal 30 *ter* al 30 *sexies* del Dl 6

novembre 2021, n. 152 (convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233) sulle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, sulla interoperabilità delle banche dati, sullo scambio di documenti nella fase delle trattative e sulla predisposizione di piani di rateizzazione per esposizioni debitorie di ammontare contenuto.

Il nuovo Titolo II del Codice trova ispirazione dal Considerando n. 17 della Direttiva *Insolvency*, il quale cita che le "*PMI, specialmente quando versano in difficoltà finanziarie, spesso non dispongono delle risorse necessarie per sostenere gli alti costi di ristrutturazione e beneficiare delle procedure di ristrutturazione più efficienti disponibili solo in alcuni Stati membri. Al fine di aiutare tali debitori a ristrutturarsi a basso costo, dovrebbero essere altresì elaborate a livello nazionale e rese disponibili online liste di controllo particolareggiate per i piani di ristrutturazione, adeguate alle esigenze e alle specificità delle PMI. Inoltre dovrebbero essere predisposti anche strumenti di allerta precoce per segnalare ai debitori la necessità urgente di agire, tenendo conto delle risorse limitate a disposizione delle PMI per l'assunzione di esperti*".

Le disposizioni del Titolo II attuano altresì le previsioni di cui all'art. 3 della Direttiva medesima in quanto forniscono all'impresa, con concrete prospettive di risanamento, strumenti accessibili e poco costosi, di tipo stragiudiziale, volti a verificare la situazione patrimoniale e finanziaria (test pratico), a cercare soluzioni negoziate della crisi (lista di controllo), nonché meccanismi di allerta che prevedono l'invio di segnalazioni all'imprenditore da parte dei creditori pubblici qualificati, organi di controllo e istituti bancari.

Le principali novità attinenti alla composizione negoziata della crisi sono riassumibili come di seguito. In primo luogo, viene sancita l'inapplicabilità dell'art. 39 CCII (Iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi da parte del Pubblico Ministero) alla composizione negoziata della crisi, stante la natura negoziale e stragiudiziale della stessa.

In relazione alla nomina dell'esperto e della commissione designata (art. 13), il legislatore introduce modifiche e precisazioni finalizzate a migliorare e rendere più efficiente il meccanismo di selezione degli iscritti da parte degli ordini professionali e la procedura di nomina da parte delle commissioni istituite presso le camere regionali. In particolare, viene previsto che ciascun ordine professionale, valutata la domanda di iscrizione nell'elenco e verificata la completezza della documentazione allegata, comunica alla camera di commercio competente i nominativi dei professionisti in possesso dei requisiti per la nomina di esperto, unitamente "*a una scheda*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sintetica contenente le informazioni utili alla individuazione del profilo dell'esperto, per l'inserimento nell'elenco previsto dal comma 3". Tale scheda è compilata sulla base di un modello uniforme definito con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia. Per quanto concerne la composizione della commissione, il legislatore prevede l'inserimento anche di una figura supplente, designata secondo le modalità di cui all'art. 13, comma 6, del novellato Codice. In ultimo, il legislatore prevede che il segretario generale della camera di commercio, ricevuta l'istanza di nomina dell'esperto, nei casi di incompletezza della documentazione sospende l'istanza invitando la ricorrente ad integrare le informazioni o la documentazione mancante entro trenta giorni, termine decorso il quale l'istanza non viene esaminata ma può essere riproposta.

Rilevanti correttivi sono apportati in ordine alla interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale e le altre banche dati (art. 14). In particolare, il legislatore interviene sul punto al fine di agevolare la raccolta delle informazioni sull'impresa che accede alla composizione negoziata della crisi da parte dell'esperto e, pertanto, l'efficace avvio dell'iter di risanamento.

Infatti, viene previsto che la piattaforma telematica nazionale sia collegata alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, dell'agente della riscossione, nonché alle informazioni contenute nella Centrale Rischi di Banca d'Italia. L'esperto nominato, previo consenso dell'imprenditore, può accedere a tali banche dati, estraendo la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o prosecuzione delle trattative con i creditori e le parti interessate.

Quanto allo scambio della documentazione e di dati contenuti nella piattaforma telematica (art. 15), il decreto interviene anche al fine di garantire un efficace e rapido svolgimento della composizione negoziata, migliorando ed ottimizzando le funzionalità della piattaforma e prevedendo lo scambio di documenti e dati tra l'imprenditore e i creditori. In particolare, i creditori hanno ora la facoltà di accedere alla piattaforma telematica nazionale e inserire al suo interno le informazioni sulla propria posizione creditoria e i dati eventualmente richiesti dall'esperto nominato. La *ratio* della norma è quella di consentire maggiore efficienza nella gestione delle trattative e della negoziazione.

Per quanto attiene ai doveri dell'esperto, l'art. 16 del novellato Codice della crisi precisa, anzitutto, che l'esperto non è equiparabile al professionista indipendente definito dall'art. 2, comma primo, lett. o) del Codice. In secondo luogo, nell'espletamento dell'incarico, l'esperto è tenuto a verificare la coerenza complessiva delle informazioni fornite dall'imprenditore, chiedendo a quest'ultimo e ai creditori tutte le ulteriori informazioni ritenute utili o necessarie.

In relazione ai doveri delle parti, e in particolare delle banche e degli intermediari finanziari, è stato recepito il suggerimento del Consiglio di Stato che ha ritenuto necessario rafforzare e dettagliare la previsione che impedisce la revoca degli affidamenti bancari per il solo accesso alla composizione negoziata. In tale direzione, pur avendo mantenuto la disposizione che impedisce la revoca per il solo fatto dell'accesso alla composizione negoziata della crisi, con la quale si evita che la semplice apertura delle trattative possa innescare reazioni volte a far venir meno la liquidità necessaria per conseguire il risanamento, la norma è stata modificata: (i) indicando anche l'impossibilità di sospensione degli affidamenti, e non solo la revoca come previsto nel Dl 118/2021 e (ii) facendo salva la possibilità per la banca di adottare le decisioni imposte dalla normativa prudenziale, le quali non possono fondarsi sul solo accesso alla composizione negoziata.

In ordine all'accesso alla composizione negoziata e al suo funzionamento (art. 17), il decreto recante modifiche al Codice interviene sulle modalità di accesso, prevedendo che l'impresa inserisca nella piattaforma anche un "*progetto di piano di risanamento, redatto secondo le indicazioni*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

della lista di controllo", definito dalla Relazione illustrativa come "*un'ipotesi di come intende perseguire il proprio risanamento*". Come si evince nella stessa, si tratta di "*una precisazione coerente con la celerità che deve caratterizzare la composizione negoziata e con la sua natura (non di procedura ma di percorso di negoziazione aperto solo se vi è una reale e concreta ipotesi di risanamento) oltre che con la funzione dell'esperto (che affianca il debitore e lo consiglia ma non si sostituisce a lui nella ideazione delle ipotesi di risanamento)*". In aggiunta, il decreto precisa che a seguito della redazione della relazione finale, l'esperto ne dà comunicazione al segretario generale della camera di commercio ai fini dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi. Infine, il novellato comma nono dell'art. 17 precisa che in caso di archiviazione dell'istanza, l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione; tuttavia, se l'archiviazione è richiesta dall'imprenditore con istanza depositata con le modalità di cui al primo comma, il termine è ridotto a quattro mesi.

Recependo le osservazioni giunte dal Consiglio di Stato, il legislatore prevede, al comma quinto dell'art. 17, l'inserimento del termine dei cinque giorni lavorativi per l'archiviazione dell'istanza da parte del segretario generale, al fine di procedimentalizzare l'iter di chiusura delle trattative con maggiore puntualità. Inoltre, è stata inserita nel comma in esame la disposizione sulla rinegoziazione dei contratti, originariamente inserita nell'articolo 22, comma 2, in virtù della quale l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Lo spostamento nella norma sull'accesso alla composizione negoziata e sul suo funzionamento è motivato dal venir meno dell'intervento del tribunale nella analoga disposizione sulla rinegoziazione.

Quanto alle misure protettive e cautelari (artt. 18 e 19), a seguito delle riflessioni sui primi casi di applicazione concreta della composizione negoziata, il legislatore precisa che i creditori ai quali si applica il divieto di acquisire diritti di prelazione o proseguire azioni esecutive e cautelari sono soltanto quelli "*interessati*" dalle misure stesse. Viene inoltre aggiunto un comma terzo all'art. 18, il quale dispone che "*l'imprenditore può chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori*". Con riferimento al procedimento, il legislatore precisa che il tribunale decide in merito alla concessione delle misure anche dopo aver sentito il parere dell'esperto circa la funzionalità delle stesse ad assicurare il buon esito delle trattative. Infine, in raccordo alle modifiche sopra accennate, il tribunale, sentito l'esperto, può limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori. A fronte dei rilievi evidenziati dal Consiglio di Stato, il legislatore ha disposto che il deposito del ricorso presso il tribunale debba avvenire – pena di inefficacia delle misure protettive scattate con la pubblicazione dell'istanza – non più il giorno stesso bensì entro il giorno successivo rispetto alla pubblicazione dell'istanza e all'accettazione dell'esperto. Ciò al fine di rendere più ragionevole il termine per l'esercizio di tale diritto.

La seconda Commissione Giustizia del Senato ha osservato che il comma 5 dell'art. 18 dovrebbe precisare che i creditori colpiti dalle misure protettive sono solo quelli in concreto destinatari del provvedimento delle misure e dovrebbe consentire la sospensione delle prestazioni da parte dei creditori nel periodo che va dalla pubblicazione dell'istanza alla conferma delle misure da parte del tribunale. A fronte di tali osservazioni, la Relazione Illustrativa precisa che la locuzione "*creditori nei cui confronti operano le misure protettive*", riguarda effettivamente i creditori le cui

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

azioni individuali sono state colpite (se la sospensione non è stata richiesta in via generale) e non tutti quelli potenzialmente destinatari dalle stesse. Inoltre, quanto al secondo rilievo evidenziato dal Consiglio di Stato, è stata inserita la facoltà di sospensione delle prestazioni fino al provvedimento giudiziale di conferma, al fine di contemperare l'interesse dei creditori a non subire un eccessivo pregiudizio nelle more della decisione del tribunale.

Strettamente connesse alle modifiche apportate alle misure protettive, in ordine alla sospensione di obblighi e cause di scioglimento (art. 20), il legislatore interviene precisando che, in caso di richiesta di misure protettive, la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482 *bis*, co. 4, 5, 6, e 2482 *ter*, Cc e le cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale, cessano al momento dell'eventuale provvedimento di inefficacia o di revoca delle misure medesime.

Rilevanti modifiche sono introdotte anche in tema di rinegoziazione dei contratti (art. 22). Nella versione originaria della composizione negoziata della crisi, il legislatore attribuiva all'imprenditore la facoltà di rideterminare il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Covid-19. Il decreto recante modifiche al Codice della crisi estende tale facoltà ai casi in cui la prestazione sia dovuta eccessivamente onerosa per effetto non necessariamente connesso alla pandemia, nonché qualora sia stato alterato l'equilibrio del rapporto contrattuale in ragione di sopravvenute circostanze.

In ordine alla conclusione delle trattative (art. 23), come noto, tra i possibili esiti della composizione negoziata, il Dl 118/2021 prevede la sottoscrizione di un accordo che produce gli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), legge Fallimentare, senza che occorra l'attestazione del professionista indipendente. Il decreto legislativo è intervenuto su tale norma precisando che qualora le trattative si concludano con tale accordo (che produce gli effetti di cui all'art. 166, comma 3, lett. d) CCII), con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto "*dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza*". Inoltre, sulla norma in esame, che disciplina la conclusione delle trattative, sono state recepite le indicazioni del Consiglio di Stato che ha evidenziato come la precedente suddivisione della norma in tre commi non coincidesse con la distinzione tra esiti favorevoli e esiti negativi della composizione negoziata e, in particolare, con la distinzione tra esiti negoziali stragiudiziali e esiti con ricorso alle tradizionali procedure concorsuali disciplinate dal Codice. Tali considerazioni hanno portato alla modifica dell'articolo con risistemazione delle sue previsioni in due commi. Il primo riguarda le soluzioni negoziali stragiudiziali, mentre il secondo comma racchiude al suo interno gli esiti tradizionali, ossia il ricorso alle misure o procedure disciplinate dal Codice della crisi.

Il legislatore interviene altresì sulle disposizioni dettate in materia di imprese minori (art. 25 *quater*), attraverso una più razionale e completa previsione circa gli esiti della composizione negoziata della crisi, distinguendo tra esiti negoziali e quelli giudiziali.

Quanto ai limiti di accesso alla composizione negoziata (art. 25 *quinquies*), il legislatore precisa che l'accesso non è consentito in caso di rinuncia dell'imprenditore alle domande di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nei quattro mesi precedenti la presentazione dell'istanza. La ratio dell'intervento correttivo è quella di scoraggiare l'abbandono di una procedura di ristrutturazione giudiziale al solo fine di entrare nel percorso, di natura stragiudiziale, della composizione negoziata, evitando eventuali abusi di iniziative solo dilatorie e possibili danni ai creditori.

Infine, il Capo III, intitolato "*Segnalazioni per la anticipata emersione della crisi e programma*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

informatico di verifica della sostenibilità del debito e di elaborazione di piani di rateizzazione", contiene la disciplina delle segnalazioni da parte dell'organo di controllo societario (art. 25 *octies*) e dei creditori pubblici qualificati (art. 25 *novies*), nonché gli obblighi di comunicazione all'organo di controllo posti in capo a banche e intermediari finanziari in caso di variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti (art. 25 *decies*). Viene, inoltre, inserito nella piattaforma telematica un programma informatico gratuito che "*elabora i dati necessari per accertare la sostenibilità del debito esistente e che consente all'imprenditore di condurre il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*" (art. 25 *undecies*). Se l'indebitamento complessivo dell'imprenditore non supera i trenta mila euro e, a seguito dell'elaborazione del programma informatico sopra citato, tale debito risulta sostenibile, viene automaticamente elaborato un piano di rateizzazione.

L'imprenditore comunica la rateizzazione ai creditori interessati avvertendoli che, se non manifestano il proprio dissenso entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione, il piano si intenderà approvato e come tale verrà eseguito, fatte salve le disposizioni in materia di crediti di lavoro, fiscali e previdenziali.

1.8 Domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alla liquidazione giudiziale, apertura e omologazione

Il decreto recante modifiche al Codice della crisi interviene anche sulla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale, che, come noto, sostituisce da un punto di vista lessicale il fallimento. La riscrittura dell'art. 40 è dovuta, da un lato, all'esigenza di armonizzare le disposizioni processuali della norma con la disciplina del concordato in continuità, modificata come si dirà in seguito. Dall'altro lato, è determinata dal principio di efficienza sancito dal Titolo IV della Direttiva *Insolvency*, che riguarda tutti i procedimenti relativi agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il legislatore chiarisce che nel caso di domanda di accesso ad un giudizio di omologazione di accordi di ristrutturazione, la nomina del commissario giudiziale è valutata caso per caso. Sul punto è stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato ed è stato inserito un inciso finale che anche in caso di pendenza dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale consente al tribunale di valutare la necessità della nomina del commissario attuando così in pieno, per la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, il divieto di nomina automatica del commissario giudiziale. La norma in esame recepisce altresì l'ulteriore suggerimento di indicazione del provvedimento con il quale avviene la nomina.

Tale provvedimento è individuato nel decreto di cui all'articolo 48, comma 4, e cioè nel provvedimento con il quale il tribunale, a seguito del deposito di opposizioni all'omologazione degli accordi, fissa l'udienza innanzi a sé.

Inoltre, il legislatore fornisce puntuali disposizioni sul rapporto tra domande di accesso a diversi strumenti e procedure pendenti nei confronti di uno stesso debitore. In accoglimento dei suggerimenti formulati dal Consiglio di Stato, il legislatore ha inserito nei commi 9 e 10 dell'art. 42 la precisazione sul fatto che le domande proposte nell'ambito dei procedimenti pendenti sono formulate, con ricorso ai sensi dell'articolo 37, comma 1, e nel rispetto degli obblighi di cui all'articolo 39. Inoltre, al comma 10 è stata inserita, in coerenza con il principio dettato dall'articolo 7, la possibilità di proposizione separata della domanda di accesso ad uno strumento di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

regolazione della crisi, con riunione d'ufficio al procedimento pendente, purché depositata nello stesso termine indicato nel caso di domanda proposta nel giudizio pendente.

Altra modifica apportata riguarda la precisazione che il termine ultimo è fissato a pena di decadenza e non di inammissibilità. Il comma 10 è stato infine integrato prevedendo che in caso di pendenza di procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale introdotto da uno o più creditori, l'imprenditore che ha avuto accesso alla composizione negoziata può fare ricorso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza anche oltre la prima udienza del procedimento pendente. Come si evince nella Relazione Illustrativa, tale deroga è volta a consentire il risanamento se e quando dalle trattative siano emerse possibili soluzioni per la ristrutturazione dell'attività.

Tuttavia, al fine di evitare un utilizzo strumentale della composizione negoziata, che potrebbe essere attivata al solo fine di boccare la definizione del procedimento di apertura della liquidazione giudiziale e di evitare il termine di decadenza, è previsto che le domande di accesso devono essere depositate entro sessanta giorni dalla comunicazione che l'esperto invia all'imprenditore al termine delle trattative ai sensi dell'articolo 17, comma 8. Non è, pertanto, sufficiente l'accesso alla composizione negoziata essendo richiesta la conclusione delle trattative.

La disposizione, in definitiva, "*intende contemperare l'esigenza di favorire la risoluzione della crisi o dell'insolvenza mediante procedure di ristrutturazione o comunque mediante procedure di tipo negoziale con l'esigenza di evitare comportamenti dilatori, dannosi per i creditori e per il mercato di riferimento*".

Il legislatore interviene altresì nell'ipotesi di rinuncia alla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza da parte della ricorrente. In tali casi, è fatta salva la possibilità per le altre parti intervenute e per il Pubblico Ministero di proseguire. Viene, inoltre, sancito il principio in virtù del quale anche il Pubblico Ministero può rinunciare alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale, se ritiene non sussistenti i relativi presupposti.

In relazione all'apertura del concordato preventivo, il legislatore introduce una disciplina volta ad assicurare procedure di ristrutturazione in continuità aziendale rapide e snelle, nelle quali l'intervento giudiziario al momento dell'apertura sia limitato e circoscritto. Infatti, nell'ambito del giudizio di ammissibilità che il tribunale compie al momento del deposito del piano e della proposta concordataria, il legislatore introduce limiti più stringenti nel concordato liquidatorio rispetto a quello in continuità (art. 47). Il decreto modifica, inoltre, il termine per proporre reclamo avverso il decreto di inammissibilità della proposta, portandolo dagli attuali quindici giorni a trenta, allineando tale termine agli ordinari termini di impugnazione. L'intervento del legislatore nazione è attuativo del procedimento delineato dagli artt. 9-11 della Direttiva *Insolvency*, che richiedono una procedura rapida, affidata al consenso del creditore e con poteri di intervento dell'autorità giudiziaria limitati e circoscritti. Per quanto concerne l'omologazione, l'art. 48 è stato riscritto per recepire le modifiche in materia di concordato in continuità e l'introduzione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, Inoltre, le disposizioni contenute nell'attuale comma quinto dell'art. 48 che, come noto, riguardano il c.d. *cram down* fiscale e previdenziale, sono state eliminate da tale articolo per essere trasposte in due separate disposizioni: nell'art. 63, comma 2 *bis*, per gli accordi di ristrutturazione e nell'art. 88, comma 2 *bis*, per il concordato preventivo.

Infine, in attuazione dell'art. 16, par. 6, della Direttiva *Insolvency*, il nuovo comma 5 *bis* dell'art. 53 dispone che, in caso di accoglimento del reclamo proposto avverso la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità, la Corte d'Appello, su richiesta delle parti, può confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

al pregiudizio subito dal reclamante. In tal caso, è previsto il diritto di quest'ultimo ad ottenere il risarcimento del conseguente danno pattuito, che sarà posto a carico del debitore in concordato.

1.9 Misure cautelari e protettive e relativo procedimento di concessione

Il legislatore interviene anche in tema di misure cautelari e protettive (artt. 54 e 55) ai fini dell'armonizzazione con la disciplina delle stesse previste nell'ambito della composizione negoziata della crisi, nonché ai fini del recepimento della Direttiva *Insolvency*.

In particolare, il comma settimo del novellato art. 54 esclude i diritti dei lavoratori dalle misure protettive richieste nell'ambito delle trattative che precedono il deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Tuttavia, rispetto alla procedura di concordato con continuità, è stata esercitata la facoltà, concessa dalla Direttiva europea, di derogare al principio di esclusione dei lavoratori dagli effetti delle misure protettive. Sul punto, la Relazione Illustrativa intende sottolineare diversi aspetti:

(i) l'elevato grado di privilegio che assiste tali crediti; (ii) l'intervento del Fondo di Garanzia per il pagamento del Tfr e delle ultime tre mensilità; (iii) il novellato art. 109, comma 5, che introduce determinate tempistiche e modalità di pagamento ai fini dell'esclusione dei lavoratori dal voto; (iv) il novellato art. 86, che non consente una moratoria nel pagamento dei crediti di lavoro superiori a sei mesi e (vi) la possibilità del pagamento di tali crediti anche dopo l'accesso alla procedura, ai sensi dell'art. 100, primo comma, ora non più limitato all'ultima mensilità.

Quanto al procedimento di concessione delle misure, il legislatore conferma che la durata massima delle stesse è fissata in quattro mesi. Il nuovo comma quarto dell'art. 55 precisa che il tribunale, su istanza del debitore o di un creditore e previa acquisizione del parere del commissario giudiziale eventualmente nominato, può prorogare, in tutto o in parte, la durata delle misure concesse nel termine massimo di dodici mesi (art. 8), "*se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione e se la proroga non arreca pregiudizio ai diritti i agli interessi delle parti interessate*".

1.10 Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione

All'interno degli strumenti di regolazione della crisi disciplinati nel Titolo IV della Prima Parte del riformato Codice della crisi, viene introdotto il "Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione". Come si evince dalla Relazione Illustrativa al decreto legislativo recante modifiche al Codice, si tratta di uno strumento con il quale si intende dare attuazione a quanto previsto dall'art. 11, paragrafo 1, della Direttiva *Insolvency*, il quale richiede la previsione di uno strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che possa prescindere dalle regole distributive tipiche delle procedure concorsuali, ma che sia soggetto ad omologazione solo se approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto.

In questo contesto, l'art. 64 *bis* introduce un nuovo strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza per il debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza, deputato a consentire la distribuzione del valore generato dal piano di ristrutturazione "*anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione*", ossia ai principi generali secondo i quali: (i) il debitore risponde dell'adempimento

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

delle obbligazioni con tutti i propri beni "*presenti e futuri*" e (ii) i creditori hanno eguale diritto di soddisfazione sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Pertanto, fermo restando l'obbligatoria suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, il piano potrebbe prevedere un soddisfacimento dei creditori che non tenga conto della natura delle rispettive pretese e della graduazione che ne conseguirebbe nel concorso tra di loro, in applicazione della *par condicio creditorum*. A tal fine, tuttavia, il legislatore prevede espressamente le seguenti condizioni: (i) che la proposta sia approvata dall'unanimità delle classi e (ii) che, in ogni caso, i crediti assistiti da privilegio di cui all'art. 2751 *bis* n. 1, Cc ("*le retribuzioni dovute ... ai prestatori di lavoro subordinato*"), siano soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione.

La norma richiama le disposizioni in materia di concordato preventivo sul contenuto del ricorso, sulla documentazione da depositare, sugli effetti del deposito della domanda, sulla necessità del deposito dell'attestazione da parte di un professionista indipendente circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e sulle operazioni di voto. Il legislatore precisa altresì che il tribunale, prima delle operazioni di voto, è tenuto a verificare unicamente la mera ritualità della proposta e la corretta formazione delle classi. Per quanto concerne la gestione dell'impresa, il legislatore prevede una disciplina che appare declinata sul modello della composizione negoziata della crisi: assenza di spossessamento in capo all'imprenditore, che mantiene la gestione ordinaria e straordinaria sotto il controllo del commissario, gestione dell'impresa "nel prevalente interesse dei creditori" e preventiva informativa al commissario giudiziale del compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti non coerenti rispetto al piano di ristrutturazione.

Con riferimento al giudizio di omologazione che, come detto è possibile solo in caso di approvazione di tutte le classi, il legislatore disciplina l'ipotesi dell'opposizione del creditore dissenziente con la quale viene eccepito il difetto di convenienza. In particolare, il legislatore dispone che, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.Il successivo art. 64 *ter* prevede la conversione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione in concordato preventivo, sia nell'ipotesi di mancata omologazione dovuta al non raggiungimento dell'unanimità delle classi sia nell'ipotesi in cui il debitore spontaneamente decida di modificare la domanda e formulare una proposta concordataria. In tali casi i termini per l'approvazione sono ridotti alla metà. Allo stesso modo, è previsto che, sino a quando non sono iniziate le operazioni di voto, il debitore che ha presentato una domanda di concordato preventivo possa modificarla chiedendo l'omologazione del piano di ristrutturazione. Inoltre, è prevista la possibilità per il debitore di contestare l'esito del voto riportato nella relazione del commissario giudiziale e chiedere al tribunale la verifica circa il raggiungimento dell'unanimità del voto e, quindi, l'omologazione del piano. In sintesi, come chiarito dalla Relazione Illustrativa, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione rappresenta uno strumento che riduce al minimo la fase dell'ammissibilità, fornisce al debitore una maggiore libertà di azione, fermo restando la necessaria approvazione di tutte le classi.

1.11 Il concordato preventivo

Il decreto recante modifiche al Codice interviene anche sulla disciplina del concordato preventivo, in modo incisivo per quello in continuità aziendale e più marginale per quello di natura

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

liquidatoria. In primo luogo, il legislatore modifica il contenuto e la rubrica dell'art. 84, il quale descrive le funzioni del concordato preventivo, disciplina le condizioni di soddisfazione dei creditori nel concordato in continuità, eliminando il criterio della prevalenza del ricavato prodotto dalla prosecuzione dell'attività, e nel concordato di natura liquidatoria, riproponendo l'obbligo di soddisfazione minima dei creditori chirografari e il necessario apporto di risorse esterne.

Una delle principali novità è rappresentata dal recepimento, nella disciplina del concordato in continuità, della c.d. regola della priorità relativa, secondo la quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore, in contrapposizione alla regola c.d. della priorità assoluta, che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di rango superiore. Infatti, in attuazione della previsione di cui all'art. 11, paragrafo 1, lett. c) della Direttiva *Insolvency*, il legislatore sancisce due principi da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario: (i) il valore di liquidazione dell'impresa deve essere distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione (regola della priorità assoluta), mentre per il valore derivante dalla prosecuzione dell'impresa (c.d. plusvalore da continuità) è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi aventi stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di rango inferiore (regola della priorità relativa). Come anche disposto dalla Direttiva europea, il legislatore impone di applicare ai lavoratori la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione sia su quello eccedente.

Per quanto concerne la suddivisione dei creditori in classi, il novellato art. 85, da un lato, sancisce il principio generale della facoltatività della suddivisione in classi e del trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi differenti, e, dall'altro lato, istituisce, per il concordato in continuità, l'obbligatoria suddivisione in classi dei creditori privilegiati quando il pagamento, anche se integrale, è previsto oltre centottanta giorni dall'omologazione ovvero trenta giorni per i lavoratori subordinati (art. 109, co. 5).

In relazione alla moratoria dei creditori privilegiati nel concordato in continuità, il decreto rimuove il termine massimo di due anni dall'omologazione, fatta salva la previsione a tutela dei crediti di lavoro che limita a sei mesi la possibilità di dilazionarne il pagamento.

Per quanto concerne il contenuto del piano di concordato, l'art. 87 prevede alcune novità, tra cui, a titolo esemplificativo, il valore di liquidazione del patrimonio, alla data del deposito del ricorso, in caso di liquidazione giudiziale, l'indicazione delle parti interessate dal piano, le eventuali parti non interessate unitamente a una descrizione dei motivi per i quali sono considerate tali, nonché l'indicazione delle ragioni per cui la proposta sia preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale. Con riferimento all'attestazione di veridicità e fattibilità, il legislatore precisa che, in caso di concordato in continuità, occorre che il professionista attesti che *"il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale"*.

Con riferimento al trattamento dei crediti tributari e contributivi, il legislatore interviene per recepire all'interno delle norme dettate per il concordato preventivo, come fatto per l'art. 63 sugli accordi di ristrutturazione, la disposizione del c.d. *cram down* fiscale e previdenziale.

In ordine al ruolo del commissario giudiziale, il decreto precisa che, in caso di concordato in continuità aziendale, se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

redazione. Il legislatore introduce altresì una norma ad hoc per i contratti pendenti nel concordato in continuità diretta (art. 94 *bis*), dando attuazione alle previsioni comunitarie, che consente di limitare la facoltà dei creditori di incidere sui rapporti negoziali esistenti con il debitore per il solo fatto dell'accesso alla procedura di ristrutturazione o, per i contratti essenziali ed in caso di concessione delle misure protettive, per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori.

In ordine alle maggioranze per l'approvazione del concordato, il decreto prevede incisive novità per il concordato in continuità. In particolare, il legislatore stabilisce che il concordato in continuità è approvato se tutte le classi votano a favore. Inoltre, sono esclusi dal voto soltanto i creditori muniti di privilegio per i quali il piano prevede il pagamento integrale, in denaro, entro centottanta giorni dall'omologazione, ovvero trenta giorni in caso di lavoratori. Se non concorrono tali condizioni i creditori, anche se pagati integralmente, vanno inseriti in classi separate e votano per l'intero credito. In caso di pagamento parziale per incapienza con pagamento della parte coperta dalla garanzia oltre i termini di cui sopra, essi devono essere inseriti in classi distinte (privilegiata e chirografaria per incapienza) ed esercitano il diritto di voto per entrambe. Quanto ai criteri di raggiungimento delle maggioranze, il decreto stabilisce che la classe è consenziente se vota favorevolmente la maggioranza dei crediti nella stessa rappresentati; in mancanza, si ritiene consenziente anche la classe nella quale hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti vantati, purché abbia votato almeno la metà dei crediti della classe.

Infine, con riferimento al giudizio di omologazione il novellato art. 112 definisce il contenuto delle verifiche compiute dal tribunale, a seconda che si tratti di concordato liquidatorio o in continuità aziendale. In quest'ultimo caso è altresì prevista la facoltà del tribunale di omologare il concordato se una o più classi sono dissenzienti e al ricorrere di alcune condizioni previste dalla norma. Il legislatore precisa, inoltre, che, nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Viene, infine, precisato che l'omologazione deve avvenire nel termine di dodici mesi dalla presentazione della domanda di accesso alla procedura.

1.12 Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società

Con la finalità di favorire l'utilizzo delle procedure di ristrutturazione da parte delle società, quale forma più diffusa di impresa interessata dalla ristrutturazione, il decreto recante modifiche al Codice introduce nel Titolo IV della Parte Prima la Sezione VI-*bis*, la quale detta disposizioni specifiche sull'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza da parte delle società, recependo i principi dettati dall'art. 12 della Direttiva *Insolvency*.

Come si evince dalla Relazione Illustrativa, l'avvio della ristrutturazione e la determinazione del contenuto del piano costituiscono esecuzione degli obblighi di attivazione senza indugio per l'adozione e attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, di cui all'art. 2086, secondo comma, del Codice civile. La forma del verbale notarile è necessaria per la decisione di accedere allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, mentre la determinazione del contenuto del piano, che sovente segue a distanza di tempo la prima, risponde ai requisiti di forma previsti per lo specifico tipo di società.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere "*qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni*" (art. 120 *bis*, co. 1). Inoltre, al fine di impedire ai soci, che potrebbero non avere più interesse nella società, di ostacolare la ristrutturazione, il legislatore prevede che questi, pur mantenendo un diritto di informativa circa l'avvio e l'andamento della ristrutturazione, non possono revocare gli amministratori senza giusta causa, precisando che non è considerata tale la presentazione della domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Nell'ottica di favorire la ristrutturazione, viene altresì disciplinata la possibilità per i soci di proporre proposte concorrenti.

Il piano può, inoltre, prevedere il classamento dei soci, mentre è obbligatorio qualora il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui loro diritti e, in ogni caso, per le grandi imprese e per le società a capitale diffuso.

Infine, il legislatore detta specifiche condizioni in caso di omologazione del concordato se il piano prevede attribuzioni ai soci. Quanto all'esecuzione del concordato, al fine di evitare atteggiamenti ostruzionistici dei soci, il legislatore esclude la necessità di loro deliberazioni al fine dell'attuazione dello strumento omologato, attribuendo i relativi poteri al tribunale, per le modificazioni statutarie che essendo previste in modo specifico dal piano non richiedono alcuna decisione discrezionale, e per tutte le altre, in via generale, agli amministratori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

Nuovo Codice della crisi e adeguati assetti societari

Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

SOMMARIO: 2.1 Gli assetti societari tra riformato Codice della crisi e Codice civile – 2.2 Gli assetti societari alla luce delle finalità del Codice della crisi – 2.3 Gli assetti societari alla luce del Decreto Insolvency – 2.4 Il dovere di istituire adeguati assetti tra imprenditori collettivi e individuali – 2.5 Gli adeguati assetti come cuore della funzione gestoria – 2.6 La centralità degli adeguati assetti in situazioni di crisi contingente – 2.7 La funzionalità degli adeguati assetti all'emersione tempestiva della crisi

2.1 Gli assetti societari tra riformato Codice della crisi e Codice civile

Il Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il 14 febbraio 2019, recante il «*Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*», in attuazione della legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, è destinato a sostituire definitivamente – a decorrere dal 15 luglio 2022 – l'attuale legge Fallimentare (Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) e la legge sul sovraindebitamento (legge 27 gennaio 2012, n. 3).

Non è mancata un'importante riforma già in vigore a partire dal 16 marzo 2019 di alcune norme del diritto societario, volta ad assicurare l'adeguatezza dei modelli organizzativi delle imprese rispetto alla rilevazione tempestiva della crisi e alla salvaguardia della continuità aziendale.

Con queste disposizioni il legislatore ha inteso dare attuazione alle prescrizioni contenute nell'art. 14 della legge Delega, la quale indicava alcune modifiche del Codice civile "*rese necessarie per la definizione della disciplina organica di attuazione dei principi e criteri direttivi di cui alla presente legge*". Si tratta di un complesso di norme, contenute nella Parte seconda del decreto Delegato (artt. da 375 a 384 CCII), che, per quanto connesse e funzionali alla complessiva riforma del diritto concorsuale, per una parte rilevante sono entrate in vigore in anticipo anche rispetto alla originaria entrata in vigore del Codice della crisi. In particolare, all'interno del suddetto complesso di norme, l'art. 375 CCII rappresenta la direttrice della riforma in relazione agli assetti organizzativi e di governo societario, e su di esso si radicano tutti gli interventi in materia societaria.

L'art. 389 del Codice della crisi individua:

a. al comma primo, in termini generali, nel 14 agosto del 2020 (successivamente prorogato con il Dl 23/2020 al 1° settembre 2021 e poi 16 maggio 2022 con il Dl 118/2021 e ora al 15 luglio 2022, come previsto dal c.d. decreto PNRR 2 pubblicato sulla Gu n. 100 del 30 aprile 2022) la data di entrata in vigore del Codice della crisi;
b. al comma secondo, nel 16 marzo 2019 (ovverosia il "*trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto*"), l'entrata in vigore degli articoli "*27, comma*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388". Dunque, dal 16 marzo 2019 sono entrate in vigore, tra le altre, le modifiche apportate al Codice civile circa gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili delle imprese e le norme ad essa strettamente correlate sui doveri, poteri e responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo.

L'integrazione della disciplina sugli assetti organizzativi si inserisce come opportuno raccordo tra il diritto societario e il diritto della crisi di impresa.

Infatti, l'epoca della cesura netta tra diritto dell'impresa *in bonis* e diritto della crisi è tramontata e il sistema attuale vede una commistione di regole che si basano su due assunti fondamentali. Secondo il primo, la crisi rappresenta un fatto fisiologico della vita dell'impresa e non la fase terminale della stessa; il secondo assunto, invece, è che la crisi sia tanto più gestibile e superabile, in particolare in un'ottica di preservazione della continuità aziendale, quanto più tempestivamente si intervenga. Tali assunti rappresentano la presa d'atto di un dato ineludibile: il valore dell'azienda deve essere salvaguardato e l'imprenditore deve avere a disposizione degli strumenti – gli adeguati assetti – che consentano di rilevare tempestivamente i primi segnali di difficoltà, al fine di intervenire prontamente per il superamento degli stessi e il ripristino di una condizione di equilibrio.

Le modificazioni apportate dal Codice della crisi al Codice civile riguardano:

a. l'attività di impresa in generale, di cui all'art. 375 CCII, che interviene sull'art. 2086 Cc, circa la gestione dell'impresa;
b. tutti i tipi societari, di cui all'art. 377 CCII, che interviene sulla disciplina delle società di persone (art. 2257 Cc), delle società per azioni (art. 2380 *bis* e 2409 *novies*, Cc) e delle società a responsabilità limitata (art. 2475 Cc);
c. le società di capitali, a norma dell'art. 378, comma secondo, CCII che interviene sull'art. 2486 Cc;
d. specificatamente le società a responsabilità limitata, ai sensi dell'art. 378, primo comma, CCII, che interviene sull'art. 2476 Cc, e art. 379 CCII, che modifica l'art. 2477 Cc.

Non è mancanta neppure una importante riforma ad opera del decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della Direttiva Ue 1023/2019 (nota come Direttiva *Insolvency*). Con decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in data 15 giugno 2022, il legislatore è intervenuto in modo incisivo sul contenuto sostanziale degli adeguati assetti, riformulando integralmente il testo dell'art. 3 del Codice della crisi, ora rubricato "*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi*". Si tratta di una delle novità di maggiore impatto pratico nell'attuale contesto economico nel quale si trovano a operare le imprese.

È significativo come il legislatore abbia dotato di efficacia immediata proprio le norme che, nell'ambito del Codice della crisi, intervengono sulle disposizioni civilistiche in materia di adeguati assetti societari.

Le modifiche si inseriscono nell'ambito dell'individuazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e in tale prospettiva deve essere letta la scelta del legislatore di inserirli negli articoli sopra esposti. Inoltre, dalla collocazione dell'art. 2086 del Codice civile (peraltro non imposta dalla legge Delega) nell'ambito delle disposizioni sull'impresa in generale, emerge chiaramente che la volontà del legislatore sia stata quella di elevare l'organizzazione e la procedimentalizzazione dell'attività ad elemento essenziale e irrinunciabile della funzione gestoria. Ciò deriva dal presupposto che l'organizzazione sia requisito immanente alla stessa nozione di imprenditore enunciata dall'art. 2082 Cc e, pertanto, il dovere di istituire assetti adeguati rappresenta un canone di condotta di portata trasversale, cui deve essere improntato l'agire degli imprenditori sia individuali che collettivi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Per usare le parole del padre della riforma, "*l'impresa è sempre un'attività economica organizzata, e perciò qualunque imprenditore, quale che sia la dimensione della sua impresa, deve comunque porsi in condizione di sapere per tempo se la sua attività è in grado di proseguire efficientemente o se vi siano sintomi di una crisi che potrebbe preludere all'insolvenza danneggiando così anche i suoi creditori*": così, R. Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, n. 2/2019, p. 134.

Le norme contenute nel Codice della crisi, che intervengono su disposizioni del Codice civile, sono entrate in vigore dal 16 marzo 2019, mentre le disposizioni circa la riforma del diritto della crisi di impresa sarebbero dovute entrare in vigore dal 14 agosto 2019.

Tuttavia, l'emergenza sanitaria provocata da Covid-19 ha portato alla modifica del secondo comma dell'art. 389 CCII. Prima, l'art. 5 del Dl 8 aprile 2020, n. 23 (cosiddetto "decreto Liquidità"), ha previsto il differimento al 1° settembre 2021, poi l'art. 1 del Dl 24 agosto 2021, n. 118, al 16 maggio 2022 e da ultimo al 15 luglio 2022.

Il differimento della riforma è avvenuto, ferma restando l'anticipata entrata in vigore dal 16 marzo 2019 delle disposizioni che modificano il Codice civile.

Nessuno dei provvedimenti normativi emergenziali, infatti, ha disposto la sospensione dell'applicazione dell'art. 2086 Cc mantenendo cioè l'obbligo di adeguatezza degli assetti vigente anche nel contesto di straordinaria emergenza, segnale della forte rilevanza che il legislatore attribuisce a tali strumenti di gestione delle situazioni di crisi.

Si "*tratta di una chiara scelta politica legislativa che mira a conservare anche in una fase delicata per la gestione di imprese in situazioni di perdita straordinaria, gli obblighi che ordinariamente gravano sugli amministratori all'approssimarsi ed evolversi di una situazione di crisi dell'impresa*". In questo modo viene confermata *"l'importanza dell'organizzazione e del costante monitoraggio del rischio, quale strumento fondamentale per la gestione efficiente delle situazioni di crisi, a prescindere dalle origini della stessa*": così, Assonime, *Guida pratica per le imprese alla legislazione di emergenza Covid-19*, 3 agosto 2020, p. 7.

2.2 Gli assetti societari alla luce delle finalità del Codice della crisi

Le disposizioni contenute negli artt. 375 e 377 CCII, rispettivamente rubricate "*Assetti organizzativi dell'impresa*" e "*Assetti organizzativi societari*" trovano il loro fondamento nel principio enunciato dall'art. 14, comma primo, lett. *b)* della legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, che prevede l'introduzione di un "***dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale***".

L'introduzione del dovere di istituzione di adeguati assetti societari è strettamente funzionale alle finalità del Codice della crisi. Infatti, la diagnosi precoce della crisi di impresa e la salvaguardia della continuità aziendale rappresentano, in sostanza, i principali obiettivi che hanno ispirato la riforma; si tratta di obiettivi il cui raggiungimento è subordinato all'istituzione di adeguati presidi organizzativi, amministrativi e contabili, che costituiscono il cuore della funzione gestoria di tutte le imprese.

Il Codice della crisi persegue anzitutto la finalità di dare priorità di trattazione alle proposte

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

finalizzate al superamento della crisi d'impresa assicurando la continuità aziendale, purché funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. La salvaguardia del *going concern* rappresenta il primario obiettivo dei recenti interventi comunitari aventi ad oggetto la materia. In tal senso non si può non menzionare la Raccomandazione della Commissione Europea 2017/135/ Ue, la quale poneva, tra gli obiettivi di un nuovo approccio all'insolvenza e alla crisi di impresa, quello di "*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*".

La necessità dell'emersione e gestione tempestiva della crisi è stata affrontata a partire dalla riforma del diritto fallimentare del 2005, il cui obiettivo, tra gli altri, è stato quello di preservare, laddove possibile, la continuità aziendale. Tuttavia, gli interventi riformatori non hanno pienamente conseguito i risultati attesi in termini di emersione tempestiva della crisi e salvaguardia della continuità aziendale. Il numero dei fallimenti, infatti, è continuato ad essere di gran lunga superiore a quello dei concordati preventivi. Sul tema, l'analisi empirica segnala come le procedure di riorganizzazione abbiano presentato carattere risolutivo in una modesta percentuale di casi. Così, E. Brodi, *Tempestiva emersione e gestione della crisi di impresa. Riflessioni sul disegno di un efficace "sistema di allerta e composizione"*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 440, 2018, pp. 5-8. Si veda anche A. Danovi, S. Giacomelli, P. Riva, G. Rodano, *Strumenti negoziabili per la soluzione della crisi d'impresa: il concordato preventivo*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 430/2018.

Dunque, la Raccomandazione Europea prima e la Direttiva *Insolvency* (Direttiva Ue 2019/1023) poi, introducono la cultura del risanamento capovolgendo il paradigma che accompagnava il diritto concorsuale da diverso tempo, secondo il quale le c.d. procedure minori (prima fra tutte quella di concordato preventivo) erano relegate ad un ruolo residuale rispetto alla procedura fallimentare. La riforma Rordorf fa proprio tale approccio individuando come elemento centrale l'obbligo di istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili *ex* art. 2086, comma 2, del Codice civile. Coerentemente al dettato dell'ordinamento europeo e all'insegnamento di quello statunitense, il Codice della crisi supera la tradizionale e consolidata interpretazione del fallimento come strumento per eliminare dal mercato l'imprenditore divenuto insolvente, a favore di una concezione della crisi ispirata alla *rescue culture* e alla *second chance* di derivazione statunitense, teorizzate nel *Chapter 11* dello *U.S. Bancruptcy Code*, secondo cui privare le imprese in crisi della possibilità di avviare un processo di ristrutturazione finisce inevitabilmente per danneggiare il mercato, i creditori e, in genere, il sistema economico. Connesso alla precedente garanzia di una "seconda opportunità" è il principio della tempestività nella rilevazione dei sintomi della crisi, sul presupposto che vi sia una relazione di proporzionalità tra il successo di ogni tentativo di superare la crisi e la sua tempestiva rilevazione. Tale obiettivo del legislatore, oltre ad essere coerente con le raccomandazioni comunitarie, appare in linea rispetto al concetto costantemente sostenuto dalla dottrina aziendalistica. La prassi dei risanamenti aziendali dimostra, infatti, come un intervento tempestivo aumenti in misura considerevole la probabilità di successo del risanamento, mentre il ritardo nel percepire i segnali della crisi conduca sovente ad un'insolvenza difficilmente recuperabile.

Il fattore tempo nei processi di risanamento assume, senz'altro, un ruolo decisivo. La storia di non poche crisi rivela come punto di partenza sia il mancato tempestivo riconoscimento dei sintomi, ovvero come la presa di consapevolezza del declino avvenga quando le problematiche hanno assunto una gravità tale da divenire irreversibili. Il tema è stato oggetto di ricerche pubblicate nel 2018 (A. Danovi, S. Giacominelli, G. Rodano, *Strumenti negoziali per la soluzione della*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

crisi d'impresa: il concordato preventivo, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 430, p. 13), le quali mostrano che, tra l'altro, tra le imprese che hanno fatto ricorso ad una procedura concorsuale, la quota di quelle classificate come "rischiose" due anni prima dell'apertura della procedura era pari al 63,3%, mentre il 30,3% era classificata come "vulnerabile" e solo il 6,4% era classificata come "sicure".

Aspetto qualificante del cambiamento di passo auspicato dal legislatore del Codice è rappresentato dalla definizione dello stato di crisi come probabilità di futura insolvenza. Viene introdotto così un concetto fondamentale poiché si interpreta la crisi non soltanto come evento accertato *ex post*, ma soprattutto come evento da valutare *ex ante*. La conoscibilità della crisi si sposta a un momento preventivo rispetto a concetti tradizionali della *scientia decoctionis*.

Il legislatore della riforma, attraverso l'istituzione dell'obbligo di adozione di adeguati assetti societari, pare, dunque, aver condiviso le riflessioni che si sono susseguite in dottrina, proponendosi il lodevole obiettivo di far emergere, prima di ogni intervento da parte dell'autorità giudiziaria, le difficoltà dell'impresa per evitare che la crisi degeneri in insolvenza irreversibile. La finalità dell'emersione tempestiva della crisi risponde altresì alla necessità di una forte evoluzione (forse anche "rivoluzione") culturale delle imprese, troppo spesso poco avvezze ad una gestione e programmazione formalizzate.

2.3 Gli assetti societari alla luce del Decreto Insolvency

Una delle novità di maggior impatto pratico nell'attuale contesto introdotte dal decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della Direttiva *Insolvency* è rinvenibile nell'art. 3 CCII, dalla rubrica "A*deguatezza degli assetti e delle misure in funzione della rilevazione tempestiva della crisi*", che fa specifico riferimento al comma 2 dell'art. 2086 Cc. Come si evince nella Relazione Illustrativa, la funzione del novellato art. 3 è quella di "*fornire all'imprenditore le indicazioni utili e necessarie per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà, anche prima diventino vera e propria crisi e di attivarsi per risolvere le problematiche insorte*". In particolare, il nuovo comma terzo dell'art. 3 del riformato Codice della crisi consente di dare contenuto sostanziale alla definizione di adeguati assetti, rimasti sinora troppo spesso un aspetto teorico e astratto. Infatti, il riformato art. 3 del Codice della crisi prevede espressamente che gli assetti *ex* art. 2086, comma secondo, del Codice civile devono consentire all'imprenditore di: *i)* rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale; *ii)* verificare la sostenibilità dei debiti e la presenza di concrete prospettive di continuità aziendale per almeno i successivi dodici mesi e i segnali di allarme per la emersione tempestiva della crisi d'impresa; iii) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la ragionevole perseguibilità del risanamento, di cui all'art. 13 del Codice della crisi.

Oltre a definire il contenuto minimo degli adeguati assetti, il legislatore individua dei segnali di allarme, che tali presidi devono essere in grado di rilevare periodicamente:

1. l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
2. l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3. l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
4. l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies*, comma 1, del Codice della crisi.

Come si evince dalla Relazione Illustrativa al decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi, le novità da quest'ultimo introdotto chiariscono "*la funzione delle misure e degli assetti organizzativi e i segnali di allarme più significativi rispetto ad alla situazione di difficioltà in cui si trova l'impresa*". Inoltre, la disposizione in esame attua le previsioni dell'art. 3 della Direttiva *Insolvency* poiché, come si evince dalla Relazione Illustrativa, "*chiarisce i termini e le condizioni in presenza dei quali l'imprenditore deve valutare se attivarsi ricorrendo ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, menzionando, tra di essi, anche le esposizioni debitorie in presenza delle quali il successivo articolo 25 novies prevede l'intervento dei creditori pubblici qualificati*".

Le modifiche apportate dal legislatore permettono di fornire un contenuto all'apparato gestionale delle imprese, composto da misure e assetti che devono essere funzionali alla rilevazione di quanto sopra esposto.

Gli assetti devono essere in grado, in primo luogo, di rilevare tempestivamente gli "squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario". Tale rilevazione deve, tuttavia, essere interpretata tenendo conto delle caratteristiche dell'attività svolta (a titolo esemplificativo la dimensione, il settore e l'oggetto). In secondo luogo, gli assetti devono consentire il monitoraggio (e quindi la verifica) della non sostenibilità dei debiti e l'esistenza di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi, nonché degli specifici segnali di allarme individuaie dal legislatore della riforma. Infine, gli assetti devono consentire di produrre informazioni che possano essere prontamente estratte per utilizzare la lista di controllo ed effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

ART. 3, DIRETTIVA UE 2019/1023
"ALLERTA PRECOCE E ACCESSO ALLE INFORMAZIONI"

1. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Ai fini di cui al primo comma, gli Stati membri possono avvalersi di tecnologie informatiche aggiornate per le notifiche e per le comunicazioni online.
2. Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi.
3. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione.
4. Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione. 5. Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.4 Il dovere di istituire adeguati assetti tra imprenditori collettivi e individuali

L'art. 375, secondo comma, CCII oltre a mutare la rubrica dell'art. 2086 Cc, lo ha integrato con un comma secondo (la norma, prima della riforma del 2019, si limitava a stabilire – cosa che ancora oggi fa il comma primo – che "*l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*"), ai sensi del quale"*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 di 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*".

Con il Codice della crisi, mediante la citata integrazione al Codice civile, la nozione di adeguati assetti, peraltro già presente nell'ordinamento civilistico a seguito della riforma del diritto societario del 2003 – per le sole S.p.A. (prima della riforma del CCII) – in forza del combinato disposto di cui agli artt. 2381 e 2403 Cc, assurge a paradigma comune a tutti i tipi societari.

Prima dell'intervento del Codice della crisi, la struttura organizzativa dell'impresa era affidata ad uno scarno principio generale (art. 2086 Cc, "*l'imprenditore è il capo dell'impres*a") e ad un sintetico dovere di adozione delle misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro (art. 2087 Cc) (cfr. M. Irrea, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo tra codice della crisi e bozza di decreto correttivo*, in Il Nuovo Diritto delle Società, pp. 122-123). Con il Codice della crisi, invece, mediante l'integrazione all'art. 2086, secondo comma, Cc, viene sancito un principio di corretta gestione che abbraccia la struttura organizzativa, amministrativa e contabile di tutti i tipi societari.

Per quanto concerne gli imprenditori individuali, l'art. 3 CCII, dispone che "*l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*".

Dalla lettura del dato normativo si evince che all'imprenditore collettivo è richiesto un *quid pluris* rispetto all'imprenditore individuale in tema di presidi organizzativi.

A parere degli scriventi, è ragionevole ritenere che la necessità di dotarsi di adeguati assetti non sia circoscritta alle sole imprese collettive, bensì si estenda anche agli imprenditori individuali. Si tratta di una conclusione che appare avallata dall'obbligo a carico di tutte le imprese, individuali e collettive, di operare in modo tale da perseguire il canone di continuità aziendale correlato alla nozione di imprenditore, ai sensi dell'art. 2082 Cc. In altre parole, il riferimento alla "*natura e dimensione*" dell'impresa avrebbe, a prescindere dalla precisazione di cui all'art. 3 CCII, circoscritto l'obbligo di istituire adeguate forme di organizzazione in quanto necessarie ed imprescindibili per qualunque impresa. In aggiunta, l'art. 3 CCII ha comportato uno sfasamento temporale – non del tutto comprensibile – tra l'entrata in vigore dell'obbligo di istituire adeguati assetti a carico delle imprese che operano in forma collettiva o societaria e quella dell'obbligo di istituire misure idonee a carico dell'imprenditore individuale, che invece è subordinata all'entrata in vigore del CCII.

2.5 Gli adeguati assetti come cuore della funzione gestoria

L'aspetto sistematicamente più rilevante della modifica apportata dal Codice della crisi all'art. 2086 Cc riguarda la nuova rubrica, che ha sostituito quella precedente, "*Direzione e gerarchia dell'impresa*": "*Gestione dell'impresa*". Questo intervento mostra come gli adeguati assetti rap-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

presentino il cuore della funzione gestoria di tutte le imprese. Infatti, come è stato osservato, si tratta di una vera epropria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, per così dire trasversale, rispetto ai modelli di organizzazione dell'attività che riveste un valore di novità sistematica di centrale rilevanza (cfr. P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta, La nuova disciplina delle procedure concorsuali, in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 483). In questo senso, il novellato art. 2086 Cc, da pura regola gerarchica dell'imprenditore individuale, diviene il punto di riferimento per tutte le imprese relativamente all'approntamento del più adeguato presidio gestionale da realizzare al fine di rilevare tempestivamente la crisi ed attivarsi prontamente per salvaguardare la continuità aziendale.

Inoltre, in stretto collegamento con l'art. 375 del Codice della crisi il successivo art. 377 dello stesso codice modifica gli articoli in tema di amministrazione delle società di persona (art. 2257 Cc), azionarie (art. 2380 *bis* e art. 2409 *novies* Cc), e a responsabilità limitata (art. 2475 Cc), prevedendo che la gestione dell'impresa si svolga nel rispetto del riformulato art. 2086 Cc. In questo modo, viene a culminare un percorso normativo che, muovendo dal Tuf in tema di doveri del collegio sindacale per le società quotate (art. 149) e attraverso le evoluzioni introdotte dal legislatore nell'ultimo ventennio in tema di società azionarie (artt. 2381 e 2403 Cc), di enti collettivi (Dlgs 231/2001) e di discipline di settore (da quello bancario e assicurativo, sino alle società a partecipazione pubblica), ha progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assettiorganizzativi quale principio di corretta gestione dell'impresa.

Sebbene il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi presenti elementi innovativi introdotti dal CCII in funzione della precoce rilevazione della crisi, in realtà è ben conosciuto e già disciplinato dal quadro normativo precedente alle ultime modifiche. La nuova disposizione, infatti, si inserisce nel solco della regola introdotta dalla riforma del diritto societario del 2003 (Dlgs 17 gennaio 2003, n. 6) per le società per azioni negli artt. 2381 e 2403 Cc: un principio in relazione al quale la dottrina aveva già avuto modo di sottolineare che, con riferimento alle imprese azionarie, gli assetti organizzativi devono risultare adeguati non solo *to a going concern*, ma altresì ad un'efficace, completa, puntuale e tempestiva rilevazione dei segnali della crisi (P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in Giurisprudenza Commerciale n. I/2018, p. 77).

Tuttavia, l'art. 2381 Cc, si è rilevato, alla prova concreta dei fatti, non sempre adeguato ad intercettare tempestivamente i primi indizi di crisi aziendali. Proprio a tal fine, infatti, il legislatore ha integrato la formulazione dell'art. 2086 Cc, disponendo che l'adeguatezza degli assetti organizzativi deve essere funzionale alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, affinché l'imprenditore possa attivarsi senza indugio (*rectius*: senza tardare) per l'adozione delle misure più idonee alla risoluzione della crisi e al recupero del *going concern*.

2.6 La centralità degli adeguati assetti in situazioni di crisi contingente

Molto spesso le imprese che versano in una situazione di crisi, sia essa reversibile o irreversibile, si prestano ad avviare un percorso di risanamento senza che abbiano preventivamente adottato adeguati assetti gestionali. Questo aspetto comporta sovente un allungamento dei tempi necessari per la predisposizione del piano, della proposta e della documentazione necessaria per dare avvio ed esecuzione ad un piano di *turnaround*, rendendo quest'ultimo impraticabile o difficilmente percorribile. Infatti, la "codificazione" delle regole degli adeguati assetti che inte-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ressa – o dovrebbe interessare – tutte le imprese, individuali e collettive, comporta applicazioni pratiche che, specialmente in caso di difficoltà economica dell'impresa, possono consentire a quest'ultima di uscire dalla crisi in maniera più efficace.

L'adozione di adeguati assetti organizzativi, infatti, non è necessaria ed imprescindibile soltanto ai fini dell'identificazione tempestiva della crisi, ma anche – e soprattutto – durante il normale esercizio dell'attività d'impresa.

L'adozione di un'ottica prospettica e di programmazione formalizzata, fondata su una pianificazione a medio termine, è essenziale per prevenire e affrontare la crisi contingente in maniera efficace ed efficiente.

In definitiva, l'assenza di adeguati presidi gestionali durante la normale operatività dell'impresa, non solo renderà assai complesso rilevare tempestivamente la crisi, ma sarà piuttosto difficile che al manifestarsi della stessa, la società sia nelle condizioni di trovare una soluzione e salvaguardare la continuità aziendale.

La mancata adozione di simili presidi *ex ante*, infatti, può incidere *ex post* in termini di impraticabilità di soluzioni anticipatorie e/o di inattendibilità dei piani di risanamento, per carenza di strumenti informativi di previsione, verifica e monitoraggio dello stato di salute dell'impresa.

2.7 La funzionalità degli adeguati assetti all'emersione tempestiva della crisi

Il legislatore del Codice della crisi assegna primaria rilevanza al nesso tra l'adeguatezza degli assetti societari e la tempestiva emersione della crisi, funzionalizzando espressamente l'idoneità degli assetti (anche) alla rilevazione tempestiva della crisi. Ciò costituisce indubbiamente una delle innovazioni di maggiore rilievo. La stessa Relazione Illustrativa al Codice della crisi ribadisce che l'importanza dell'obiettivo di consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, evitando l'insolvenza, deriva dal fatto che "*le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile*". Questa finalità deriva dalla presa d'atto dell'incapacità della maggior parte delle imprese, specialmente se di piccole e medie dimensioni, di promuovere autonomamente e tempestivamente i processi di risanamento.

L'avvento delle novità normative, dunque, incentiva l'adozione di presidi gestionali orientati non più a fornire dati storici, la cui analisi può essere funzionale a constatare la sussistenza dello stato di crisi già in atto, ma soprattutto ad evidenziare dati attuali e prospettici, che consentano di prevenire l'emersione della crisi. In altre parole, la continuità aziendale non deve essere più limitata alla verifica che il capitale sociale non si riduca al di sotto del limite legale, ma, piuttosto, alla valutazione delle scelte strategiche future attuate dall'impresa, da realizzare attraversol'istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

L'intento di incentivare l'emersione anticipata della crisi è strettamente connesso con il concetto costantemente predicato dalla dottrina, secondo cui un intervento tempestivo aumenta in maniera considerevole le probabilità di successo del risanamento. Sebbene il pronto rilevamento delle situazioni di difficoltà dovrebbe (*rectius*: avrebbe dovuto) già rappresentare un primario obiettivo degli assetti organizzativi introdotti con la riforma del diritto societario del 2003, la prassi dei *turnaround* aziendali conosce una realtà sovente differente, in cui le prime contro-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

misure intervengono in uno stadio già avanzato di crisi economica e finanziaria. Pertanto, il legislatore è intervenuto con l'intento di contrastare questa tendenza, mediante l'introduzione di un pilastro sul quale si fonda l'intera disciplina della prevenzione dell'insolvenza: gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

La funzionalità degli assetti societari alla rilevazione tempestiva della crisi

Riccardo Ranalli

SOMMARIO: 3.1 Le finalità di dettaglio degli assetti organizzativi e i flussi informativi occorrenti – 3.2 I presupposti di un assetto organizzativo adeguato – 3.3 Il principio di proporzionalità – 3.4 Le indicazioni della composizione negoziata in tema di adeguati assetti organizzativi – 3.5 L'attuazione della direttiva unionale e le conseguenze in materia di assetti organizzativi – 3.6 L'auspicio per una ulteriore evoluzione

l Codice della crisi, attraverso la modifica dell'art. 2086 del Codice civile, aveva delineato a carico dell'imprenditore specifici obblighi in funzione della tempestiva rilevazione della crisi e l'adozione senza indugio di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale (per maggiori approfondimenti si rinvia a Ranalli, *Le misure di allerta – dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'Ocri*, Milano, 2019).

La tempestiva rilevazione della crisi è indiscutibilmente un obiettivo aulico che, senza necessità di una traduzione in concrete misure organizzative di dettaglio, rischia di rimanere circoscritto nell'area dei meri auspici. Di adeguati assetti volti alla prevenzione della crisi e dei relativi presidi organizzativi si fa, infatti, un gran parlare e più se ne parla più essi appaiono sfumati nei contorni. Ci si riferisce al più alla cultura della valutazione prospettica (c.d. *forward looking*) alla quale dovrebbe essere orientato l'assetto organizzativo, senza considerare che il confezionamento dei dati prospettici richiede a sua volta metodo. Sostenendo il primato del *forward looking* sempre e comunque, a prescindere dalla affidabilità dei relativi dati, senza domandarsi come debbano essere costruite stime prognostiche adeguate, si corre il concreto rischio di elevare al rango di strumenti di valutazione dello stato di salute le mere aspettative dell'imprenditore, talvolta costituite da semplici speranze, facendole in tal modo prevalere sulla realtà fattuale.

Per fare chiarezza in un contesto così indefinito occorre procedere per gradi, in modo ordinato e rigoroso attraverso fasi successive: in primo luogo occorre l'individuazione delle finalità di dettaglio degli assetti organizzativi nelle quali si declinano gli obiettivi contenuti nel comma 2 dell'art. 2086 Cc; quindi vengono individuati i flussi informativi occorrenti allo scopo; in ultimo devono essere comprese le logiche e le modalità per disporre in modo affidabile ed appropriato di tali flussi informativi. Il tutto nel quadro della proporzionalità dell'assetto alla complessità e alle dimensioni dell'impresa.

Nonostante nella versione originaria il Codice della Crisi la *governance* dell'impresa fosse stata espressamente estesa agli adeguati assetti organizzativi atti ad intercettare tempestivamente si-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tuazioni di crisi e ad adottare le iniziative idonee, nel quadro normativo mancavano indicazioni puntuali per la concreta realizzazione di tali assetti. Utili indicazioni arrivano dall'art. 14 CCII che, integrato dal comma 1 dell'art. 13, ricostruiva a ben vedere il quadro di riferimento dei ruoli dell'organo amministrativo, di quello di controllo, del revisore e conseguentemente dell'assetto organizzativo che deve essere adottato.

Da esso emergevano cinque specifici obblighi ai quali è tenuto l'organo amministrativo:

1) la stima in continuo del prevedibile andamento aziendale (comma 1 dell'art. 14 CCII);
2) la valutazione della sostenibilità del debito in via prospettica (art. 2 lett. *a)* e comma 1 art. 13 CCII);
3) la valutazione dell'equilibrio economico finanziario (comma 1 dell'art. 14 e dall'art. 2 lett. *a)* CCII);
4) la valutazione della continuità aziendale (comma 1 art. 13 CCII);
5) il monitoraggio in continuo della situazione debitoria al fine di escludere la presenza di *"ritardi nei pagamenti reiterati e significativi"* (comma 1 art. 13 CCII).

Restava comunque un grado di riferimento di alto livello che avrebbe necessitato di linee operative di dettaglio. Così, Ranalli, *Adeguatezza degli assetti organizzativi, "indicatori" e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in *Atti del Convegno Courmayeur* 20-21 settembre 2019, Milano, 2021, p. 56.

La disciplina della composizione negoziata, introdotta dal Dl 118/2021 convertito nella legge 147/2021, costituisce uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale. Essa, pur se nata con finalità emergenziali, ha ora sostituito la composizione assistita del titolo II del CCII. Ebbene, da tale disciplina possono essere tratte fondamentali indicazioni in materia di assetti organizzativi. La composizione negoziata reca, infatti, enunciazioni circostanziate che consentono di tradurre un concetto astratto e di complessa definizione (quello degli adeguati assetti) in principi concreti ed immediatamente fruibili dalle imprese (ne ravvisa il presupposto sistematico nell'art. 2086 del Codice civile, che impone l'istituzione di assetti organizzativi adeguati, anche in funzione di prevenzione della crisi, riconducibile ai principi di corretta amministrazione e non al *safe harbour* della *business judgement rule*, Montalenti, *Business crisis and corporate recovery: preliminary remarks*, in *Il nuovo diritto delle società*, 10/2021).

Essa, a ben vedere, contiene tecniche di analisi della crisi d'impresa grazie alle indicazioni contenute nel decreto dirigenziale del ministero della Giustizia del 28 settembre 2021. Si tratta di indicazioni, con ogni evidenza, funzionali anche alla previsione tempestiva dell'emersione della crisi che come tali assumono rilevanza con riferimento alle misure e gli assetti organizzativi occorrenti. Ci si riferisce all'utilizzo della lista di controllo e all'alimentazione del test previsti dal Dl 118 citato.

3.1 Le finalità di dettaglio degli assetti organizzativi e i flussi informativi occorrenti

Prima di esaminare il portato di tale norma occorre domandarsi quali sono gli strumenti per intercettare gli indizi di crisi. Rilevante è certamente il tema della stima in continuo del prevedibile andamento aziendale. Ad esso si accompagna la valutazione prognostica della sostenibilità del debito e, di conseguenza, dell'equilibrio finanziario e della continuità aziendale, che sono una derivata della prima, per quanto la continuità aziendale possa trovare il proprio pregiudizio anche in eventi diversi dalla insostenibilità del debito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PRINCIPIO DI REVISIONE INTERNAZIONALE (ISA ITALIA)

Il principio di revisione internazionale (ISA Italia) 570, che affronta il tema della continuità aziendale, individua altri eventi o circostanze che, considerati individualmente o nel loro complesso, possono far sorgere dubbi significativi sul presupposto della continuità aziendale. Il Principio si premura però di precisare che l'elenco non è esaustivo e la presenza di uno o più di tali eventi o circostanze non implica necessariamente l'esistenza di un'incertezza significativa. Che si tratti di meri indizi della discontinuità aziendale e non di indicatori di sicura discontinuità emerge con chiarezza dallo stesso Principio di revisione, laddove esso prevede che: "*La rilevanza di tali eventi o circostanze può spesso essere attenuata da altri fattori. Ad esempio, il fatto che un'impresa non sia in grado di saldare i debiti ordinari può essere compensato da un piano della direzione volto al mantenimento di adeguati flussi di cassa con strumenti alternativi, quali la cessione di attività, la rinegoziazione dei termini di pagamento dei prestiti o l'aumento di capitale. Analogamente, la perdita di un importante fornitore può essere attenuata dalla disponibilità di un'adeguata fonte alternativa di approvvigionamento*".

A ben vedere, il prevedibile andamento aziendale trovava già un riferimento, in epoca anteriore rispetto al Codice della crisi, nel n. 6) del comma 3 dell'art. 2428 Cc, norma che ne richiede l'indicazione nella relazione sulla gestione.

Le prospettive aziendali costituiscono invero già da tempo la fonte delle informazioni occorrenti per la determinazione del valore d'uso dei beni nel rispetto di quanto previsto dai principi interni (OIC 9) e da quelli internazionali (IAS 36), al punto che si può dire, a pieno titolo, che il piano sia il presupposto per una effettiva applicazione dei principi contabili. Non possiamo però ignorare che, a dispetto della sua cogenza, il principio OIC 9 (che fornisce utili indicazioni in materia di proporzionalità di impiego per le società di minori dimensioni) è quello di fatto meno rispettato e sono molto poche le realtà che oggi adottano processi di pianificazione strutturati e sistematici.

Dal prevedibile andamento aziendale è possibile ricavare il giudizio sulla sostenibilità del debito. Ebbene il debito è sostenibile in via prognostica quando i flussi di cassa libera al servizio dello stesso ne consentono il pagamento unitamente ai relativi interessi. Si tratta di un concetto apparentemente semplice ma che, a meglio vedere, presenta alcuni profili di incertezza o quanto meno di difficoltà di approccio dipendenti dalla individuazione del debito che deve essere servito e dei flussi liberi al servizio dello stesso.

Il debito che deve essere servito è in primo luogo costituito dal debito finanziario del quale è ragionevolmente prevedibile il rimborso.

ESEMPIO

Non è tale il debito autoliquidante se sostenuto dal ciclo attivo della fatturazione e cioè quando quest'ultima non è attesa in diminuzione; non lo è nemmeno una linea di credito di cassa in assenza di elementi che inducano a prevederne la sua restrizione per effetto di una diminuzione del merito di credito dell'impresa. Per entrambi, linee autoliquidanti e linee di cassa, rileveranno, in assenza di criticità, i soli interessi in via di maturazione. Fanno ovviamente parte del debito da servire le rate capitali ed interessi dei finanziamenti a medio-lungo termine. È peraltro possibile che siano stati convenuti rimborsi in unica soluzione o siano in essere mutui con maxi rata finale: in tali frangenti, occorre domandarsi se siano in concreto praticabili rifinanziamenti o riscadenziamenti dei debiti in scadenza prima del loro pagamento, per la cui praticabilità è necessaria la presenza di una situazione di equilibrio finanziario.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il test pratico per la verifica della ragionevole praticabilità dello strumento del risanamento dell'impresa previsto dall'istituto della composizione negoziata e descritto nella sezione I del decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 costituisce la tecnica di analisi della crisi d'impresa, in quanto consente di determinare, con un approccio argomentato e controllabile, i flussi al servizio del debito e il debito che deve essere servito dagli stessi.

Si tratta delle due grandezze fondamentali per comprendere se sussista l'equilibrio economico-finanziario e la sostenibilità dei debiti. In particolare, i flussi liberi al servizio del debito sono costituiti dai flussi finanziari, che derivano dall'attività operativa, che nel percorso semplificato del test sono assunti nella loro grandezza economica, al netto degli investimenti di mantenimento occorrenti e del pagamento degli oneri fiscali (vi è più di una grandezza aziendalistica che può essere utilizzata allo scopo: la principale di esse è il *Free Cash Flow from Operations* (FCFO); altra grandezza, utile in un approccio semplificato, è il *Net Operating Profit after Taxes* – NOPAT).

Il debito da sostenere tiene conto del debito in scadenza, isolando, per comodità di approccio, il debito operativo non scaduto; esso risente quindi dei possibili interventi di mitigazioni, nonché dei deflussi derivanti da una gestione operativa che distrugge risorse. Tutto ciò è rappresentato nel test in questione.

L'equilibrio finanziario, infine, corrisponde alla sostenibilità del debito a regime, quindi oltre l'orizzonte temporale di risanamento. La dipendenza delle grandezze finanziarie da quelle economiche comporta che, quanto meno in un orizzonte temporale di lungo termine, anche l'equilibrio economico non sia irrilevante ai fini della valutazione dello stato di salute dell'impresa. L'equilibrio finanziario deve infatti essere stabile e non precario e come tale poggiare su un saldo economico positivo (quanto meno in termini di Margine Operativo Lordo). Il che non equivale però a dire che, una volta garantito l'equilibrio economico, il rischio di crisi d'impresa sia scongiurato. Non sarebbe infatti sufficiente dilatare a dismisura il tempo per il rientro del debito finanziario sul solo presupposto di un equilibrio economico esistente, per consentire comunque l'espressione di una valutazione favorevole sull'equilibrio finanziario. Occorre, come ben sanno gli organi deliberanti delle banche, che lo *stock* del debito finanziario sia rimborsabile in un numero di anni coerente con il settore di attività (rilevano a tale riguardo in particolare la stabilità dei flussi e la durata del ciclo di vita dei prodotti).

Ci si deve a questo punto domandare che cosa si debba intendere in concreto per situazione di equilibrio finanziario stabile. Un momento di utile riflessione può essere tratto dal disposto dell'art. 2467 Cc, norma che – seppur a diverso fine e, precisamente, per escludere la postergazione dei finanziamenti erogati dai soci nelle società a responsabilità limitata e, per via del richiamo operato dall'art. 2497 *quinquies* Cc, nei gruppi – declina la misurazione dell'equilibrio finanziario in termini di rapporto tra l'indebitamento e il patrimonio netto, con la precisazione che l'anomalia (e, quindi, la postergazione) del finanziamento può essere desunta dall'indice c.d. di indebitamento (assimilabile a quello di *leverage*) costituito dal rapporto tra i debiti finanziari e i mezzi propri. Se è vero che la dottrina aziendalistica (per un approfondimento v. Documento Cndec-Aristeia, "*L'equilibrio finanziario*", 2003) ha individuato misure di normalità, di attenzione e di criticità del rapporto di *leverage*, è altrettanto vero che non ha senso parlare di livelli assoluti di leva finanziaria, rivelatori di un indebitamento "eccessivo". Infatti, a uno stesso rapporto di indebitamento può corrispondere una situazione di solidità finanziaria (ad esempio, per una realtà che produce rilevanti flussi di cassa e che è esposta a rischi contenuti) così come un di-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sequilibrio finanziario (ad esempio, in presenza del rischio di drenaggio di liquidità a fronte di rilevanti incertezze).

È invalso l'uso di ricorrere a indici per misurare l'equilibrio finanziario (rapporto tra debiti e patrimonio netto o tra debiti finanziari e margine operativo lordo).

Chi scrive ha da tempo osservato (Ranalli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria: profili aziendalistici*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio, Sassani, cap. 1, § 5.2, Milano, 2017) che è altrettanto impraticabile l'individuazione di livelli degli indici universalmente accettabili, non fornendo, quelli medi tratti dal mercato, alcuna indicazione coerente con la situazione di fatto sul ciclo di conversione dei risultati economici in flussi di cassa, sull'intensità del fabbisogno finanziario derivante dagli investimenti di mantenimento, né sui fattori di rischio ai quali è esposta l'impresa. Tutti i rapporti in questione sono indicatori sintetici e statici che, per sorreggere la verifica del riequilibrio finanziario attraverso un percorso logico-argomentativo, dovrebbero essere analizzati alla luce delle specificità aziendali, nonché dei rischi ai quali i flussi reddituali e finanziari sono esposti, di modo che, per esempio, possa essere apprezzato il grado di elasticità dei costi rispetto ai ricavi (in quanto inversamente proporzionale ai rischi di perdite in caso di calo dei volumi).

Il test contenuto nel decreto dirigenziale consente di superare un siffatto approccio e permette di procedere attraverso una valutazione controllabile quale è quella che discende dal rendiconto finanziario prospettabile a regime in un'astratta ipotesi di neutralità dei volumi produttivi (e cioè di crescita nulla del valore della produzione). Si tratta di una situazione c.d. di *steady state*, ovvero di stato stazionario. Il ricorso ad uno *steady state*, infatti, consente di evitare di far dipendere il dato prospettico da elementi di incertezza costituiti dalla conversione delle grandezze economiche in grandezze finanziarie (per effetto dei tempi di incasso delle vendite, di rigiro del magazzino e di pagamento dei fornitori).

Per la prova dell'equilibrio finanziario è sufficiente assumere il margine operativo lordo (e cioè la somma delle voci "Differenza tra valore e costi della produzione" e "B10 ammortamenti e svalutazioni" del Conto economico), dedurvi gli investimenti annui di mero mantenimento dell'apparato produttivo e delle imposte sul reddito e confrontarlo con il debito finanziario diverso da quello autoliquidante.

Dal confronto, in analogia a quanto previsto dal test (il test limita il campo di osservazione al debito in scadenza nei successivi due anni. L'equilibrio finanziario necessita l'estensione della valutazione all'intero debito diverso da quello operativo corrente), è agevole calcolare in quanti anni ha luogo il rimborso del debito finanziario (con l'accortezza che è assimilabile al debito finanziario anche il debito commerciale, erariale e contributivo scaduto):

- se esso non è superiore alla durata massima dei finanziamenti a medio lungo termine per il settore specifico di attività in cui opera l'impresa, la situazione è finanziariamente equilibrata;
- diversamente non ci sarà la possibilità di ottenere dal sistema bancario e degli intermediari finanziari il sostegno del fabbisogno finanziario dell'impresa.

Tale approccio consente anche di valutare, in modo argomentato e controllabile, se il fabbisogno finanziario con una unica rata di rimborso al termine (c.d. *bullet*) o da strutture di finanziamenti con maxi-rata di rimborso (c.d. *balloon*) possano essere sostenute finanziariamente dall'impresa e conseguentemente permettere all'organo amministrativo di ritenere la situazione finanziariamente equilibrata pur in presenza di un prossimo rimborso apparentemente non so-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stenibile con le risorse finanziarie correnti e quindi di accertare la sussistente praticabilità di un rifinanziamento o di un riscadenziamento.

Si può dire pertanto adeguato un assetto organizzativo se esso consente di disporre delle informazioni occorrenti per l'impiego degli strumenti delle sezioni I e II del decreto dirigenziale e, in particolare, l'esecuzione del test pratico (e di conseguenza la misurazione dell'equilibrio finanziario), nonché la compilazione della *check-list* per la redazione del piano d'impresa. Il che fa emergere l'esigenza di monitorare in continuo la magnitudo del debito scaduto in quanto, costituendo parte del debito da servire, occorre per la compilazione del test.

La valutazione del debito scaduto non è però rivolta solo a profili quantitativi ma anche a profili qualitativi. Si pensi a ritardi che superino il limite della fisiologia e cagionino reazioni da parte dei creditori commerciali, non ultima quella più temibile sotto il profilo della continuità aziendale del blocco degli approvvigionamenti; si pensi anche situazioni di *past due* delle esposizioni bancarie che comportino la segnalazione in centrale rischi (ritardi di pagamenti e sforamenti di affidamenti superiori a novanta giorni).

3.2 I presupposti di un assetto organizzativo adeguato

L'*output* di un assetto organizzativo deve dunque essere tale da rendere disponibili i flussi informativi per la misurazione dell'equilibrio finanziario e la conduzione del test di cui alla composizione negoziata.

Invero, entrambi presuppongono una stima affidabile dei dati prognostici, più prossimi quelli per la conduzione del test pratico, su un orizzonte temporale più ampio, per la misurazione dell'equilibrio finanziario. Il dato prognostico richiede comunque un processo di pianificazione. Non vi è dubbio alcuno sul fatto che un governo efficace dell'impresa risieda nella pianificazione dell'attività e che le decisioni, quanto meno quelle strategiche, debbano essere assunte avendo riguardo al loro impatto prognostico sulla sostenibilità del debito e sull'equilibrio finanziario. Con una metafora propria di chi scrive, l'impresa si governa accendendo i fari e guardando la strada, non fissando lo sguardo sullo specchietto retrovisore: il dato storico fa parte del passato e l'esperienza ci insegna che il futuro non si ripresenta mai esattamente negli stessi termini, modi ed intensità che hanno caratterizzato l'esperienza vissuta.

Sia che venga adottato un piano pluriennale o che, nel rispetto del principio della proporzionalità alle dimensioni e complessità dell'impresa, ci si limiti ad un *budget*, il cui orizzonte temporale è di un solo esercizio, ovvero si ricorra ad un piano di tesoreria a breve termine, i dati dell'informativa devono essere completi (non debbono cioè essere trascurate informazioni rilevanti), consistenti (e cioè coerenti con la realtà dell'impresa) ed appropriati (e cioè utili allo scopo).

In assenza di un *set* di principi di riferimento che possano essere seguiti per determinare i dati prognostici, le indicazioni operative per la redazione dei piani di risanamento costituenti la lista di controllo (*check-list*) contenuta nella sezione II del cennato decreto dirigenziale della composizione negoziata costituisce un fondamentale riferimento, sia avendo riguardo alla rilevazione ed alla gestione della crisi d'impresa, che più in genere alla conduzione dell'impresa.

L'idoneità dell'impresa a rispettare i contenuti della lista di controllo necessita però della disponibilità di tre pilastri fondanti:

a. il pilastro di una corretta strutturazione e di un corretto collocamento delle funzioni aziendali, che presuppone chiare missioni e responsabilità nel rispetto del fondamentale princi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pio della separazione (e della contrapposizione) tra il ruolo esecutivo e quello di controllo. Esso è il tramite che permette di transitare dalla definizione delle strategie alla stima dei loro effetti. L'imprenditore, per sua natura, e così anche le sue funzioni operative, guardano al futuro con positività e non è a loro che si può chiedere la prudenza nella misurazione dell'impatto delle strategie ipotizzate. La formulazione delle stime richiede un'attività di analisi di credibilità svolta nella contrapposizione tra colui che controlla e colui che formula le ipotesi;

b. il pilastro della definizione di un insieme di procedure e di regole interne atte, tra l'altro, ad individuare le informazioni disponibili all'interno dell'impresa, raccoglierle e definirne la loro fruizione, assicurandone l'affidabilità. Il corretto e critico impiego delle informazioni esistenti, nonché la verifica della loro correttezza ed esaustività sono infatti un presupposto imprescindibile per rendere possibile l'espressione di stime affidabili. Il che presuppone una specifica attività di mappatura delle informazioni e di definizione delle regole di utilizzo;
c. il pilastro dell'adozione dei necessari strumenti e ci si riferisce necessariamente agli strumenti informatici quale presupposto più efficace del requisito della qualità del dato (c.d. *data quality*) e della praticabilità del periodico aggiornamento delle elaborazioni.

D'altronde la stessa qualità del dato trova negli strumenti informatici il principale presidio che consente di implementare controlli impliciti di sistema e l'ancoraggio a dati non incisi da soggettività. Si tratta, in particolare, di introdurre presidi automatici volti ad assicurare: (i) la completezza del dato e cioè la presenza delle informazioni storiche sufficienti per le valutazioni richieste; (ii) l'accuratezza dello stesso e cioè l'assenza di errori materiali e la sua coerenza con i dati storici; (iii) l'appropriatezza e cioè la coerenza con le finalità, le ipotesi sottostanti al modello utilizzato, i rischi ai quali è esposta l'impresa.

3.3 Il principio di proporzionalità

La proporzionalità alle caratteristiche e alle dimensioni dell'impresa è un principio cardine al quale deve essere informato l'assetto organizzativo perché assuma la prerogativa della sua adeguatezza. Lo stabilisce in modo puntuale il comma 5 dell'art. 2381 Cc in materia di governo della società per azioni: *"Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"*. Esso è ripreso dall'art. 108 del TUB e dall'art. 6 del TUF e costituisce un criterio, anche comunitario, di generale applicazione che non interessa solo l'ambito societario.

Le modifiche introdotte dall'art. 375 CCII all'art. 2086 Cc lo ribadiscono, estendendone la portata: *"l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa"*.

Gli adeguati assetti non sono un modello rigido e non si può pretendere di regimentare le *business rules* entro schemi preconfezionati, buoni a tutti gli usi. Ne deriverebbe l'irrigidimento dell'impresa con pregiudizio della capacità di intrapresa. Verrebbe meno ogni discrezionalità nel governo della stessa al punto tale da pregiudicare la libertà di iniziativa. Gli assetti organizzativi devono essere definiti *ad hoc*, adeguati alle caratteristiche dell'impresa e alle sue dimensioni,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

coerenti con il modello di *business* ma anche rispettosi dell'imprescindibile valutazione del rapporto costi/benefici. Essi sono l'esito di una valutazione che è rimessa all'imprenditore *ex ante* e che, solo laddove sia palesemente incongrua prescindendo dalle pratiche in uso e da un ordinato *iter* logico deliberativo, potrebbe essere oggetto di censure.

L'esigenza del bilanciamento tra efficienza ed efficacia è ben nota a tutti coloro che valutano l'adeguatezza del sistema di controllo interno. Esso si traduce nell'analisi dei costi/benefici che deve sempre avere un saldo positivo per i secondi. L'efficacia, infatti, può essere assicurata solo a condizione che sia rispettata l'efficienza e cioè che i costi, anche in termini di rischi assunti, che ne derivano non siano superiori ai benefici: è efficiente un presidio che consente di raggiunge l'obiettivo con l'impiego minimo delle risorse indispensabili.

Pur se il piano d'impresa è potenzialmente il più efficace presidio organizzativo per intercettare tempestivamente la crisi, rimettere esclusivamente ad esso la valutazione della presenza o dell'assenza di indizi di crisi non solo comporta oneri esorbitanti in capo ad un'impresa di piccole dimensioni ma espone anche al rischio di costituire, nei casi in cui le regole sottostanti non siano sufficientemente evolute, un mero alibi per trascurare la situazione fattuale.

Il principio della proporzionalità trova un'efficace espressione nel principio contabile OIC 9 che, ai fini degli *impairment test*, per le imprese di minori dimensioni consente l'impiego di dati economici in luogo di dati finanziari.

A tale semplificazione si può anche attingere ai fini della definizione degli assetti in questione. Vi attinge in particolare la lista di controllo del decreto dirigenziale che al punto 4.11.4 consente alle piccole ed alle micro imprese di ricorrere alle sole grandezze economiche.

Stretti tra l'inaffidabilità delle stime e la ravvisata insufficiente significatività del dato storico, occorre individuare una terza via per condurre un'affidabile diagnosi dello stato di salute dell'impresa: quella della valutazione critica dell'andamento corrente (per un approfondimento degli approcci possibili si rinvia a Ranalli, *Le misure di allerta – dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'Ocri*, cit., cap. III, § 10).

Le piccole imprese che, con rare eccezioni, non dispongono di presidi organizzativi atti ad assicurare una pianificazione affidabile, per il monitoraggio potranno adottare strumenti di valutazione dell'andamento aziendale che, superando i limiti costituiti dal dato retrospettico, correggano quest'ultimo con indicatori di *performance* riferibili al momento presente.

3.4 Le indicazioni della composizione negoziata in tema di adeguati assetti organizzativi

Il fatto che la composizione negoziata poggi su una piattaforma telematica (art. 2 del Dl 118, cit.) accessibile a tutti gli imprenditori attraverso il sito della camera di commercio comporta la diffusione dei contenuti aperti al pubblico di tale piattaforma. Ci si riferisce alla *check-list* ed al test pratico, oltre che al protocollo di conduzione della composizione negoziata (sezione III del decreto dirigenziale).

Il decreto dirigenziale attribuisce dunque un contenuto di dettaglio al quadro di riferimento

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che poteva essere tratto dalle disposizioni generali e specifiche in materia. Il decreto dirigenziale ha avuto il pregio di tradurre nel corpo normativo tecniche che prima erano confinate nell'ambito delle buone pratiche. Il test di praticabilità e la lista di controllo consentono di declinare in indicazioni operative fruibili l'astratta enunciazione di assetti atti sia a valutare in continuo lo stato dell'impresa, intercettando tempestivamente la crisi d'impresa (in particolare i paragrafi 1 e 2 della lista di controllo), che ad assumere le idonee iniziative di cui all'art. 2086 Cc e all'art. 3 del CCII (in particolare il test ed i paragrafi 3, 4 e 5 della lista di controllo).

L'impresa per essere in grado di condurre l'esercizio del test di praticabilità e per redigere un piano di risanamento nel rispetto della lista di controllo dovrà aver preliminarmente organizzato processi interni atti a individuare, implementare, raccogliere, valutare ed impiegare le informazioni disponibili in continuo occorrenti per l'alimentazione dei "campi dati" (le caselle) del test e per il rispetto della lista di controllo. Di talché l'assetto potrà ritenersi adeguato sul punto solo se è in grado di produrre i flussi informativi occorrenti.

Il test, in particolare, lungi dall'essere un esercizio meccanico a valle di una acritica estrazione di dati dal sistema contabile, impone all'imprenditore la consapevolezza sui flussi che l'impresa è in grado di porre al servizio del debito e sul debito che deve essere servito, tenendo conto, per un verso, della erosione di risorse necessitante prima di pervenire all'equilibrio economico, e per altro verso delle iniziative *una tantum* che possono essere realizzate per contenere il debito da servire. Nel contempo consente di distinguere le crisi da eccesso di indebitamento e leva finanziaria rispetto a quelle derivanti da incapacità di generazione stabile di flussi finanziari netti. Attraverso il test l'imprenditore percepisce con chiarezza il rapporto causa-effetto delle grandezze fondamentali e può svolgere un valutazione dinamica delle stesse. Valutazione che gli indici di bilancio, per la loro staticità, non consentono.

Pare necessario soffermarsi anche sul disposto dell'art. 15 del Dl 118/2021 (ora trasfuso nell'art. 25 *octies* del CCII), in tema di obblighi segnaletici all'organo amministrativo facenti capo a quello di controllo. Esso, prima ancora che essere allineato a quanto previsto dal Codice della crisi, risponde alle clausole generali dell'obbligo di vigilanza gravante sul collegio sindacale. L'organo di controllo, infatti, da una parte, vigila verificando le valutazioni, la tempestività e l'appropriatezza delle iniziative assunte dall'organo amministrativo, dall'altra parte, è tenuto a segnalare all'organo amministrativo eventuali anomalie riscontrate nell'assetto organizzativo e anche la presenza di uno stato di crisi. Dalla norma non si deve pertanto trarre l'introduzione di un nuovo obbligo, quanto la conferma della diversità del ruolo dell'organo di controllo di fronte alla crisi rispetto a quello dell'organo amministrativo.

Tutto ciò nel quadro di quanto già previsto ai sensi daell'art. 2403 Cc e nella consapevolezza che, al manifestarsi della crisi, un organo di controllo vigile ed attivo mitiga le proprie responsabilità di fronte all'inerzia di quello amministrativo.

3.5 L'attuazione della direttiva unionale e le conseguenze in materia di assetti organizzativi

Il decreto legislativo che ha attuato la direttiva unionale 2019/1023 (Direttiva *Insolvency*) portando le modifiche al CCII è intervenuto sia sulla nozione di crisi che declinando le finalità specifiche che debbono essere assicurate dagli assetti organizzativi per essere riconosciuti come adeguati per consentire di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi tempestiva rilevazione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dello stato di crisi. La definizione di crisi viene ricondotta all'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi, in una prospettiva temporale definita e comunque più ampia rispetto a quella ricavabili indirettamente dagli indicatori di crisi, soppressi dal decreto legislativo.

Come più volte detto detto, mancava nel Codice della crisi l'individuazione delle finalità di dettaglio (gli *output*) di un assetto adeguato per la tempestiva rilevazione della crisi. Lo fa ora il decreto legislativo che ha recepito la Direttiva *Insolvency* il quale ha introdotto all'art. 3 del Codice la declinazione degli assetti organizzativi, del tutto in linea con quanto sopra rappresentato. In particolare, il terzo comma individua gli obiettivi di dettaglio delle misure e degli assetti organizzativi perché possano essere riconosciuti idonei ed adeguati. Si tratta della idoneità a consentire: (a) la rilevazione degli squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, nel rispetto del cennato principio di proporzionalità; (b) la verifica della non sostenibilità dei debiti o dell'assenza delle prospettive di continuità aziendale nei dodici mesi successivi; (c) la possibilità di ricavare, rendendole fruibili, le informazioni necessarie per l'impiego del test e della lista di controllo (*check-list*) previsti per la composizione negoziata.

Passandoli in esame, occorre osservare che è finanziariamente equilibra un'impresa il cui debito sia sostenibile a regime. Il riferimento alle grandezze economiche accanto a quelle finanziaria ("economico- finanziario") è giustificato dal fatto che esse possono essere utilizzate in luogo delle seconde, in un ottica di semplificazione, per le imprese di dimensioni più ridotte.

L'equilibrio patrimoniale, menzionato dalla disposizione, trova nuovamente un collegamento con la sostenibilità del debito laddove si consideri che il valore d'uso degli attivi (al quale sono volti gli *impairment test*) non è altro che il valore attuale dei flussi di cassa che essi sono in grado di generare. Sicché si può concludere che le finalità enunciate sotto la lettera a) sono coerenti con quelle di cui alla lettera b) e il contenuto della lettera c) detta tecniche di dettaglio per la misurazione di entrambe.

Al comma 4 dello stesso art. 3 sono inoltre individuati alcuni segnali di allarme, rilevanti per gli effetti di cui al comma 3 (e cioè per prevedere una crisi non ancora manifestatasi) che l'assetto organizzativo adeguato deve essere in grado di "rilevare" (art. 3, co. 3, lett. b). Essi sono nel successivo comma 4 volti a misurare l'intensità del debito scaduto, non in quanto indice di uno stato di crisi, ma quale elemento incidentale nella misurazione dello stato di salute finanziaria dell'impresa. Tali sono, infatti, le soglie di significatività dei ritardi di pagamento delle retribuzioni (se superiori a 30 giorni per oltre la metà dell'ammontare complessivo), dei fornitori (se lo scaduto da almeno 90 giorni assume un ammontare superiore al debito verso i fornitori non scaduti), delle banche (se superiori a 60 giorni e quindi con 30 giorni di anticipo rispetto al *past due* soggetto a segnalazione in Centrale Rischi), dell'Agenzia delle entrate, dell'Agente della riscossione, dell'Inps e dell'Inail (se superiori a puntuali soglie di rilevanza). Il fatto che queste ultime siano estremamente contenute non deve preoccupare né indurre a temere un onda anomala di falsi positivi nella rilevazione della crisi. Il superamento della soglia di rilevanza non significa, infatti, la presenza di una crisi ma semplicemente la presenza di uno scaduto che l'organo amministrativo non può ignorare nel valutare la situazione finanziaria dell'impresa.

Costituisce, infatti, un elemento di adeguatezza dell'assetto organizzativo la sua idoneità ad intercettare ritardi nei pagamenti che assumano un livello meritevole di attenzione. Nella piena consapevolezza che, in un Paese quale il nostro, essi costituiscono un diffuso

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

strumento di reperimento delle risorse finanziarie; al punto che ci si riferisce allo scaduto "fisiologico" per distinguerlo da quello "patologico", con l'avvertenza che la distinzione tra i due non risiede nelle soglie indicate le quali assumono la valenza di meri segnali di possibile difficoltà.

3.6 L'auspicio per una ulteriore evoluzione

Il rafforzamento degli assetti organizzativi che deriva dalle indicazioni di dettaglio del decreto dirigenziale apre la strada ad ulteriori evoluzioni che ci si auspica il sistema in cui operano le imprese e quello camerale, coinvolto nella gestione dello strumento della composizione negoziata, possano essere in grado di realizzare. Sono in particolare, ad avviso di chi scrive, due diversi i momenti evolutivi. Il primo di questi è costituito dalla realizzazione, che ci si attende spontanea da parte del mercato, di strumenti informatici evoluti che rendano agevole la redazione dei piani d'impresa per le PMI sulla base delle indicazioni contenute nella lista di controllo. Tali strumenti informatici renderebbero più agevole la redazione di piani d'impresa adeguati e costituirebbero lo strumento principe per consentire alle imprese di individuare se, quando e come agire. Essi, se messi a disposizione delle imprese interessate dal sistema camerale, consentirebbero inoltre di rafforzare ulteriormente quanto, peraltro, già esistente, nell'ottica di una piena attuazione del contenuto del par. 1 dell'art. 3 della Direttiva *Insolvency* ("*Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio*"). Il secondo momento dovrebbe essere costituito dall'evolvere di iniziative, che hanno avuto precedenti in Europa e in Italia, volte a creare bacini di competenze assicurate da *manager* in pensione e da aziendalisti disposti ad operare, *pro bono* o con il sostegno economico di organizzazioni collettive, per un limitato numero di mesi a supporto delle imprese in qualità di mentore.

È stato osservato (Pagni, Fabiani, op. cit., 17), e non si può condividerlo, che "*uno spirito solidaristico non velleitario che potremmo definire la solidarietà dei vantaggi compensativi*" trovi nella composizione negoziata il "*luogo adatto per smussare gli angoli, per far percepire ad una collettività di soggetti che la crisi dell'impresa singola spesso sconfina nella crisi del mercato e che la crisi del mercato può essere più pericolosa e più dannosa di una qualche rinunzia*".

In presenza di una crisi d'impresa il rischio più rilevante è, infatti, quello della sottrazione della più parte del tempo disponibile dell'imprenditore dalla gestione dell'impresa per dedicarlo alla gestione finanziaria e ciò nel momento in cui maggiormente occorre imprimere cambi di direzione o di metodo del concreto agire, se non addirittura del modello di *business*. L'esigenza di cambiamento, se per una impresa in difficoltà od in crisi è sempre vera, in questo momento storico inciso dal mutamento dei costumi dei consumatori e dei modelli operativi indotti da ormai due anni di pandemia, oltre che dalle strategie di transizione (digitale e *green*) derivanti dal PNRR, assume carattere prioritario, diventando una precondizione per il successo del risanamento. Disporre di competenze specifiche che assistano l'imprenditore in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

difficoltà attraverso il confronto ed il dibattito e che apportino metodo ed ordine nell'affrontare i cambiamenti necessari si è dimostrato essere un elemento determinante nella gestione della crisi d'impresa.

A livello europeo è stato varato nel 2012 un circuito progettuale (*Early Warning Europe*) condotto da 15 organizzazioni provenienti da 7 Stati membri volto a fornire assistenza gratuita, imparziale e riservata alle PMI in situazione di squilibrio economico, patrimoniale o finanziario: ciò avviene affiancando agli imprenditori in difficoltà consulenti volontari che desiderano, in qualità di mentori, mettere a disposizione della collettività la propria esperienza e le conoscenze maturate nel corso della loro attività professionale. Si tratta di *manager*, prevalentemente in pensione, di imprese di grandi dimensioni e alcuni professionisti (commercialisti, avvocati, consulenti finanziari) che hanno conoscenza del settore di appartenenza dell'impresa oggetto di analisi. È previsto un supporto, attraverso un dialogo costruttivo tra imprenditore e consulente volontario, per realizzare un processo di *turn-around* aziendale, individuando i principali processi migliorabili e nuove soluzioni atte a risolvere problemi gestionali.

Sono molti gli attori che potrebbero promuovere la creazione di tali bacini. Si pensi al mondo universitario, ma anche a quello delle associazioni datoriali e dei *manager* e allo stesso sistema camerale: tali bacini di competenze cpotrebbero essere messi a disposizione delle imprese nel momento in cui intendono accedere alla composizione negoziata.

Si tratterebbe di creare bacini di competenze professionali alle quali le imprese possano accedere fruendo del distacco a tempo determinato di *manager*, sostenuto volendo anche da parziale contribuzione pubblica sul modello del voucher per la internazionalizzazione di cui al Dm 15 maggio 2015, giustificata da *reskilling* che questo periodo di marcata transizione richiede.

La compresenza di un mentore che assiste l'imprenditore e quella di un facilitatore che stimola la ricerca della soluzione e il raggiungimento degli accordi con le parti interessate costituirebbe un *unicum*, anche a livello europeo, e risponderebbe appieno al par. 2, lett. b), dell'art. 3 della Direttiva *Insolvency* laddove prevede che "*Gli strumenti di allerta precoce possono includere … servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private*". Il Dl 118/2021 e il decreto dirigenziale che ne è scaturito costituiscono dunque un riferimento nitido per la costruzione di assetti adeguati alla tempestiva rilevazione della crisi d'impresa e per l'adozione dei necessari rimedi. Si collocano pertanto appieno sia nel solco della legge delega che ha portato all'emanazione del Codice della Crisi che della Direttiva *Insolvency*.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Amministratori, organo di controllo e revisore: i doveri

Mario Difino, Patrizia Riva

SOMMARIO: 4.1 La tutela dei terzi nel sistema delle società di capitali – 4.2 I doveri degli amministratori – 4.3 Il sistema dei controlli societari – 4.4 I doveri dell'organo di controllo – 4.5 I doveri del revisore – 4.6 Conclusioni

4.1 La tutela dei terzi nel sistema delle società di capitali

Nelle società di capitali, per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (artt. 2325 e 2462 Cc). Riveste, quindi, fondamentale importanza la salvaguardia del capitale e della continuità aziendale a tutela dei diritti dei terzi. A questo obiettivo sono finalizzate le norme del Codice civile e le disposizioni collegate in materia di amministrazione, controllo e revisione.

4.2 I doveri degli amministratori

L'art. 2392 Cc impone agli amministratori di adempiere agli obblighi loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Anche se non è possibile in questa sede analizzarli tutti, si possono individuare tre categorie principali di doveri riguardanti rispettivamente la corretta gestione dell'impresa, l'informativa interna ed esterna e le azioni per fronteggiare gli eventi che possono compromettere la continuità aziendale.

4.2.1 Obblighi di corretta gestione dell'impresa

Anche a seguito dell'approvazione del Codice della crisi d'impresa, il legislatore ha precisato i principi e le procedure obbligatori che integrano la corretta e diligente gestione amministrativa. Tra i doveri espressamente previsti vi sono: *a)* curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa (art. 2381, 5° co., Cc); *b)* agire in modo informato (art. 2381, 6° co., Cc); *c)* valutare il generale andamento della gestione (art. 2381, 3° co., Cc). A tali doveri si sovrappongono quelli analoghi previsti dall'art. 2086 Cc, appropriatamente rubricato "*Gestione dell'impresa*", che impone all'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato *anche* in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'obbligo di agire con diligenza e in modo informato implica che la gestione degli amministratori, le cui scelte non sono sindacabili nel merito, debba rispettare il principio di ragionevolezza sulla base delle cautele, delle verifiche e delle informazioni normalmente richieste per intraprendere le singole operazioni, onde valutare preventivamente e in modo adeguato i relativi margini di rischio.

L'esatto adempimento di tali obblighi deve essere verificato caso per caso, in relazione alla natura e alla dimensione dell'impresa, alla luce delle interpretazioni e delle norme di comportamento elaborate dalla dottrina e tenendo conto della giurisprudenza. Anticipando i concetti che sono maggiormente approfonditi negli altri contributi del fascicolo, ai quali si rinvia, giova ricordare che *l'assetto organizzativo* comprende la configurazione della *corporate governance* aziendale e della struttura organizzativa, *l'assetto amministrativo* comprende le procedure che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni di equilibrio mediante il confronto sistematico fra gli obiettivi perseguiti e i risultati conseguiti, e *l'assetto contabile* è il sistema di rilevazione dei fatti aziendali (cfr. SIDREA – Società italiana dei docenti di Ragioneria e di Economia aziendale, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, p. 7 ss.). *L'equilibrio economico e finanziario* sussiste quando l'impresa è in grado di generare ricavi superiori ai costi (*equilibrio economico*) e di ottenere entrate monetarie sufficienti a far fronte alle uscite monetarie cui è tenuta (*equilibrio finanziario*). *La crisi* è lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi (art. 2, comma 1, lettera a), CCII), mentre *l'insolvenza* è lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2, comma 1, lettera b), CCII).

Si evidenzia che il novellato art. 3, comma 3, CCII richiede che i citati assetti consentano di:

1) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
2) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di allarme al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa;
3) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, comma 2, CCII. Il legislatore ha fornito, in tal modo, riferimenti più articolati per valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Come si può rilevare, con le disposizioni sopra richiamate il legislatore ha, in pratica, introdotto l'obbligo generalizzato della pianificazione e del controllo di gestione, attingendo dalla *best practice* della gestione aziendale, che nella pratica deve essere adattato alle caratteristiche di ciascuna azienda. L'utilizzo dell'avverbio "anche" nel secondo comma dell'art. 2086 Cc implica che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato richiesto dal legislatore non esaurisca la propria funzione nella "rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale", ma abbia una portata ben più ampia, assoggettando l'organo amministrativo all'obbligo di monitorare costantemente l'equilibrio aziendale in modo indipendente da eventuali accadimenti che possano comportare rischi di crisi. Tale obbligo trova conferma nelle norme in tema di bilancio e nei principi contabili, che richiedono agli amministratori di verificare la sussistenza della continuità aziendale onde applicare i criteri di valutazione che si basano su tale presupposto.

Al contrario, il novellato art. 3, comma 2, CCII richiama l'istituzione dell'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile con la specifica finalità e "in funzione" della rilevazione tempestiva della crisi e dell'assunzione delle idonee iniziative. In tale contesto, l'avverbio "anche"

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

è omesso a causa del più ristretto ambito di applicazione di tale norma, relativa appunto alla crisi d'impresa, rispetto alla portata più generale delle prescrizioni dell'art. 2086 Cc.

4.2.2 Obblighi di informativa

Fra gli obblighi di informativa interna ed esterna ricordiamo: *d)* riferire periodicamente al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate; *e)* redigere il bilancio con chiarezza, correttezza e verità (art. 2423 ss. Cc); *f)* dare pubblicità legale al bilancio e agli atti sociali mediante deposito presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 2435 Cc); *g)* indicare il capitale sociale versato ed esistente negli atti e nella corrispondenza (art. 2250 Cc); *h)* indicare la società o l'ente che esercita direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza della società nonché mediante iscrizione presso l'apposita sezione del registro delle imprese, ed esporre le prescritte informazioni nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione (art. 2497 *bis* Cc); *i)* dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale del proprio interesse in una determinata operazione, precisando natura, termine, origine e portata (art. 2391 Cc).

4.2.3 Obblighi in caso di rischi per la continuità aziendale

Come si è detto, agli amministratori incombe in primo luogo il dovere di verificare costantemente l'esistenza delle condizioni di equilibrio economico e finanziario. In circostanze di disequilibrio, quali una consistente riduzione del patrimonio netto, una situazione di capitale circolante netto negativo, bilanci storici o prospettici che mostrano *cash flow* negativi e/o consistenti perdite operative, l'impresa può non essere in grado di proseguire la propria attività con conseguente perdita della continuità aziendale o *going concern*. In tali circostanze, alcuni degli obblighi espressamente previsti in capo agli amministratori sono: *l)* convocare senza indugio l'assemblea quando il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite (artt. 2446, 2447, 2482 e 2482 *bis* Cc); *m)* procedere senza indugio agli adempimenti previsti al verificarsi di una causa di scioglimento (art. 2485 Cc); *n)* 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 (art. 2086 Cc); *o)* al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento del passaggio di consegne ai liquidatori, gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486 Cc).

Nel caso in cui ciò si renda necessario, gli amministratori hanno l'obbligo di vagliare e adottare le misure più opportune per consentire il risanamento tempestivo della situazione dell'impresa, prima che la stessa si trovi in situazione di crisi. A tal proposito, grava sugli amministratori l'obbligo di verificare *i)* il raggiungimento o meno degli obiettivi di gestione come pianificati e *ii)* se i flussi finanziari consentano di procurare i mezzi di produzione necessari e di regolare le passività in scadenza (A. Lolli, *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance delle S.p.A.*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 91 e ss.). In caso di riscontri negativi, gli amministratori sono tenuti a predisporre piani strategici attendibili, diversi da quelli in essere ma giudicati non realizzabili, che consentano di valutare se sia possibile giungere ad un *turnaround* sostenibile dell'attività di impresa, ovvero sia necessario cessare l'attività stessa e liquidare il patrimonio, in forma volontaria ovvero nell'ambito di una procedura concorsuale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

I CONTROLLI SOCIETARI NEL CODICE CIVILE

4.2.4 Ulteriori obblighi specifici a carico degli amministratori

Oltre all'obbligo generico posto dall'art. 2392 Cc, e di quello specifico di cui all'art. 2086 Cc, gli amministratori sono, come già ricordato, destinatari di una serie di ulteriori obblighi accessori, dettati da varie norme di legge quali, a titolo esemplificativo: *p)* tenere la contabilità sociale ai sensi dell'art. 2214, comma 2, Cc ed i libri obbligatori *ex lege* elencati (art. 2421 Cc); *q)* rispettare la normativa civile, tributaria, previdenziale, fiscale e penale ai sensi della normativa specifica.

Tali obblighi sono strumentali a quelli principali di corretta e diligente gestione, di informativa e di reazione ai sintomi della crisi, nell'ottica, come si è detto, della salvaguardia del capitale e della continuità aziendale e della tutela dei diritti dei terzi. Alla verifica dell'esatto adempimento di tali obblighi sono deputati gli organi di controllo e di revisione, i cui compiti sono riassunti nel seguito.

4.3 Il sistema dei controlli societari

A tutela degli *stakeholder*, il legislatore ha previsto un articolato sistema di controlli che riguardano, da un lato, l'osservanza delle norme di legge relative alla redazione del bilancio e quindi l'affidabilità dell'informativa contabile in conformità ai principi contabili di riferimento, e dall'altro l'osservanza della legge e dello statuto. In relazione al controllo di legalità, ai fini della tutela dell'integrità del capitale assume particolare importanza la vigilanza sulla tempestiva attuazione dei provvedimenti obbligatori in caso di perdite significative, tali da pregiudicare la continuità aziendale.

La funzione di controllo del bilancio rientrava originariamente fra i doveri del collegio sindacale previsti dall'art. 2403 Cc, la cui formulazione iniziale imponeva a tale organo l'obbligo di "accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 per la valutazione del patrimonio sociale".

A seguito della riforma del diritto societario apportata con il Dlgs 17 gennaio 2003, n. 6 fu introdotto l'istituto del "controllo contabile" di cui all'art. 2409 *bis* Cc, sostituito successivamente dalla "revisione legale". Quest'ultima funzione è distinta dalla vigilanza anche se è esercitabile dal medesimo organo, e cioè dal collegio sindacale purché composto da revisori iscritti nell'apposito registro, per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato.

Il collegio sindacale incaricato della sola funzione di vigilanza conserva la responsabilità di esprimere il consenso all'iscrizione in bilancio, tra le immobilizzazioni immateriali, dei costi di impianto e ampliamento, dei costi di sviluppo aventi utilità pluriennale e dell'avviamento, e di sottoporre ai soci la relazione sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri nonché le osservazioni e le proposte sul bilancio, acquisendo preliminarmente dai revisori le informazioni relative all'esito dei controlli da essi svolti.

La concreta applicazione delle norme in materia di informazione contabile risulta così sottoposta al giudizio di professionisti qualificati, in conformità con il quadro giuridico europeo e con la prassi internazionale. L'attuazione da parte degli organi sociali dei provvedimenti a tutela del capitale e della solvibilità aziendale è soggetta alla vigilanza dell'organo di controllo, che nel sistema di *governance* tradizionale è costituito dal collegio sindacale o in alternativa, nelle società a responsabilità limitata, dal sindaco unico. Ai sensi dell'art. 2409 *septies* del Codice civile il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti, garantendo così il corretto funzionamento del sistema dei controlli societari.

4.3.1 Le piccole e medie imprese

Prima dell'approvazione del CCII, al rigoroso sistema di controlli previsto dal legislatore sfuggivano le numerose società a responsabilità limitata che non superavano due dei parametri relativi ai ricavi (8,8 milioni di euro), all'attivo (4,4 milioni di euro) e al numero di dipendenti (50 occupati in media durante l'esercizio) previsti dall'art. 2435 *bis* del Codice civile. La trasparenza dell'informazione contabile fornita dalle società che non superavano tali parametri dimensionali risultava poi notevolmente compromessa dalla carenza informativa consentita nel bilancio abbreviato, che può omettere il rendiconto finanziario e non essere accompagnato dalla relazione sulla gestione. Tale falla nel sistema dei controlli societari è stata ulteriormente allargata negli anni 2011 e 2012 a seguito delle modifiche all'art. 2477 Cc approvate con procedura d'urgenza, sotto la spinta dell'emergenza finanziaria, con il dichiarato scopo di ridurre gli oneri per le società. Tali modifiche, tuttavia, hanno prodotto l'effetto di indebolire la disciplina del controllo societario consentendo alle società a responsabilità limitata, anche di rilevanti dimensioni, di sottrarsi alla vigilanza obbligatoria del collegio sindacale ovvero del sindaco unico. A fronte di un modesto risparmio nei bilanci delle società interessate, è stata così pregiudicata l'applicazione generalizzata del sistema dei controlli creato dal legislatore nel corso di svariati anni a seguito di approfonditi dibattiti tecnici.

Il CCII ha esteso, invece, i controlli societari alle società che per due esercizi consecutivi hanno superato anche *uno solo* dei limiti di attivo, ricavi e dipendenti, notevolmente ridotti a 4 milioni di euro (sia per l'attivo sia per i ricavi) e 20 dipendenti occupati in media. Ciò costituisce una condivisibile inversione di rotta da parte del legislatore, che ora impone l'applicazione dei controlli societari ad una platea di imprese molto più ampia. Si riconosce, quindi, a differenza di quanto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

avvenuto nel recente passato, che il beneficio atteso per l'intero sistema economico e sociale dalla più tempestiva prevenzione e gestione delle crisi connessa con la presenza degli organi di controllo è di gran lunga superiore al costo che le società devono sostenere per dotarsi di tali organi.

4.3.2 La composizione dell'organo di controllo

Il collegio sindacale si compone di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci, oltre a due sindaci supplenti (art. 2397 Cc). Il numero dei componenti è stabilito dall'atto costitutivo. Se al collegio sindacale non è affidata la revisione legale dei conti, almeno un membro effettivo ed uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti fra gli iscritti negli albi professionali dei dottori commercialisti ed esperti contabili (sezione A), degli avvocati o dei consulenti del lavoro, ovvero fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche. Ulteriori requisiti di professionalità possono essere stabiliti da leggi speciali che regolano specifici settori di attività o dallo statuto.

Qualora al collegio sindacale sia demandato l'espletamento della revisione legale, tutti i membri devono essere iscritti nel registro dei revisori legali. Nelle società a responsabilità limitata, in caso di nomina del c.d. sindaco unico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni (art. 2477 Cc), in quanto compatibili con la composizione monocratica dell'organo di controllo.

4.4 I doveri dell'organo di controllo

L'art. 2403 Cc attribuisce al collegio sindacale il dovere di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Tali doveri, brevemente illustrati di seguito anche alla luce delle norme di comportamento emanate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, comprendono già quelli originariamente previsti dalla prima versione dell'art. 14 del CCII, ora abrogato, che sostanzialmente li ribadiva senza aggiungerne di nuovi se non in relazione ai nuovi istituti riguardanti la segnalazione e la composizione della crisi.

Per lo svolgimento della propria attività di vigilanza il collegio sindacale è investito di autonomi poteri, consistenti principalmente: *i)* negli atti di ispezione e di controllo, anche utilizzando propri dipendenti ed ausiliari, e nella richiesta di notizie agli amministratori (art. 2403 *bis* Cc); *ii)* nella convocazione degli organi sociali in caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori ovvero qualora il collegio ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere (art. 2406 Cc); *iii)* nell'indagine sui fatti censurabili denunciati dai soci (art. 2408 Cc); *iv)* nella denuncia al tribunale in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità compiute dagli amministratori (art. 2409 Cc).

In caso di cessazione di tutti gli amministratori, il collegio sindacale può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386 Cc).

4.4.1 Vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto

La vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto si sostanzia nel verificare la conformità degli atti e delle deliberazioni degli organi delle società alle norme di legge ed alle disposizioni

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dello statuto. Il collegio sindacale, nell'esercizio della propria attività, è tenuto a vigilare sul rispetto di tutte le norme statutarie, legislative e regolamentari che disciplinano il funzionamento degli organi della società ed i rapporti della stessa con gli organismi istituzionali. La vigilanza è esercitata mediante: *a)* la rilevazione dell'esistenza di un'appropriata struttura organizzativa che consenta il rispetto delle norme e l'esecuzione degli adempimenti da esse previsti; *b)* l'acquisizione di informazioni dal soggetto incaricato della revisione legale, per gli aspetti di sua competenza; *c)* l'ottenimento di informazioni dagli amministratori, in occasione della partecipazione alle riunioni degli organi sociali o di altri incontri o a seguito di richieste specifiche; *d)* l'effettuazione di autonomi atti di amministrazione e controllo.

4.4.2 Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione

Al collegio sindacale non compete un controllo di merito sull'opportunità e la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, bensì la verifica degli aspetti di legittimità delle scelte stesse. La vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione si sostanzia nel verificare la conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica, senza valutare l'opportunità gestionale della scelta.

Il collegio sindacale, anche tramite la partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione, ovvero sulla base delle informazioni assunte o ricevute dagli amministratori o dal soggetto incaricato della revisione legale, vigila che gli amministratori osservino l'obbligo della diligenza nell'espletamento del loro mandato disposto dall'art. 2392 Cc. La vigilanza sul comportamento diligente degli amministratori non riguarda il merito delle loro scelte di gestione, bensì solo il modo in cui esse sono state compiute.

LA VIGILANZA DEL COLLEGIO SINDACALE

OSSERVANZA DELLA LEGGE E DELLO STATUTO	**PRINCIPI DI CORRETTA AMMINISTRAZIONE**	**ADEGUATEZZA ASSETTO ORGANIZZATIVO, AMMINISTRATIVO E CONTABILE**
Conformità degli atti e delle deliberazioni sociali alle disposizioni dello statuto e rispetto di tutte le norme statutarie, legislative e regolamentari applicabili.	Corretto e informato processo decisionale e razionalità economica delle scelte di gestione. Assenza di operazioni estranee all'oggetto sociale, in conflitto di interesse, che compromettano il patrimonio e la continuità aziendale.	Conformità alle dimensioni della società e all'oggetto sociale. Identificazione delle linee di responsabilità nell'organigramma aziendale. Documentazione di direttive e procedure aziendali.
BILANCIO	**GESTIONE**	**CONCRETO FUNZIONAMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE**
Rispetto delle norme procedurali su redazione, approvazione e pubblicazione. Consenso sull'iscrizione dei costi di impianto e ampliamento, di sviluppo e dell'avviamento. Osservazioni e proposte.	Andamento generale della gestione e prevedibile evoluzione. Operazioni gestionali di maggior rilievo. Controllo delle operazioni in conflitto di interesse.	Effettiva conoscenza da parte degli addetti alle specifiche mansioni. Adeguata competenza del personale addetto a svolgere le funzioni assegnate. Efficacia del sistema di controllo interno.

Pertanto, i sindaci devono avere cognizione del corretto procedimento decisionale degli amministratori e non effettuare la verifica della bontà e convenienza dell'operazione. Tuttavia i

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sindaci, nel vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, devono accertare che gli amministratori non compiano operazioni: estranee all'oggetto sociale; in cui essi abbiano un interesse per conto proprio o di terzi; manifestamente imprudenti o azzardate; che possano compromettere l'integrità del patrimonio sociale e la continuità dell'attività aziendale; volte a sopprimere o modificare i diritti attribuiti dalla legge o dallo statuto ai singoli soci; in contrasto con le deliberazioni assunte dall'assemblea o dal consiglio di amministrazione.

In conclusione, gli obiettivi dell'attività di vigilanza sulla "corretta amministrazione" consistono: *a)* nell'accertamento del comportamento degli amministratori, ai quali è richiesto di agire con la diligenza propria dell'incarico ricevuto; *b)* nel controllo che la struttura organizzativa sia idonea a effettuare le operazioni da intraprendere; *c)* nella verifica in ordine all'adeguatezza del patrimonio e delle risorse sociali in relazione alle operazioni aziendali; *d)* nella verifica che il grado di indebitamento sia sostenibile.

4.4.3 Vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento

L'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile è responsabilità degli amministratori, mentre è del collegio sindacale la responsabilità di vigilare su tale adeguatezza e sul suo funzionamento. I requisiti di adeguatezza di una struttura organizzativa aziendale, condizione necessaria per un buon sistema di controllo interno, riguardano principalmente: *i)* la conformità alle dimensioni della società e alla natura e modalità di perseguimento dell'oggetto sociale; ii) la chiara identificazione delle linee di responsabilità nell'organigramma aziendale; *iii)* la documentazione di direttive e procedure aziendali e la loro effettiva conoscenza da parte degli addetti alle specifiche mansioni; *iv)* l'adeguata competenza del personale addetto a svolgere le funzioni assegnate.

La vigilanza del collegio sindacale sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile richiede l'acquisizione di informazioni dall'organo amministrativo e dal comitato di controllo e rischi, nonché dalla funzione di controllo interno, dall'organismo di vigilanza e dal soggetto incaricato della revisione legale mediante l'esame delle loro relazioni e gli incontri periodici. I sindaci segnalano agli amministratori e al soggetto incaricato della revisione legale gli eventuali punti di debolezza riscontrati nell'assetto organizzativo aziendale, sollecitando interventi correttivi e verificandone l'efficacia.

4.4.4 Attività specifiche

Prescindendo dall'eventuale esercizio della revisione legale, l'attività di vigilanza del collegio sindacale comprende le seguenti attività specificatamente previste dalla normativa: *a)* il controllo dell'andamento generale della gestione e la prevedibile evoluzione, nonché delle operazioni gestionali di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381 Cc); *b)* l'espressione del parere sul compenso da riconoscere agli amministratori investiti di particolari cariche (art. 2389 Cc); *c)* il controllo delle operazioni poste in essere dagli amministratori in situazioni di conflitto di interesse (art. 2391 Cc); *d)* il controllo e l'attestazione dei limiti all'emissione di prestiti obbligazionari (art. 2412 Cc); *e)* l'espressione del consenso all'iscrizione in bilancio, tra le immobilizzazioni immateriali, dei costi di impianto e ampliamento, dei costi di sviluppo aventi utilità pluriennale e dell'avviamento (art. 2426 Cc); *f)* la relazione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri, le osservazioni e le proposte sul bilancio (art. 2429 Cc); *g)* l'espressione del parere di congruità del prezzo di emissione delle azioni, in caso di aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (art. 2441 Cc); *h)* le osservazioni sulla situazione patrimoniale della società nel caso di riduzione del capitale per perdite (artt. 2446 e 2482 *bis* Cc); *i)* la relazione sul rendiconto finale degli amministratori qualora sussistano patrimoni destinati a uno specifico affare (art. 2447-*novies* Cc).

Inoltre, il collegio sindacale formula la proposta motivata sul conferimento dell'incarico di revisione legale ed esprime le proprie osservazioni in caso di revoca del medesimo (art. 13, Dlgs 27 gennaio 2010 n. 39). Ai fini dello svolgimento della propria attività il collegio sindacale, oltre alla effettuazione delle proprie periodiche riunioni e dei controlli suddetti deve assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee sociali e alle riunioni del comitato esecutivo. Ai sensi dell'art. 2407 Cc i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili, solidalmente con gli amministratori, per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

L'ATTIVITÀ DEL COLLEGIO SINDACALE

ATTIVITÀ	ACQUISIZIONE INFORMAZIONI
Ispezioni e controlli. Partecipazioni a riunioni periodiche. Adunanze del consiglio di amministrazione, assemblee sociali e riunioni del comitato esecutivo. Convocazione degli organi sociali. Denuncia al tribunale. Verbalizzazione delle attività.	Dall'organo amministrativo, dal comitato controllo e rischi, dalla funzione di controllo interno, dall'organismo di vigilanza, dal revisore legale, dai sindaci delle società controllate.
PARERI, ATTESTAZIONI, PROPOSTE	**RELAZIONI E OSSERVAZIONI**
Sul bilancio. Sul compenso degli amministratori investiti di particolari cariche. Sui limiti all'emissione di prestiti obbligazionari. Sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni con limitazione o esclusione del diritto di opzione. Sul conferimento dell'incarico di revisione legale.	Sui risultati dell'esercizio sociale, sull'attività svolta e sul bilancio. Sulla situazione patrimoniale della società nel caso di riduzione del capitale per perdite. Sul rendiconto finale degli amministratori se sussistono patrimoni destinati a uno specifico affare. Sulla revoca dell'incarico di revisione legale. Sulle gravi irregolarità denunciate dai soci.

4.5 I doveri del revisore

La revisione legale dei conti delle società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale, iscritti nell'apposito registro (art. 2409 *bis* Cc). Secondo i principi di revisione in vigore, gli *obiettivi* della revisione sono: *a)* acquisire una ragionevole sicurezza che il bilancio nel suo complesso non contenga errori significativi, dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali, che consenta al revisore di esprimere un giudizio in merito al fatto se il bilancio sia redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo sull'informazione finanziaria applicabile; *b)* emettere una relazione sul bilancio ed effettuare comunicazioni come richiesto dai principi di revisione, in conformità ai risultati ottenuti dal revisore

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

(Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 200, par. 11); *c)* conformarsi ai principi etici applicabili, inclusi quelli relativi all'indipendenza (Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 200, par. 14); *d)* pianificare e svolgere la revisione contabile con un atteggiamento di scetticismo professionale (Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 200, par. 15 e 16); *e)* esercitare il proprio giudizio professionale nella pianificazione e nello svolgimento della revisione contabile del bilancio; *f)* effettuare la verifica periodica della regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili ai sensi del primo comma, lettera b) art. 14, d.lgs. 39/2010 (Principio di revisione SA Italia 250B "Le verifiche della regolare tenuta della contabilità sociale").

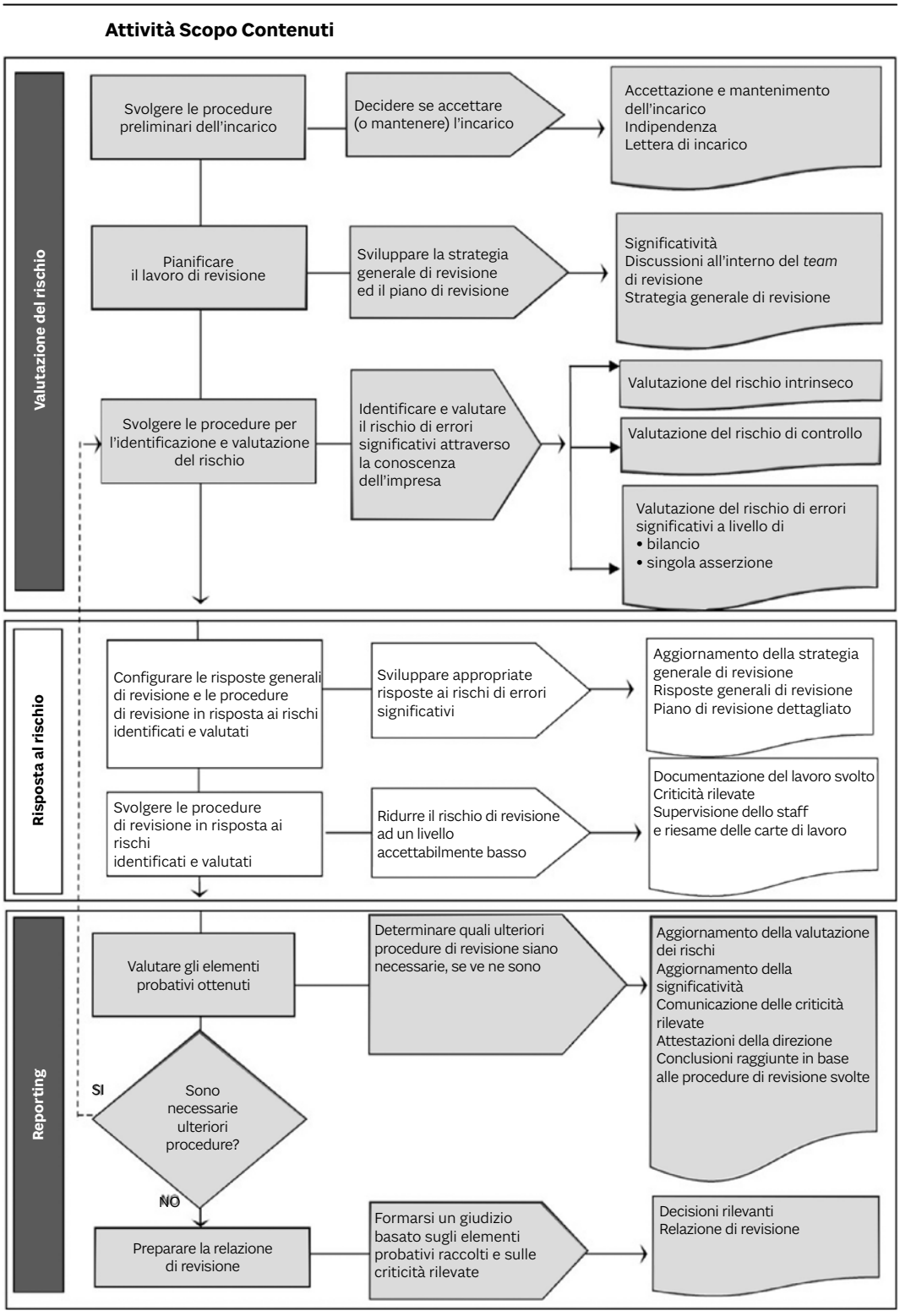
Inoltre, il revisore deve *g)* rilasciare un giudizio sulla coerenza della relazione sulla gestione con il bilancio e sulla sua conformità alle norme di legge (art.14, 1° co., lett. e), Dlgs 39/2010); *h)* per le società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati, il revisore deve esprimere il giudizio sulla coerenza di alcune informazioni contenute nella relazione sul governo societario (art. 123-*bis*, 4° co., Dlgs 58/1998) (Principio di revisione (SA Italia) 720B "Le responsabilità del soggetto incaricato della revisione legale relativamente alla relazione sulla gestione e ad alcune specifiche informazioni contenute nella relazione sul governo societario e gli assetti proprietari").

Il lavoro di revisione è articolato in tre fasi (Principio di revisione ISA Italia 200.7), costituite da *i*) valutazione dei rischi di errori significativi, *ii*) risposta ai rischi identificati e valutati e *iii*) espressione del giudizio. La prima fase è incentrata sull'identificazione e sulla valutazione dei rischi di errori significativi attraverso la conoscenza dell'impresa e del contesto in cui essa opera. La fase successiva consiste nella definizione e il conseguente svolgimento di procedure di revisione appropriate in risposta ai rischi precedentemente identificati e valutati, allo scopo di acquisire elementi probativi sufficienti ed appropriati per supportare il giudizio e la relazione di revisione. L'ultima fase consiste nella formazione ed espressione del giudizio sul bilancio, sulla base degli elementi probativi acquisiti. Lo schema logico-operativo delle fasi e sotto-fasi delle revisione è rappresentato graficamente nel diagramma di flusso riportato a pagina precedente.

OBIETTIVI E REGOLE DEL REVISORE

OBIETTIVI	**REGOLE**
a. Acquisire una ragionevole sicurezza che il bilancio nel suo complesso non contenga errori significativi, dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali, che consenta quindi al revisore di esprimere un giudizio in merito al fatto se il bilancio sia redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo sull'informazione finanziaria applicabile.	a. Il revisore, per gli incarichi di revisione contabile del bilancio, deve conformarsi ai principi etici applicabili, inclusi quelli relativi all'indipendenza.
b. Emettere una relazione sul bilancio ed effettuare comunicazioni come richiesto dai principi di revisione, in conformità ai risultati ottenuti dal revisore.	b. Il revisore deve pianificare e svolgere la revisione contabile con scetticismo professionale, riconoscendo che possono esistere circostanze tali da rendere il bilancio significativamente errato.
c. Effettuare la verifica periodica della regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.	c. Il revisore deve esercitare il proprio giudizio professionale nella pianificazione e nello svolgimento della revisione contabile del bilancio.
d. Rilasciare un giudizio sulla coerenza della relazione sulla gestione con il bilancio e sulla sua conformità alle norme di legge.	d. Per ottenere una ragionevole sicurezza, il revisore deve acquisire elementi probativi sufficienti e appropriati per ridurre il rischio di revisione ad un livello accettabilmente basso e per consentire in tal modo di trarre conclusioni ragionevoli su cui basare il proprio giudizio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE



RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.6 Conclusioni

Nel sistema delle società di capitali, il ruolo dei diversi organi sociali risulta chiaramente distinto e definito. A seguito dell'emanazione del codice della crisi, alcuni articoli del codice civile sono stati modificati meglio precisando i doveri degli organi sociali anche in situazione di *going concern*, recependo in modo apprezzabile la *best practice* aziendale. Il corretto funzionamento del sistema e il perseguimento degli obiettivi di tutela del patrimonio sociale, della solvibilità dell'impresa, degli interessi degli *stakeholder* e della prevenzione della crisi richiede l'intervento di tutti gli attori: amministratori, organo di controllo e revisore. Purtroppo, non è ancora stato posto definitivo rimedio all'indebolimento del sistema dei controlli nelle società a responsabilità limitata derivante dalla riformulazione, ormai risalente nel tempo, dell'art. 2477 Cc. L'ambiguità presente nel testo normativo ha indotto alcuni a ritenere che tali società possano scegliere se dotarsi dell'organo di controllo oppure del revisore, con ciò sottraendosi al rigoroso sistema ideato dal legislatore e rendendo meno efficace il perseguimento degli obiettivi di interesse generale. Naturalmente, un'interpretazione sistematica della normativa porta a concludere che l'assetto organizzativo societario è adeguato soltanto in presenza sia del controllo societario sia del controllo contabile, poiché la necessità di entrambe le funzioni – vigilanza e revisione – ai fini della salvaguardia del patrimonio, e dei diritti dei terzi nonché della prevenzione della crisi dipende dai parametri dimensionali e non dal tipo di società di capitali (cfr. Consiglio Nazionale del Notariato – *CNN Notizie* n. 33, 20 febbraio 2019).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

La responsabilità degli amministratori e dell'organo di controllo

Marco Arato

SOMMARIO: 5.1 "Eccedenza" delle disposizioni sulla governance introdotte dal CCII rispetto alla crisi di impresa – 5.2 I doveri e le conseguenti responsabilità dell'organo amministrativo – 5.3 Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo in materia di assetti adeguati

*L'*articolo 375 (rubricato "*Assetti organizzativi dell'impresa*") del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14 (CCII) dispone quanto segue:

1. La rubrica dell'articolo 2086 del codice civile è sostituita dalla seguente: '"Gestione dell'impresa".

2. All'articolo 2086 del codice civile, dopo il primo comma è aggiunto il seguente:

"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 d'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".

L'articolo 377 CCII, rubricato "*Assetti organizzativi societari*" introduceva un richiamo alla nuova disciplina sulla gestione dell'impresa di cui all'art. 2086 Cc negli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409 *novies* e 2475 Cc che venivano conseguentemente modificati. È stato correttamente rilevato come, alla luce delle modifiche normative descritte, il dovere di corretta gestione dell'impresa si atteggiasse come "trasversale" rispetto ai modelli di organizzazione collettiva dell'attività, e costituisse pertanto una novità sistematica di rilevanza centrale[1]. Il CCII conferma la centrali-

1 P. Montalenti, Gestione dell'impresa assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi, in AA.VV., La nuova disciplina delle procedure concorsuali in ricordo di Michele Sandulli, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 482-491 (483); nello stesso senso, S. Ambrosini, Assetti adeguati e "ibridazione" del modello srl nel quadro normativo riformato, in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi, Studi in onore di Oreste Cagnasso, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, p. 434, ha opportunamente notato che la nozione di adeguati assetti organizzativi assurge a paradigma comune a tutte le imprese, incluse quelle commerciali e quelle non formalmente imprenditoriali, come associazioni, fondazioni e consorzi dediti in concreto all'esercizio dell'impresa i quali dovranno tutti rispettare il dettato del nuovo art. 2086 Cc. Secondo alcuni interpreti desta perplessità la rubrica "gestione dell'impresa" contenuta nell'art. 2086. La norma, infatti, si riferisce anche a soggetti che non svolgono attività di impresa, ad esempio, società di godimento, società tra professionisti (con particolare riferimento alle società tra avvocati), società benefit. sarebbe stato preferibile indicare come rubrica dell'art 2086 "gestione dell'attività economica contemplata nell'oggetto sociale". Così, L. De Angelis, L'influenza dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle srl, in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico ..., cit., p. 556. Inoltre, secondo un'altra opinione, il contenuto dell'art. 2086

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tà dei compiti degli amministratori come collegio nella gestione dell'impresa e, nel caso che qui interessa, nella gestione della crisi dell'impresa. Purtroppo, il decreto 26.10.2020, n. 147 (c.d. Decreto Correttivo) ha introdotto una infelice modifica agli artt. 2380 *bis* e 2475 Cc (sulla quale, peraltro, non è intervenuto il decreto legislativo di recepimento della Direttiva *Insolvency* – d'ora in avanti Dlgs.2022).

L'origine della vicenda deriva dall'applicazione dell'obbligo di adeguati assetti organizzativi contenuta nell'art. 2086, co. 2, Cc ai vari tipi di società. In particolare, con riferimento alla srl, il CCII aveva modificato l'art. 2475 Cc prevedendo l'esclusiva competenza gestoria degli amministratori anche per la creazione di adeguati assetti organizzativi. Si sono levate feroci critiche da parte dei cultori della srl che, quale "*società di persone a responsabilità limitata*" ripartiva i compiti (e le responsabilità) di amministratori e soci nel modo meglio visto.

La modifica apportata dal CCII era sicuramente "*board oriented*". Di qui le critiche[2].

Il Dl 147/2020 (che per questa parte è da tempo in vigore), non solo ha ulteriormente modificato l'art. 2475 Cc precisando che agli amministratori di srl spetta esclusivamente il compito di organizzare la società in modo adeguato anche per la rilevazione tempestiva della crisi. Il Dl 147/2020, a mio modo di vedere, ha perso l'occasione di assimilare le srl alle spa sotto il profilo gestorio, adeguando la loro struttura gestoria alle nuove possibilità di accesso al mercato dei capitali consentita alle sole srl Pmi dal Dl 179/2012 (così come modificato dal Dl 50/2017). Si tenga però presente che le srl Pmi (fino a 250 dipendenti con un fatturato annuo non superiore a 50 m. di euro) rappresentano il 98% di tutte le srl e possono avere una struttura finanziaria e gestoria del tutto simile a quella delle spa. Ebbene, se tali società possono accedere al mercato dei capitali non ha più alcun senso trattarle secondo uno schema personalistico.

In ogni caso la centralità in via esclusiva del ruolo degli amministratori nella gestione della crisi è confermata dall'art. 120 *bis* CCII (modificato dal Dlgs.2022) che prevede che "*l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano*". Addirittura, dall'iscrizione della decisione degli amministratori nel Registro delle imprese, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa. E non costituisce una giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi (art. 120 *bis*, c. 4, CCII). Si tratta di una previsione normativa importante, sul solco di quanto disposto dall'art. 2086, c. 2, Cc che, al di là delle modifiche agli art. 2380 *bis* e 2475 Cc introdotte dal Dl 147/2020, conferma per tutte le società la competenza in via esclusiva degli amminisratori non solo nella gestione della crisi ma, a mio giudizio, nella cura degli assetti organizzativi volti a cogliere i primi segnali della crisi.

---

non riguarda tanto la gestione dell'impresa, quanto ciò che ne sta a monte: per un verso i rapporti gerarchici tra l'imprenditore e i suoi collaboratori; per altro verso la necessità che l'impresa collettiva sia dotata di un adeguato assetto organizzativo. Più corretta, per assicurare coerenza tra etichetta e contenuto, sarebbe stata una rubrica uguale a quella utilizzata per la norma modificatrice (cioè per l'art. 375 CCII), vale a dire "assetti organizzativi dell'impresa": cosi G. Presti, Il legislatore Humpty Dumpy, in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico, cit., p. 680.

2 Cfr. P. Montalenti, Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgment rule, in Nuovo dir. società, 2021, pp. 11 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti (v., in particolare, nota 3).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il legislatore in occasione dell'emanazione del CCII ha inoltre eliminato alcune incertezze generate dalla riforma del diritto societario del 2003. Più in particolare, con l'inserimento del nuovo sesto comma dell'art. 2476 Cc, è stato recepito il prevalente orientamento giurisprudenziale che, pur in assenza di espressa previsione, riconosceva ai creditori sociali la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una srl, qualora gli stessi fossero venuti meno agli obblighi inerenti nella conservazione del patrimonio sociale. Il CCII ha poi introdotto, all'art. 2486, co. 3, Cc, un criterio di liquidazione del danno in caso di accertata responsabilità degli amministratori applicabile nel solo caso di responsabilità degli amministratori per non aver limitato la propria attività ai soli fini conservativi del patrimonio dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. Il codice ha altresì esteso la possibilità di denuncia al tribunale di gravi irregolarità gestionali *ex* art. 2409 Cc a tutte le srl e ha ampliato il novero delle srl obbligate alla nomina dell'organo di controllo. Tali modifiche al tipo srl (e in particolare quelle relative alla estensione dell'azione di responsabilità ai creditori sociali e alla denuncia *ex* art. 2409 Cc) hanno recepito una serie di orientamenti dottrinali che avevano rilevato le pregresse lacune normative e che avevano proposto di colmarle in via interpretativa[3].

5.1 "Eccedenza" delle disposizioni sulla governance introdotte dal CCII rispetto alla crisi di impresa

Come rilevato dai primi commentatori, le modifiche al Codice civile introdotte dalla riforma fallimentare hanno una portata applicativa che eccede i confini della sola disciplina della crisi dell'impresa, e arriva a regolare l'attività di quest'ultima anche nella sua fisiologia[4].

La preoccupazione avanzata da alcuni autori è che l'innesto della disciplina della crisi di impresa all'interno del diritto societario costituisca una "invasion[e] di campo" di tanta e tale portata da rischiare di provocare una "vera e propria crisi del diritto societario di diritto comune"[5]. Addirittura, secondo taluni interpreti, la modifica della *governance* societaria introdotta dal CCII non sarebbe rientrata nei poteri attribuiti al legislatore delegato dalla legge delega che, al contrario, aveva previsto la modifica delle sole norme del codice civile in funzione dell'applicazione del CCII e non nei termini più ampi adottati dal legislatore delegato[6]. Non sono persuaso di tali critiche in quanto, come è noto, secondo la giurisprudenza della Cor-

3 M. Campobasso, Il futuro delle società di capitali, in Banca. Borsa, tit. cred., 2019, I, p. 148 e, precedentemente, O. Cagnasso, Commentario all'art. 2476, in Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, II, p. 1888.

4 P. Benazzo, Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?, Relazione al Convegno nazionale sulla crisi di impresa tenutosi a Parma il 5 aprile 2019, in Riv. soc., 2019, pp. 274-305, sottolinea come le modifiche apportate al codice civile dal CCII abbiano "una ricaduta e un'applicazione strutturalmente e funzionalmente eccedenti rispetto alla sola dogmatica dell'allerta e della prevenzione della crisi, dovendo trovare applicazione anche nella fase più propriamente fisiologica dell'avvio, dello sviluppo e della crescita dell'impresa".

5 In questi termini si esprime P. Benazzo, op. cit., p. 275.

6 Così L. Panzani, La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi con particolare riferimento alle srl, in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico, cit., p. 664; N. Abriani-A. Rossi, Nuova disciplina della crisi di impresa e modificazioni del Codice civile: prime letture, in Società, 2019, p. 400; G. Presti, Il legislatore Humpty Dumpty, cit., p. 677.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

te Costituzionale non occorre confrontare testualmente legge delega e decreto delegato ma i principi e i criteri direttivi della legge delega, al di là del dato testuale, con le norme contenute nel decreto delegato che ha ovviamente margini di discrezionalità nella redazione senza però tradirne la *ratio*[7].

Ovviamente, l'ambito della discrezionalità lasciata al legislatore delegato muta a seconda del grado di analiticità della legge delega[8]. Nel nostro caso, l'esercizio della delega, seppur incisivo nella riforma del diritto societario comune, risponde all'esigenza di meglio consentire l'emersione anticipata della crisi, che è sicuramente uno degli obiettivi primari della legge delega, attraverso una migliore precisazione dei compiti e delle responsabilità degli organi di gestione e di controllo delle società. Pertanto, la riforma societaria contenuta nel codice non pare aver ecceduto i limiti della delega. I meccanismi e gli strumenti introdotti dal CCII, se utilizzati virtuosamente, possono essere una grande risorsa a disposizione degli operatori del settore, addirittura anticipatori della direttiva Ue sull'insolvenza 2019/1023 del 26.6.2019[9]. Per realizzare l'obiettivo di fare emergere la crisi in un momento in cui è ancora possibile perseguire la strada del risanamento dell'impresa, il CCII ha introdotto una serie di misure volte a fare sì che la ristrutturazione della crisi abbia luogo in una fase decisamente anticipata rispetto a quella nella quale tradizionalmente l'impresa italiana "chiede aiuto". A conferma dell'attenzione posta a questa esigenza, nelle more dell'entrata in vigore del CCII, stante la necessità di una procedura che consentisse fattivamente l'anticipata emersione della crisi, con il decreto legge Dl 24 agosto 2021, n. 118, il il legislatore ha introdotto la nuova procedura di composizione negoziata della crisi.

Il cambio di prospettiva appena descritto richiede necessariamente una commistione tra il diritto societario delle imprese *in bonis* e il diritto della crisi, che cessano (e per il vero si tratta di un percorso già intrapreso dal legislatore a partire dalle riforme del 2005) di essere due universi paralleli, e convergono nel sistema unitario della gestione e delle strategie dell'impresa[10]. Peraltro, è stato anche rilevato come il paradigma organizzativo delle imprese societarie sancito dal CCII fosse già presente anche prima dell'introduzione del codice[11].

L'attenzione verso gli assetti organizzativi predisposti dall'imprenditore collettivo non è dunque una novità del CCII, il quale tuttavia esige che tali aspetti abbiano la specifica qualità di essere idonei alla rilevazione tempestiva della crisi.

I citati obblighi comportamentali degli organi societari previsti dall'art. 2086 Cc, nella versione prima modificata con il CCII e poi ulteriormente rivisto dal Dlgs.2022, oltre che alla luce del Dl 118/2021 e dal successivo Decreto dirigenziale 28 settembre 2021, vanno poi

---

7 Corte Cost., 25.11.2016, n. 250 in De Jure e Corte Cost., 23.3.2016, n. 59 in Pluris.

8 Corte Cost., 6.12.2021, n. 272 e Corte Cost., 11.4.2008, n. 98, entrambe in De Jure.

9 Come lucidamente affermato dal "padre" della riforma, R. Rordorf, Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza, in I Contratti, 2019, 2, pp. 129-138 (133) "le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile e a rendere perciò velleitari e non di rado addirittura ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento".

10 R. Rordorf, Prime osservazioni, cit., p. 134, dà infatti atto che "uno degli obiettivi del progetto di riforma consisteva nel realizzare un miglior coordinamento tra la disciplina concorsuale e quella societaria contenuta nel codice civile".

11 P. Benazzo, op. cit., p. 283, osserva che "non paiono esservi le condizioni per affermare che solo grazie al CCII si sia consacrato un paradigma organizzativo in precedenza non presente nelle imprese societarie".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

letti unitamente alla normativa Covid (art. 6 Dl 8 aprile 2020, n. 23 modificato dalla legge di bilancio 2021) che sospende gli obblighi di ricapitalizzazione delle società in determinate situazioni.

La legge 25 febbraio 2022, n. 15, di conversione del Dl 228/2021, ha esteso tale previsione anche alle perdite emerse al 31 dicembre 2021. Il riferimento va anzitutto all'art. 1, co. 266, legge 178/2020, relativo alla disapplicazione per ben cinque anni degli artt. 2446, co. 2 e 3, e 2447 Cc in caso di perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2020. La chiave di lettura della norma è tutta sulle parole "perdite emerse"[12] che va interpretata come perdite rilevanti che sommate eventualmente a perdite anche pregresse fanno scattare le fattispecie degli artt. 2446 e 2447 Cc; in altre parole, non potrà giovarsi della disapplicazione degli artt. 2446, co. 2 e 3 e 2447 Cc chi si trovasse in tale situazione già prima dell'esercizio chiuso al 31.12.2020 (con la conseguenza, però, che chi fosse stato nella situazione prevista dall'art. 2446, co. 1, nel 2019 e nel corso dell'esercizio 2020 non avesse ridotto la perdita al di sotto del terzo o addirittura fosse arrivato alla perdita integrale del capitale ex art. 2447 Cc, dovrebbe poter beneficiare della disapplicazione di tale norma). Va però aggiunto che la legge finanziaria 2021 disapplica solo le norme sulla conservazione del capitale, ma nulla dice sui profili di responsabilità degli amministratori e dei sindaci. Sicuramente non potranno essere responsabili *ex* art. 2486, co. 3 (responsabilità per aggravamento del passivo al verificarsi di una causa di scioglimento) in quanto l'art. 1, co. 266, legge 178/2020 oltre a disapplicare gli artt. 2446-7 afferma che non opera la causa di scioglimento della società prevista dall'art. 2484, co. 4, Cc (e cioè lo scioglimento per la perdita del capitale sociale) e quindi fa venir meno la sola responsabilità derivante da una causa di scioglimento. Tuttavia, da un lato permangono le responsabilità degli organi per fatti diversi dalla prosecuzione dell'attività, e, dall'altro lato, esistono anche altre ragioni di responsabilità degli amministratori, dalla mancata istituzione "di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale" al dovere "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" (così art. 2086 Cc), senza dimenticare le conseguenze penali fallimentari (aggravamento del dissesto a causa del ritardato accesso a procedure concorsuali o ricorso abusivo al credito).

Insomma, se la legge disapplica le cause di scioglimento della società conseguenti alla perdita del capitale, ciò non significa che gli amministratori possano continuare per cinque anni nella gestione come se niente fosse; devono immediatamente adoperarsi per superare la crisi della società considerando la moratoria quinquennale come un'agevolazione di cui non debbono abusare. In conclusione, l'amministratore che non ricapitalizza (e non liquida) la società confidando nella normativa Covid e non si adopera per superare la crisi quanto meno patrimoniale anche accedendo a uno degli strumenti offerti, è ragionevole pensare che andrà incontro a responsabilità. E il documento allegato al Decreto dirigenziale 28.9.2021 (o meglio i suggerimenti e le opportunità comportamentali offerti da tale documento) fornirà ai creditori e agli organi di procedure concorsuali la cartina al tornasole del comportamento virtuoso o negligente dei componenti degli organi sociali.

12 Sul punto, tra gli altri, v. I. Donati, Le società senza patrimonio netto: riflessi concorsuali e nuovo art. 6, Dl "liquidità", in Fallimento, 2021, p. 459.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.2 I doveri e le conseguenti responsabilità dell'organo amministrativo

Il nuovo comma 2 dell'art. 2086 Cc pone in capo all'imprenditore che operi in forma societaria due distinti obblighi. Il primo consiste nel "*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*". Il secondo impone 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*". Dunque, qualunque imprenditore che operi in forma superindividuale è tenuto a "*istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*". È stato rilevato come tale disposizione trasferisca a livello dell'impresa le regole in tema di assetto organizzativo, amministrativo e contabile già declinate dal legislatore della riforma del diritto societario del 2003 negli artt. 2381 e 2403 Cc. I principi che regolavano il sistema degli assetti in base a queste due disposizioni, e che si deve ritenere restino invariati anche nello scenario delineato dal CCII, sono i seguenti: (i) gli organi delegati curano che gli assetti siano adeguati; (ii) il consiglio di amministrazione valuta tale adeguatezza, e (iii) il collegio sindacale vigila su di essa[13] .

La collocazione della disciplina degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili all'interno del secondo comma dell'art. 2086 Cc deve ritenersi opportuna per almeno due ragioni. In primo luogo, l'obbligo di strutturare gli assetti viene enunciato in maniera espressa per tutte le società, mentre precedentemente era ricavabile solo indirettamente dall'art. 2381 Cc, che si limita a distribuire tra organo amministrativo delegato e consiglio delegante le competenze relative a tale operazione. Inoltre, il tema degli assetti appartiene al diritto dell'impresa, e non al diritto delle società, e pertanto la collocazione all'interno dell'art. 2086 Cc appare dotata di una certa razionalità e sistematicità[14] .

Nel sistema dell'impresa disegnato dal CCII, la predisposizione di assetti adeguati appare come il cuore dell'attività di gestione[15]. Ora, qualsiasi considerazione sull'individuazione degli organi gestori e sulle responsabilità da riconoscere agli stessi passa necessariamente dal tentativo di fare chiarezza su cosa debba intendersi per assetto organizzativo, amministrativo e contabile, e quali siano le caratteristiche che gli stessi devono avere per potersi dire adeguati.

Gli assetti organizzativi hanno ad oggetto l'allocazione del potere decisionale, che deve essere compiuta in modo che tale potere sia detenuto e concretamente esercitato da soggetti dotati delle necessarie competenze. Gli assetti amministrativi alle procedure dirette a garantire che le attività aziendali e le singole fasi in cui le stesse si articolano si svolgano ordinatamente. Infine, l'assetto contabile consiste nel sistema di rilevazione dei fatti di gestione.

L'elemento di novità deve essere individuato nel fatto che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile di una società venga considerato adeguato laddove lo stesso si presenti idoneo a rilevare in maniera tempestiva anche l'insorgere del rischio di crisi[16] .

---

13 Da ultimo. S. Ambrosini, op. cit., p. 5 e già ampiamente F. Bonelli, Gli amministratori di S p a. a dieci anni dalla riforma del 2003, Utet giuridica, Milano, 2013, p. 101 ss. Proprio a Franco Bonelli si deve l'elaborazione di gran parte della riforma del 2003 relativa alla governance della s.p.a.

14 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 309-310.

15 S. Ambrosini, L'adeguatezza degli assetti organizzativi. amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato, in IlCaso.it, 15 ottobre 2019, p. 2.

16 P. Benazzo, op cit., p. 299, nonché V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 309-310.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Normalmente, infatti, la creazione di assetti adeguati risponde a obiettivi molteplici, tra i quali primeggia il governo della gestione dell'impresa *in bonis*, mentre l'impiego degli assetti nella prospettiva della prevenzione e della gestione della crisi è tradizionalmente residuale, e, appunto, relegato alla situazione patologica della crisi di impresa.

Come anticipato, tuttavia, l'epoca della cesura netta tra il diritto dell'impresa *in bonis* e il diritto della crisi è tramontata, e il sistema attuale vede una commistione di regole che muovono da due assunti fondamentali: il primo è che la crisi sia un fatto per così dire fisiologico della vita dell'impresa, e non la morte dell'impresa stessa; il secondo è che la crisi dell'impresa sia tanto più gestibile e soprattutto superabile, in particolare in un'ottica di preservazione della continuità aziendale, quanto più tempestivamente si intervenga su di essa. Tali assunti, a loro volta, sono la conseguenza della presa d'atto di un dato ineludibile: il valore dell'azienda deve essere salvaguardato, e l'imprenditore deve avere a disposizione degli strumenti che gli consentano, ove sapientemente utilizzati, di rimettersi in gioco facendo finanche tesoro dell'esperienza pregressa[17] . Pertanto, al di là della critica in ordine alla prospettiva troppo crisi-dipendente nella quale la norma del secondo comma dell'art. 2086 Cc sarebbe stata scritta[18], è evidente (proprio in virtù dell'inciso "anche" contenuto nel comma 2 dell'art. 2086 Cc), che gli assetti debbano essere funzionali anche alla vita dell'impresa. Per il vero, però, questa distinzione perde almeno in parte ragion d'essere nella prospettiva di commistione e sovrapposizione tra la gestione dell'impresa *in bonis* e la prevenzione della crisi. Il risultato a cui si dovrebbe idealmente tendere è quello di una gestione dell'impresa così efficace da ricomprendere in sé l'intercettazione dei primi sintomi della crisi e la cura degli stessi, senza arresti e neppure rallentamenti nella prosecuzione dell'attività produttiva. Addirittura, alcuni commentatori hanno (per il vero sommessamente) avanzato l'ipotesi che l'adeguatezza degli assetti organizzativi sia uno strumento funzionale *in primis* al perseguimento dell'interesse dell'imprenditore, e tuteli i creditori solo in via mediata[19] .

Il fatto che la predisposizione degli assetti sia rimessa all'organo amministrativo consente poi di mantenere la gestione della crisi nelle mani dell'organo amministrativo della società, senza doverla affidare a soggetti terzi, esterni alla società e non necessariamente dotati di mentalità imprenditoriale[20] .

Il vantaggio di tale impostazione è evidente: in una prospettiva virtuosa, l'organo amministrativo intercetta la crisi quando si trova in uno stadio ancora iniziale, ed elabora conseguentemente piani di gestione e risoluzione della stessa.

Il tema degli assetti deve essere esaminato attraverso il prisma dell'adeguatezza. Infatti, la predisposizione di assetti non ha alcun valore in quanto tale, ma solo se tali assetti si presentano come adeguati. Tale adeguatezza, come si è detto, deve essere valutata sia con riferimento alla gestione dell'impresa *in bonis*, sia con riferimento alla idoneità a rilevare la crisi.

È stato correttamente osservato come l'adeguatezza sia un concetto caratterizzato da un alto

17 Tale concetto è stato espresso al meglio dal "padre" della riforma in R. Rordorf, Prime osservazioni, cit., p. 131, secondo il quale "[...] oggi si tende piuttosto a favorire. finché possibile. torme di ristrutturazione o comunque di risanamento dell'impresa in crisi prima che essa divenga irreversibilmente insolvente. Prevale l'idea che si debba cercare di salvaguardare il valore residuo dell'azienda anziché disperderlo in prospettiva liquidatoria, consentendo al tempo stesso all'imprenditore di rimettersi in gioco e di cogliere eventuali ulteriori chances anche e proprio in virtù della negativa esperienza fatta".

18 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 310.

19 Così P. Benazzo, op cit., p. 285.

20 Così P. Benazzo, op cit., p. 286.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

grado di relatività. Invero, lo stesso legislatore prende atto di tale intrinseca natura relativa, nel momento in cui prevede che tale adeguatezza debba essere valutata in relazione "alla natura e alle dimensioni dell'impresa".

Qualche dubbio è stato sollevato nell'immediato seguito della riforma sui soggetti titolati a svolgere l'attività di gestione dell'impresa, specialmente con riferimento alle società di persone e alle società a responsabilità limitata. Non vi può essere alcun dubbio, però, che, come espressamente confermato pure dal Dlgs.2022, la predisposizione di assetti adeguati sia compito spettante in via esclusiva all'organo amministrativo. Viene allora da chiedersi se, nello svolgimento di tale compito, l'organo amministrativo sia protetto dalla *business judgment rule*.

Per evitare una eccessiva compressione della libertà di gestione degli amministratori, è doveroso muovere dal presupposto che l'adeguatezza, come già detto, sia un concetto caratterizzato da un ineliminabile elemento di opinabilità. Il giudizio negativo in ordine alla adeguatezza degli assetti, e la conseguente configurabilità di una responsabilità in capo all'organo gestorio che della predisposizione di tali assetti si è curato, dovrebbero pertanto trovare spazio solo laddove "siano violati gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati hanno nel tempo elaborato"[21] . Detto in altri termini, la costruzione degli assetti e la valutazione della loro evidenza spetta agli amministratori e può essere censurata solo in caso di palesi violazioni dei parametri di diligenza professionale[22].

Occorre fare attenzione ed evitare di cedere alle sirene lusingatrici della semplicità di un giudizio *ex post* di equipollenza tra l'accertamento della sopravvenuta insolvenza dell'impresa e l'inadeguatezza degli assetti *ex ante* predisposti dall'organo gestorio per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Al di là delle preoccupazioni definitorie sulla operatività o meno della *business judgment rule*, che comunque non opera in presenza di scelte manifestamente irrazionali, lo scrutinio in ordine all'operato dell'organo gestorio dovrà essere una valutazione di correttezza relativa, fatta sulla base delle scienze aziendalistiche e utilizzando come base fattuale quella che era o avrebbe dovuto essere a disposizione dell'organo gestorio stesso al momento della predisposizione degli assetti, e non quella che si è venuta a creare in un momento successivo. Merita invero segnalare come i criteri di configurabilità di una responsabilità degli amministratori, così ricostruiti, non si pongano in discontinuità rispetto al regime previgente. In costanza della normativa antecedente all'emanazione del Codice della crisi, infatti, si diceva già che, in presenza di una crisi dell'impresa, gli amministratori avrebbero potuto essere ritenuti responsabili ove gli stessi non avessero tenuto un comportamento coerente con il manifestarsi dei sintomi della crisi, per inadeguatezza dell'assetto contabile e organizzativo dell'impresa o per mancata adozione dei provvedimenti prescritti dalla legge ovvero, ancora, in caso di mancato tempestivo ricorso alle procedure alternative al fallimento, imputabile anche alla inadeguata organizzazione dell'impresa[23].

Il legislatore, attraverso il codice della crisi, ha posto in capo all'imprenditore collettivo un

21 P. Montalenti. op. cit., p. 486, le cui considerazioni sono richiamate e condivise anche da S. Ambrosini, op. cit., p. 6.

22 In questo senso, in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 8.4.2020, in Giur. it., 2021, p. 103, con nota adesiva di O. Cagnasso, Scelte degli amministratori, attività preparatoria e istruttoria e assetti adeguati, in Giur.it., 2021, pp. 110 ss., il quale esclude in capo al tribunale il compito di valutare l'opportunità o la convenienza dell'assetto predisposto, né quello di effettuare verifiche ex post sul punto.

23 R. Rordorf, Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi, in Le Società, 2013, p. 671.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ulteriore dovere: "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". Tale norma è stata ritenuta dirompente a livello di sistema, poiché pare introdurre uno slittamento dalla tutela dell'interesse dei soci alla tutela dell'interesse dei creditori sociali in una fase molto anticipata della crisi d'impresa[24] .

Sembrano due le questioni che meritano particolare attenzione critica. La prima attiene al ruolo dei soci nell'ipotesi in cui la crisi d'impresa faccia vacillare la prosecuzione dell'attività. La seconda questione riguarda, invece, l'ampiezza del ventaglio di soluzioni alle quali gli amministratori possono ricorrere per il superamento della crisi.

È particolarmente importante comprendere quale possa essere il ruolo dei soci in una situazione di crisi e rispetto alle attività intraprese per favorire il recupero della continuità aziendale, in particolare ove si consideri la netta estromissione dei soci dalla gestione dell'impresa disposta dal nuovo comma 2 dell'art. 2086 del Codice civile, estromissione che, se non rappresenta una novità nel tipo societario della società per azioni, lo è invece rispetto alla società di persone e alla società a responsabilità limitata. Si deve tenere presente, poi, che spesso il ripristino della continuità aziendale passa attraverso nuove iniezioni di liquidità da parte dei soci, nelle forme di aumento di capitale o versamenti a fondo perduto[25] rispetto alle quali gli artt. 120 *ter* e 120 *quater* CCII (nel testo modificato dal Dlgs.2022) attribuiscono un ruolo importante ai soci in quanto tali e soprattutto quando intervengono sul patrimonio della società e l'art. 120 *bis,* c. 5, consente ai soci che rappresentano almeno il 10% del capitale di presentare una proposta di concordato concorrente rispetto a quella degli amministratori. In tal modo i soci possono addirittura presentare un "contropiano" rispetto a quello degli amministratori. Mi sembra un intelligente compromesso che favorisce il percorso di risanamento ad opera degli amministratori, ma non impedisce ai soci non solo di esprimere la loro opinione sul piano, ma di assumere una loro iniziativa (basti pensare a un piano di continuità indiretta presentato dagli amministratori al quale i soci anche di minoranza – basta il 10% del capitale – contrappongono un piano di continuità diretta che, ove approvato, verrà eseguito dagli amministratori).

L'altro tema di primario interesse consiste nell'individuazione degli "strumenti previsti dall'ordinamento" ai quali la disposizione in esame si riferisce. Ci si chiede, in sostanza, se tali strumenti siano solo quelli tassativamente annoverati nel CCII, ovvero se l'organo amministrativo abbia la facoltà di individuare lo strumento più idoneo al superamento della crisi, scelto nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale e quindi anche tra quelle iniziative di carattere gestionale non riconducibili alla categoria delle procedure concorsuali, o comunque alla categoria degli strumenti di ristrutturazione del debito. Nonostante il dato testuale abbia fatto propendere alcuni interpreti per la soluzione restrittiva[26] , chi scrive condivide quell'impostazione che ritiene che, proprio nello spirito della riforma, le opzioni per il superamento della crisi concesse all'organo amministrativo dovrebbero essere intese in senso estensivo, e pertanto l'imprenditore che

24 In relazione alla maggiore tutela per i creditori, a seguito dell'introduzione del CCII, si consideri pure che l'art. 378 CCII ha introdotto il nuovo comma 6 dell'art. 2476 Cc, recependo il prevalente orientamento giurisprudenziale che, pur in assenza di espressa previsione, riconosceva ai creditori sociali la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una srl, quando gli stessi fossero venuti meno agli obblighi relativi alla conservazione del patrimonio sociale.

25 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 312.

26 In tal senso A. Patti, Crisi d'impresa e responsabilità degli amministratori di società, in Fall., 2018, p. 129 ss. (131).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

si trovi in uno stato di crisi avrà sì il dovere di prendere l'iniziativa, ma potrà avvalersi anche di strumenti diversi da quelli contemplati dal CCII[27].

Merita, ancora, tornare ad affrontare il tema della operatività della *business judgment rule*[28].

Infatti, il problema del criterio da selezionare per valutare l'operato – e le eventuali responsabilità – degli amministratori si pone non solo con riferimento all'adeguatezza degli assetti predisposti, ma anche con riferimento allo strumento selezionato per porre rimedio ad una crisi già in atto. Le "manovre" che spettano all'organo amministrativo sono infatti di due tipi: ci sono quelle che servono per mantenere la "nave" all'interno del "porto sicuro" della continuità aziendale, e poi ci sono quelle che gli amministratori devono mettere in atto quando la nave si trova in mare aperto a fronteggiare le intemperie della crisi.

Proseguendo con la metafora, non c'è dubbio che questa seconda tipologia di manovre è certamente la più delicata, perché ne va della integrità della nave e della incolumità dei suoi passeggeri (i creditori, i soci e più in generale gli *stakeholders* dell'impresa in crisi), ma è anche quella rispetto alla quale l'asimmetria informativa tra chi decide *ex ante* e chi valuta *ex post* raggiunge la sua massima ampiezza. È evidente che chi sarà chiamato a valutare l'operato degli amministratori nel momento di "quiete dopo la tempesta" (cambiando metafora, di vera e propria "autopsia") potrà svolgere le proprie considerazioni sulla base di un bagaglio informativo sensibilmente più esteso di quello a disposizione dell'organo gestorio in mezzo alla tempesta.

Queste riflessioni hanno portato alcuni commentatori a ritenere che anche la scelta dello strumento "per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale" debba essere vagliata alla luce della *business judgment rule*[29].

Da ultimo, pare potersi individuare un parallelismo tra i modelli organizzativi previsti dal CCII e quelli di cui al Dlgs 231/2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di assetti per la prevenzione della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche. In particolare, la presente considerazione nasce dalla presa d'atto degli approcci metodologici utilizzati dalla giurisprudenza per verificare l'idoneità dei modelli di cui al Dlgs 231/2001 a seguito della commissione di reati. Infatti, talune derive giustizialiste hanno portato all'implementazione del sillogismo per il quale la stessa commissione del reato presupposto avrebbe costituito la prova dell'inadeguatezza del modello di prevenzione adottato. Applicando un analogo ragionamento alla verifica del rispetto, da parte degli amministratori, del dovere di adottare assetti organizzativi adeguati, si rischierebbe di desumere la violazione di tale dovere dalla sola apertura della liquidazione giudiziale. Orbene, tale rischio è inaccettabile, specialmente tenuto conto del fatto che la probabilità che il tentativo di composizione della crisi sfoci nella liquidazione giudiziale nonostante il comportamento virtuoso dell'imprenditore è comunque alta. Occorre dunque rimanere vigili e scongiurare l'instaurazione di automatismi nell'accertamento della responsabilità degli amministratori in caso di apertura della liquidazione giudiziale[30].

Non c'è dubbio che il CCII abbia prodotto un inasprimento della responsabilità degli organi

27 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 313-314.

28 Al riguardo, P. Montalenti, Assetti organizzativi e organizzazione, op. cit., pp. 11 ss.

29 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 314.

30 Mette opportunamente in guardia contro la trasposizione degli approcci metodologici e degli approdi ermeneutici relativi al Dlgs 231/2001 all'ambito della responsabilità degli amministratori per mancato rispetto del principio di adeguatezza organizzativa, N. Abriani, Il sistema dei controlli nella srl tra modifiche del codice civile e codice della crisi: un rebus aperto? in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico, cit., p. 883.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

societari (anche sotto il profilo della quantificazione del danno e delle presunzioni nella sua quantificazione previste dall'art. 2486, comma 3, Cc). Questo inasprimento è evidentemente considerato dal legislatore come il miglior presidio (o più correttamente come il miglior deterrente per gli organi sociali) a tutela del ceto creditorio ancor più della conservazione del capitale sociale minimo che, soprattutto nelle sr1, è diventato ormai insignificante[31] .

In definitiva, la riforma societaria si inserisce in un meccanismo introdotto dal CCII che è da un lato premiale e dall'altro lato sanzionatorio. Si pensi agli obblighi comportamentali degli amministratori, all'obbligo di segnalazione interna ed esterna dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati (la cui violazione comporta a seconda dei casi responsabilità o perdita del privilegio per i crediti vantati). Tali obblighi si contrappongono alle misure premiali di vario tipo, di natura economica e di esimente da alcuni reati fallimentari, a fronte del sollecito ricorso a uno strumento di composizione della crisi.

Merita infine segnalare che l'art. 3, co. 3, CCII, come modificato dal Dlgs.2022 abbia di fatto integrato il disposto dell'art. 2086 Cc. attraverso una serie di obblighi comportamentali per gli amministratori di società molto puntigliosi che in qualche modo si collegano al test pratico contenuto nel decreto dirigenziale 28.9.2021 ai sensi dell'art. 3, co. 1, del Dl 118/2022 e finalizzato alla verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (basti leggere la sezione II dell'allegato al decreto dirigenziale che al punto 1 illustra esplicitamente il contenuto dell'organizzazione dell'impresa). Non si tratta di un inasprimento degli obblighi organizzativi, ma di una precisazione dei requisiti organizzativi adeguati anche ai fini della tempestiva rilevazione della crisi. Sicuramente sono tutti elementi che in caso di insuccesso della ristrutturazione o di ritardo nell'accesso a strumenti/procedure rappresentano violazioni di specifici obblighi legali da parte degli amministratori che integreranno una forma di *mala gestio* (e la conseguenza civilistica sarà per lo più costituita dal danno nell'aggravamento del passivo). Con una precisazione. È possibile che tale danno si verifichi non solo in caso di perdita del capitale sociale ma anche se il capitale è esistente, perché il ritardo potrebbe aver influito nelle prospettive di recupero per i creditori. Sotto questo profilo il nuovo art. 3, co. 4 CCII, che riprende (inasprendolo) l'art. 24 CCII (vecchio testo ora abrogato) esemplifica i segnali di allarme che gli amministratori devono cogliere e che sono rappresentati da mancati pagamenti degli stipendi ai dipendenti e da imponenti debiti verso fornitori, banche, fisco e previdenza. In presenza di questi segnali di allarme gli amministratori devono intervenire. Mentre il vecchio art. 24 utilizzava questi indici (all'epoca più blandi) in positivo e cioè per valorizzare la tempestività dell'iniziativa del debitore al fine dell'ottenimento delle misure premiali, con il nuovo testo detti indici rappresentano, per così dire, la cartina al tornasole di un'inerzia degli amministratori conseguente, magari, a un difetto di organizzazione con rischi di responsabilità non solo per gli amministratori ma anche per gli organi di controllo.

Probabilmente il nuovo art. 3 CCII non viola la c.d. *business judgment rule* degli amministratori, ma se gli amministratori, in presenza dei segnali di allarme previsti dall'art. 3, co. 4, non ricorrono a strumenti di composizione della crisi, sono obbligati a fornire spiegazioni della loro scelta (che potrebbe essere giustificata, ad es., da una situazione congiunturale negativa che però gli amministratori ritengono sia solo temporanea).

Come afferma la relazione di accompagnamento al Dlgs.2022, proprio in esecuzione del di-

31 Così M. Cossu, La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto concorsuale, in La società a responsabilità limitata: un modello transtipico, cit., p. 549.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sposto dell'art. 2086 Cc, spetta in via esclusiva agli amministratori (e non ai soci che devono solo essere informati) la decisione sul contenuto del piano di ristrutturazione e sulla proposta da sottoporre ai creditori oltrechè la decisione sull'accesso a uno strumento di regolazione della crisi accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva (v. art. 120 *bis* CCII). In sostanza, non solo gli amministratori devono organizzare la società al fine di cogliere tempestivamente gli indizi di crisi, non solo devono intervenire tempestivamente per superare la crisi, ma sono addirittura i soggetti chiamati ad attuare le operazioni societarie straordinarie esecutive del piano. Come già detto, a conferma del ruolo centrale degli amministratori nella ristrutturazione, l'art. 120 *bis*, co 4, del Codice della crisi vieta ai soci la revoca degli amministratori se non per giusta causa dopo che gli amministratori abbiano assunto la decisione di accesso a un quadro di ristrutturazione e la presentazione della domanda di accesso a un quadro di ristrutturazione, in presenza delle condizioni di legge, non costituisce una giusta causa.

Occorre chiedersi la ragione di tale inasprimento e ampliamento dei poteri/doveri degli amministratori: la normativa comunitaria e ora italiana spinge con forza verso i quadri di ristrutturazione preventiva e quindi obbliga gli amministratori ad intervenire tempestivamente perché così facendo la crisi ha maggiori *chances* di essere superata soprattutto con minori costi per tutti gli *stakeholders*. E la rigidità delle regole comportamentali degli amministratori risponde proprio a questa finalità con un oggettivo restringimento della discrezionalità gestoria e con un obbligo di motivazione quando gli amministratori intendono discostarsi dal percorso normativo tracciato. Ancorché, in linea generale, il dirigismo normativo susciti delle perplessità, in questo caso, da un lato, il fine (sicuramente condivisibile) giustifica il mezzo utilizzato (forse un po' didascalico), e, dall'altro lato, affranca opportunamente gli amministratori da condizionamenti interessati che potrebbero essere loro imposti dai soci.

5.3 Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo in materia di assetti adeguati

Il Dlgs.2022 ha abrogato, prima ancora che entrassero in vigore, le procedure di allerta e i connessi obblighi di segnalazione gravanti sugli organi societari di controllo (la relativa disciplina è stata infatti sostituita attraverso il recepimento nel CCII della composizione negoziata della crisi di cui al Dl 118/2021).

Il legislatore ha tenuto fermi per altra via gli obblighi di segnalazione in capo all'organo di controllo societario, quantomeno con riferimento alla sussistenza dei presupposti per l'avvio di una procedura tesa al risanamento dell'impresa[32].

L'art. 15 del Dl 118/2021 (che viene recepito nel nuovo art. 25 *octies* CCII stabilisce infatti che: " *L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve*

32 In proposito agli obblighi di segnalazione gravanti sull'organo di controllo societario ai sensi dell'art. 15 D.L. 118/2021, cfr. A. Cimolai, L'autosospensione dagli obblighi di conservazione del capitale e i nuovi quadri di responsabilità degli organi sociali, in IlDirittodellaCrisi.it, 1.2.2022, 7.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile.

2. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini ((...)) della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile".

Tale disposizione pone a carico degli organi di controllo societari due obblighi distinti. Anzitutto, in via generale, l'organo di controllo deve verificare costantemente la "salute" finanziaria e patrimoniale della società, la persistenza dell'equilibrio economico- finanziario e l'andamento economico della gestione e, in caso di criticità emerse nell'analisi dei predetti elementi, segnalare immediatamente all'organo amministrativo stesso l'esistenza dei presupposti in presenza dei quali adottare contromisure, nella specie avviando un procedimento di composizione negoziata della crisi.

L'introduzione di siffatto obbligo – che richiama in parte il dovere di segnalazione previsto ai sensi del testo originario dell'art. 14 CCII in capo agli organi di controllo (dovere che era stato salutato con favore dai commentatori, che anzi ne caldeggiavano l'estensione analogica a tutte le anomali e, criticità e debolezze organizzative, da segnalare periodicamente agli amministratori[33]) – sembra da accogliere positivamente. D'altra parte, è stato anche rilevato come gli obblighi stabiliti dall'art. 15 Dl 118/2021 costituiscano in realtà la declinazione di un obbligo che sorge in capo agli organi di controllo dalla disciplina di diritto comune[34].

Sempre in analogia con quanto il CCII stabiliva in relazione agli obblighi di segnalazione all'Ocri (anch'esso oggi abrogato), inoltre, l'art. 15 Dl 118/2021 stabilisce che, con la segnalazione, l'organo di controllo fissi un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo è tenuto a riferire in ordine alle iniziative intraprese.

In secondo luogo, ove sussistano i presupposti per il ricorso allo strumento della composizione negoziata della crisi e questa venga concretamente avviata, si individua un obbligo specificamente sussistente all'interno di quest'ultimo procedimento. L'organo di controllo, infatti, deve monitorare attentamente l'andamento delle trattative avviate con i creditori, in un'ulteriore specificazione di quello che comunque è un dovere di carattere generale degli organi di controllo societari, quale il dovere di vigilanza loro imposto ai sensi dell'art. 2403 Cc.

Dunque, all'organo di controllo dell'impresa costituita in forma collettiva sono imposti obblighi di monitoraggio e segnalazione che hanno come destinatario l'organo amministrativo, affinché quest'ultimo adotti i provvedimenti necessari. La sanzione per la mancata osservanza di detto obbligo viene individuata direttamente al comma 2 dell'art. 15 Dl 118/2021, ove si prevede che la tempestiva valutazione e l'attività di vigilanza sull'andamento delle trattative sono considerate ai fini della (esclusione della) responsabilità in capo ai sindaci ai sensi dell'art. 2407 Cc. A questo ultimo proposito, va poi segnalato che gli obblighi di segnalazione affidati al collegio sindacale dall'art. 15 del Dl 118/2021 sono tanto ampi quanto incerti. La norma fa riferimento alla "*sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'art. 2, co. 1*" e cioè alla presenza anche solo di indizi di crisi, individuati come squilibri patrimoniali o finanziari. Sono però definizioni molto late che, unite alla esenzione da responsabilità *ex* art. 2407 Cc per il sindaco

33 P. Montalenti, op. cit., p. 487.

34 Così come era già stato segnalato in relazione agli obblighi di segnalazione all'OCRI: cfr. V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 328.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che fa la tempestiva segnalazione, possono portare ad un "eccesso" di segnalazioni di fonte sindacale con finalità difensive personali. Rispetto a un attivismo ingiustificato da parte dei sindaci si dovrebbe cercare di oggettivizzare, settore per settore, gli indizi di crisi, facendo ricorso alle elaborazioni sviluppatesi ai fini dell'allerta nel CCII.

Mi sembra peraltro naturale che l'organo di controllo potrà svolgere in modo diligente ed efficace l'attività sopra descritta – così come del resto, più in generale, il proprio dovere di vigilanza impostogli sulla base del diritto comune – in tanto in quanto gli assetti predisposti da parte degli amministratori, anche ai fini della rilevazione tempestiva dello stato di crisi, siano adeguati. Il collegamento tra i due citati momenti del processo amministrativo che porta alla definizione di assetti adeguati è tanto più evidente laddove si consideri il testo del nuovo art. 3, co. 3, CCII (introdotto dal Dlgs.2022) che presuppone espressamente, ai fini della rilevazione tempestiva della crisi di impresa, che l'organo incaricato della gestione sociale predisponga assetti adeguati.

Da ultimo, l'art. 30 *sexies* della legge 29.12.2021, n. 233, di conversione del Dl 6.11.2021, n. 152 ha introdotto un obbligo di segnalazione (recepito sempre attraverso il Dlgs.2022 nel nuovo art. 25 *novies* CCII) da parte dell'Inps, dell'Inail, dell'Agenzia delle Entrate e dall'Agente della riscossione all'organo societario di controllo "*nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale*" qualora vi siano ritardi nel versamento di contributi previdenziali, dell'Iva o di debiti di natura tributaria definitivamente accertati per importi anche modesti (per l'Iva l'importo dichiarato e non versato rilevante ai fini della segnalazione è di soli euro 5.000). E ai sensi del co. 3 dell'art. 30 *sexies* è previsto che le segnalazioni contengono "*l'invito a richiedere l'avvio della composizione negoziata ove ne ricorrano i presupposti*". Si tratta di un ulteriore pungolo al collegio sindacale rispetto a precoci deterioramenti della situazione volti a dare concreta applicazione all'art. 2086 Cc e, più in generale all'*early warning*. Non c'è dubbio che il diffuso "autofinanziamento" di molte imprese con fisco e previdenza sia una distorsione da combattere, ma non c'è altrettanto dubbio che, in un quadro di ordinato svolgimento degli affari, le banche devono tornare a erogare credito e lo Stato, quando è debitore verso le imprese, deve pagare puntualmente i propri debiti. Altrimenti, norme più che giustificate come quelle in esame, corrono il rischio di cogliere solo una parte dei problemi.

In ragione di tutto quanto appena detto, anche in ordine alla permanenza in capo agli organi di controllo degli ordinari doveri di vigilanza in conformità alla disciplina di diritto comune applicabile, sembra doversi concludere nel senso della permanenza in capo all'organo di controllo del dovere di monitorare le decisioni che gli amministratori vorranno assumere in materia di risanamento dell'impresa, pur tenuto conto di quanto si è detto in ordine ai criteri che dovranno essere adottati per la valutazione delle stesse. In caso di inadempimento o di inadeguatezza dei rimedi adottati dall'organo amministrativo, deve ritenersi che l'organo di controllo possa e debba esercitare le proprie prerogative secondo quanto previsto dal diritto comune, informando l'assemblea dei soci e provvedendo alla convocazione della stessa laddove l'inadempimento degli amministratori sia di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere[35].

35 V. Di Cataldo-S. Rossi, op. cit., p. 318.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

Adeguati assetti e controllo giudiziario

Marco Rubino

SOMMARIO: 6.1 La denunzia di gravi irregolarità al tribunale di cui all'art. 2409 Cc – 6.2 Le gravi irregolarità derivanti dalla violazione degli obblighi previsti dall'art. 2086 Cc – 6.3 Scelte organizzative e business judgment rule – 6.4 Importanza degli obblighi previsti dall'art. 2086 nella gestione ordinaria dell'impresa – 6.5 Controllo giudiziario e segnalazione dell'organo di controllo nel Codice della crisi

Benché il secondo comma dell'art. 2086 Cc sia stato introdotto in epoca relativamente recente[1], la giurisprudenza di merito ha già avuto modo di affrontare la questione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili sia nell'ambito della azione di responsabilità promossa nei confronti degli amministratori, sia in quello della denuncia al tribunale prevista dall'art. 2409 Cc.

In particolare, si è assistito ad alcune interessanti pronunce – rese, nello specifico, dal Tribunale di Milano nel 2019, da quello di Roma nel 2020 e quello di Cagliari nel 2022 – che si sono interrogate in che misura la violazione degli obblighi imposti agli amministratori dal novellato secondo comma dell'art. 2086 Cc possa integrare quelle "gravi irregolarità" previste dalla norma come presupposto per l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'ambito del cosiddetto "controllo giudiziario".

6.1 La denunzia di gravi irregolarità al tribunale di cui all'art. 2409 Cc

Nelle società di capitali, quando vi è il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione, i soci che rappresentano il decimo[2] del capitale sociale ovvero il collegio sindacale possono denunziare i fatti al tribunale per ottenere l'ispezione della società e, nei casi più gravi, la revoca degli amministratori. Si tratta, come anticipato, del cosiddetto «controllo giudiziario» che la riforma del diritto societario del 2013 aveva limitato alle sole società per azioni e che l'art. 379 del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, ha esteso[3] anche alle società a responsabilità limitata, comprese quelle prive dell'organo di controllo, attraverso il richiamo all'art. 2409 Cc inserito nell'ultimo comma dell'art. 2477 Cc.

Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispe-

1 Si rammenta che l'art. 375 del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto la norma in commento è entrato in vigore il 16 marzo 2019.

2 Ovvero il ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

3 Anche questa norma, così come l'art. 2086 Cc è entrata in vigore il 16 marzo 2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione dell'amministrazione della società[4] e se le violazioni denunziate sussistono[5] può, nei casi più gravi, revocare gli amministratori e nominare in loro vece un amministratore giudiziario, che provveda a porre rimedio alle irregolarità rilevate.

I presupposti per l'accoglimento della denuncia sono:

- l'esistenza di fondati sospetti di gravi irregolarità nella gestione derivanti dalla violazione da parte degli amministratori dei loro doveri;
- il possibile danno alla società amministrata – oppure alle società controllate – derivante dalla irregolarità della gestione.

Come è stato puntualmente osservato in una delle pronunce in commento[6], la nuova formulazione della norma che fa riferimento a gravi irregolarità "nella gestione" della società – a differenza della precedente formulazione dell'art. 2409 che parlava di gravi irregolarità "nell'adempimento dei doveri degli amministratori" – implica che non assuma rilevanza qualsiasi violazione dei doveri che incombono sull'organo amministrativo, ma soltanto quelle violazioni tali da compromettere il corretto esercizio dell'attività di gestione dell'impresa. Inoltre, le violazioni in discorso non devono aver già prodotto un danno, ma devono rappresentare un danno potenziale ("pericolo di danno") per la società amministrata o per le sue controllate[7]. Infine, poiché la norma parla di "fondato sospetto", per presentare la denuncia non è necessario fornire la prova piena dell'irregolarità denunciata, ma è sufficiente che sussistano elementi tali che, corroborati da riscontri oggettivi, consentano al tribunale di considerare il sospetto dell'esistenza di tali irregolarità come "fondato"[8].

Delineato sinteticamente lo strumento della denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 Cc ci si domanda se, con riferimento all'art. 2086 Cc, la violazione degli obblighi ivi previsti possa integrare il sospetto di gravi irregolarità della gestione che legittima l'intervento dell'autorità giudiziaria.

6.2 Le gravi irregolarità derivanti dalla violazione degli obblighi previsti dall'art. 2086 Cc

La questione è stata affrontata per la prima volta dal Tribunale di Milano nella sentenza del 21 ottobre 2019[9].

Il caso esaminato dai giudici milanesi prende le mosse dai ricorsi *ex* art. 2409 Cc presentati dai collegi sindacali di due società per azioni (controllante e controllata) che denunciavano gravi

4 Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori (ed eventualmente i sindaci) con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in tal caso, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

5 Ovvero se gli accertamenti e le attività poste in essere dagli amministratori e dai sindaci nominati in sostituzione di quelli precedenti non sono sufficienti all'eliminazione delle violazioni riscontrate.

6 Trib. Roma, Sez. Impr., 15 settembre 2020.

7 Sul punto il tribunale capitolino aggiunge anche che l'accertamento del possibile danno in capo alla società prescinde dall'eventuale danno arrecato ai creditori o ai terzi.

8 In senso analogo si veda anche Trib. Catanzaro, Sez. Impr., 28 febbraio 2020 in Le Soc., 5, 2021, 596 ss, con nota di G. Romano.

9 Pubblicata in Le Soc., 8/9, 2020, 988 e ss., con nota di I. Capelli, Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denunzia al tribunale ex art. 2409 c.c.; in Giur. It., 2020, 363 e ss., con nota di O. Cagnasso, Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

irregolarità nella gestione tra cui «inadempienze e atteggiamenti omissivi od inerti in ambito organizzativo e gestionale».

A tale riguardo, dalle stesse dichiarazioni rese in udienza dall'amministratore era infatti emerso come entrambe le società avessero necessità di essere ricapitalizzate, avendo risorse finanziarie sufficienti a far fronte alle sole obbligazioni correnti, ma non anche a ripianare l'ingente indebitamento pregresso. A fronte di tale situazione di crisi, tuttavia, l'iniziativa dell'amministratore non si era spinta oltre alla mera ricerca di finanziatori eventualmente interessati all'acquisto delle azioni ed alla generica disponibilità a valutare l'eventuale cessione di alcuni *assets* aziendali.

Secondo i magistrati tale condotta non può considerarsi conforme ai doveri gestori dettati dal secondo comma dell'art. 2086 Cc che impone agli amministratori di società di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile finalizzato alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Nel caso di specie, infatti, l'amministratore non solo non aveva proceduto ad alcuna verifica dell'attuale situazione degli enti amministrati (ad es. attraverso la predisposizione di una situazione contabile di periodo aggiornata), ma non aveva neppure assunto alcun impegno ad adottare le misure necessarie al superamento della crisi. In particolare, il ventilato intervento di un finanziatore esterno era risultato del tutto ipotetico e, soprattutto, non recepito all'interno di un piano industriale o di ristrutturazione dei debiti.

Conclude il tribunale che l'inosservanza dei doveri imposti dal secondo comma dell'art. 2086 si configura quale grave irregolarità, foriera di pregiudizio per le società amministrate in quanto idonea a compromettere le "prospettive di ordinata uscita dalla crisi" e, per tali ragioni, giustifica l'adozione dei più rigorosi provvedimenti previsti dall'art. 2409, ovvero la revoca dell'amministratore in carica e la nomina in sua vece di un amministratore giudiziario.

6.3 Scelte organizzative e business judgment rule

Sul tema degli adeguati assetti, sempre nell'ambito di un ricorso *ex* art. 2409 Cc, ha avuto modo di pronunciarsi anche il Tribunale di Roma, nella sentenza del 15 settembre 2020 di cui si è fatto cenno sopra. Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici capitolini, il collegio sindacale di una società per azioni aveva chiesto al tribunale di disporre la revoca del consiglio di amministrazione e la conseguente nomina di un amministratore giudiziario, ravvisando gravi irregolarità nel fatto che gli amministratori avevano omesso di accertare la perdita della continuità aziendale. In particolare, gli amministratori avevano ignorato gli evidenti segnali di crisi rappresentati dalla circostanza che le entrate generate dall'attività produttiva non erano neppure sufficienti a coprire i costi di produzione e che la società era stata fatta oggetto di plurime azioni esecutive da parte dei creditori sociali. Il fatto poi che l'amministratore delegato avesse implementato un piano industriale triennale, basato essenzialmente sulla quotazione in borsa della società ed un ampliamento dei prestiti obbligazionari, al fine di garantire la copertura dei debiti sociali, non era stato giudicato sufficiente dal collegio sindacale il quale, da un lato riteneva che il venir meno della continuità aziendale avesse pregiudicato irrimediabilmente la possibilità di implementare il piano e, dall'altro, riteneva che il comportamento degli amministratori avesse dimostrato la totale assenza di una visione programmatica finalizzata al superamento della situazione di crisi. Sotto questo aspetto, il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

collegio sindacale riteneva sussistere la violazione dei doveri previsti dall'art. 2086 nella misura in cui gli amministratori non avevano adottato alcuno strumento legale per la gestione della crisi, ma solo una «disordinata e pregiudizievole attività di dismissione dei beni, al di fuori di una adeguata cornice procedimentale a tutela del patrimonio della società e dei soci».

Il Tribunale – pur disponendo l'ispezione della società in luogo della revoca *tout court* degli amministratori, come richiesto in via principale dal collegio sindacale – ha nella sostanza ritenuto fondati i rilievi mossi dall'organo di controllo, partendo dalle seguenti considerazioni.

Preliminarmente viene osservato che l'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è una novità assoluta nell'ordinamento societario. Infatti, l'art. 2381 Cc prescrive già da tempo che nelle società per azioni gli organi delegati debbano curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, prevedendo al contempo che sia il consiglio di amministrazione a valutarne l'adeguatezza.

Secondo i magistrati romani, l'elemento di novità introdotto con il secondo comma dell'art. 2086 consiste viceversa nel fatto di aver assegnato a tali assetti uno scopo ben preciso, ovvero quello di consentire di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità aziendale, al fine di attivare tempestivamente gli strumenti previsti dall'ordinamento per porvi rimedio.

Se questa è dunque la finalità degli assetti organizzativi, tuttavia, il legislatore non ne ha individuato il contenuto specifico[10], limitandosi a prevedere che gli stessi devono essere "adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa".

L'aggettivo "adeguati" – secondo il tribunale capitolino – implica dunque una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori in merito al livello di organizzazione da raggiungere. A questo punto il Tribunale riprende le considerazioni già svolte in una precedente sentenza dell'8 aprile 2020, ribadendo che la predisposizione dello specifico assetto organizzativo rientra nel più ampio novero delle scelte gestionali degli amministratori e come tale, in linea di principio, rimane sottratta al vaglio dell'autorità giudiziaria secondo il principio della insindacabilità delle scelte gestorie, noto anche come «*business judgment rule*».

Tuttavia, come già statuito nella precedente pronuncia, tale principio non è assoluto, ma trova due particolari limiti:

- nella legittimità della scelta compiuta (c.d. *sindacato sul modo* con cui la scelta è stata operata)
- nella sua razionalità o ragionevolezza (c.d. *sindacato sulle ragioni* per cui la scelta è stata effettuata ed è stata preferita ad altre).

Sotto il primo profilo il giudice dovrà dunque ripercorrere il procedimento decisionale che ha seguito l'amministratore per il compimento della scelta, verificando che egli abbia preventivamente adottato tutte "*le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo*"[11].

Per quanto riguarda invece la razionalità della operazione gestoria occorre verificare che la scelta sia coerente con le informazioni e le verifiche precedentemente svolte.

---

10 Invero con il decreto approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2022, gli adeguati assetti previsti dall'art. 2086 Cc sono stati "riempiti di contenuto" ad opera del nuovo art. 3 CCII.

11 11. Così ad es., qualora la scelta implichi profili di alea economica superiori alla norma, occorrerà verificare che l'amministratore, prima di dar corso all'operazione, abbia svolto un'adeguata valutazione, finalizzata ad apprezzare preventivamente i margini di rischio insiti nell'operazione stessa, così da non esporre l'impresa a perdite altrimenti evitabili (cfr. Cass., 12 agosto 2009, n. 18231; Cass., 24 agosto 2004, n. 16707; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669, tutte citate in Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit.).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Acclarato dunque che anche alle scelte organizzative può essere applicata la *business judgment rule* il Tribunale di Roma esamina come tale regola vada applicata agli obblighi previsti dal secondo comma dell'art. 2086, con specifico riferimento alla finalità della tempestiva emersione della crisi ed alla salvaguardia della continuità aziendale.

Innanzitutto, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli amministratori non abbiano svolto alcuna pianificazione (ovvero, pur avendola svolta, non abbiano comunque approntato alcun rimedio per rimuovere la crisi), da quella in cui, pur avendo svolto un'adeguata pianificazione, le scelte adottate degli amministratori si siano rilevate comunque inefficaci per il superamento della crisi.

Nel primo caso è indubbia la responsabilità degli amministratori sia nell'eventualità che abbiano del tutto omesso di approntare qualsivoglia struttura organizzativa, sia nell'eventualità in cui, pur avendo implementato un'adeguata organizzazione, siano comunque rimasti inerti di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi incipiente.

Nel secondo caso, invece, l'indagine si fa più complessa in quanto occorre verificare, in primo luogo, se la struttura organizzativa predisposta dall'organo amministrativo fosse idonea a far emergere i segnali della crisi e a rivelare la perdita della continuità aziendale e, in seconda battuta, se gli interventi approntati per porvi rimedio fossero ragionevoli e non manifestamente irrazionali.

Nell'effettuare tale analisi, tuttavia, il tribunale precisa che ci si deve porre in un'ottica *ex ante*, tenendo conto delle informazioni di cui l'organo amministrativo disponeva o avrebbe potuto disporre all'epoca in cui venne intrapresa la scelta dei rimedi da adottare, a prescindere, dunque, dai risultati concreti in seguito raggiunti.

Nel caso sottoposto alla decisione dei giudici capitolini, il tribunale ha ritenuto effettivamente sussistere un sospetto di irregolarità nella gestione della società, non tanto sotto il profilo della rilevazione della situazione di crisi aziendale – che nel caso di specie sembra incontestata – bensì sotto il profilo degli interventi posti in essere dal consiglio di amministrazione per superare la crisi. Proprio questi ultimi, infatti, presentandosi non particolarmente chiari e necessitando dunque di adeguato approfondimento giustificano la sottoposizione dell'amministrazione della società ad ispezione ai sensi del secondo comma dell'art. 2409.

6.4 Importanza degli obblighi previsti dall'art. 2086 nella gestione ordinaria dell'impresa

Se le pronunce dei Tribunali di Milano e Roma, appena commentate, sono state rese nell'ambito di società che si trovavano in fase di crisi più o meno conclamata, la decisione del Tribunale di Cagliari del 19 gennaio 2022 si caratterizza per aver affrontato il tema dell'adeguatezza degli assetti nell'ambito di un'impresa che, pur non trovandosi ancora in difficoltà, rischia di scivolare verso la crisi a causa di un assetto contabile e organizzativo ritenuto non adeguato.

Il caso portato all'attenzione dei giudici cagliaritani prende le mosse dall'ispezione dell'amministrazione di una società cooperativa disposta ai sensi del secondo comma dell'art. 2409 Cc a seguito di denuncia presentata dal collegio sindacale.

I profili critici che avevano dato luogo all'ispezione erano rappresentati da elargizioni di denaro effettuate in favore dei soci, senza apparente titolo giustificativo e, per quanto qui maggiormente interessa, da una gestione inefficiente dei crediti sociali, consistente nel fatto che, pur in presenza di ingenti somme vantate nei confronti di terzi, gli amministratori non avevano posto in essere alcuna attività sistematica per il loro recupero.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'ispettore nominato dal Tribunale non solo aveva confermato l'inesistenza di un efficace sistema di monitoraggio dei crediti commerciali finalizzato a minimizzare i rischi di perdite o di ritardi nei pagamenti, ma aveva altresì rilevato ulteriori criticità di tipo contabile e organizzativo. In particolare, veniva evidenziata la mancata effettuazione da parte dell'organo amministrativo di una adeguata analisi di bilancio, necessaria per monitorare la situazione economica e patrimoniale della società, così come l'assenza di uno strumento idoneo a rilevare tempestivamente situazioni di squilibrio finanziario.

A fronte di ciò, il Tribunale di Cagliari nella pronuncia in commento ha ritenuto che l'inesistenza di un assetto organizzativo adeguato, evidenziata dall'ispettore, rappresenta una irregolarità tale da giustificare la nomina di un amministratore giudiziario per porvi rimedio.

L'originalità della pronuncia in commento sta nel sostenere che la mancata adozione degli assetti prescritti dall'art. 2086 Cc è grave non solamente nel caso in cui la società sia già in stato di crisi ma soprattutto nel caso in cui, viceversa, l'impresa sia ancora sana. Osservano infatti i giudici cagliaritani che, essendo lo scopo degli adeguati assetti quello di evitare che l'impresa scivoli inconsapevolmente verso una situazione di crisi e di perdita di continuità, l'importanza della loro adozione è massima quando l'impresa è ancora in equilibrio.

Inoltre, è proprio quando l'impresa è ancora sana che essa può disporre di tutte le risorse, anche economiche, necessarie ad implementare con efficacia le misure organizzative, contabili e amministrative necessarie. Una volta manifestatasi la crisi, viceversa, l'importanza di dotarsi di adeguati assetti passa in secondo piano, poiché, in questo caso, ciò che rileva è la tempestività con cui gli amministratori adottano gli strumenti previsti dall'ordinamento per porvi rimedio.

La pronuncia in questione appare inoltre interessante in quanto, pur disponendo la nomina di un amministratore giudiziario (con il compito specifico di curare il recupero dei crediti), tuttavia non procede alla sostituzione degli amministratori. Anzi, dispone che siano proprio questi ultimi a dover provvedere – entro un termine fissato e sotto la vigilanza dell'amministratore giudiziario – a dotare la società degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili mancanti.

La decisione dei giudici sardi appare dunque voler confermare che la predisposizione degli assetti previsti dal secondo comma dell'art. 2086 Cc è prerogativa esclusiva dell'organo amministrativo e che, come tale, non può essere espletata in via sostitutiva da altri soggetti (collegio sindacale o amministratore giudiziario).

6.5 Controllo giudiziario e segnalazione dell'organo di controllo nel Codice della crisi

Il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 Cc rappresenta generalmente per l'organo di controllo una sorta di *extrema ratio* a cui fare ricorso quando, esauriti tutti gli altri strumenti previsti dal diritto societario per tentare di risolvere la questione all'interno della società (richiesta di informazioni all'organo amministrativo, ispezioni anche individuali dei sindaci, convocazione dell'assemblea in caso di inerzia degli amministratori), si rende necessario l'intervento di un soggetto esterno alla stessa, individuato nell'autorità giudiziaria.

Il Codice della crisi, nel suo originario impianto, aveva aggiunto un'ulteriore possibilità. L'art. 14 CCII, nella formulazione precedente la recente novella, prevedeva infatti il potere/dovere

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'organo di controllo di segnalare l'esistenza di fondati indizi di crisi all'OCRI[12], qualora gli amministratori, preventivamente avvisati, fossero rimasti inerti ovvero avessero fornito una risposta non adeguata. La segnalazione all'OCRI a sua volta implicava la convocazione dell'amministratore avanti al predetto organo con l'ulteriore conseguenza che, in caso di mancata comparizione, l'OCRI procedeva alla comunicazione al pubblico ministero per l'eventuale richiesta di apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'impresa.

La presenza di questi due rimedi (controllo giudiziario e segnalazione all'OCRI) aveva indotto alcuni[13] a parlare di una sorta di «doppio binario» in virtù del quale l'organo di controllo disponeva di due distinti strumenti per ovviare all'inerzia degli amministratori in caso di crisi.

Come noto, l'ultimo decreto correttivo del Codice della crisi ha riscritto le procedure d'allerta, eliminando l'OCRI e sostituendo le norme sulla composizione assistita con quelle sulla composizione negoziata[14] .

Secondo il nuovo art. 25-*octies* CCII l'organo di controllo ha il dovere di segnalare agli amministratori la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto nell'ambito della composizione negoziata. Tuttavia, nonostante la norma fissi un termine non superiore a trenta giorni entro il quale gli amministratori devono riferire in ordine alle iniziative intraprese, il Codice della crisi non contempla alcuno specifico rimedio nel caso in cui gli amministratori non rispondano o la risposta sia ritenuta non adeguata.

Con l'eliminazione dell'OCRI e del correlato potere/dovere di segnalazione allo stesso, l'unico strumento rimasto in mano all'organo di controllo per tentare di salvaguardare le imprese in crisi in presenza di amministratori inerti sembra dunque essere quello del controllo giudiziario.

In realtà la possibilità di adottare tale strumento in presenza dei presupposti che imporrebbero agli amministratori di accedere alla composizione negoziata, da un lato sembra tutt'altro che scontata e dall'altro, potrebbe rivelarsi poco efficace.

Se infatti pare indubbio che il mancato accesso alla composizione negoziata, in presenza delle condizioni che lo richiedano, possa integrare il presupposto della "grave irregolarità" nella gestione che legittima il ricorso al controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 Cc, qualche perplessità può nascere circa il provvedimento adottabile dal tribunale.

Come illustrato sopra, in presenza di irregolarità particolarmente gravi il tribunale può disporre la revoca degli amministratori e la nomina di un amministratore giudiziario. Nel caso di specie, tuttavia, non appare assolutamente certo che questi possa senz'altro procedere alla richiesta di accesso alla composizione negoziata in luogo dell'amministratore inerte, posto che tale accesso è consentito all'«imprenditore commerciale» nel cui novero rientra senz'altro l'amministratore di una società commerciale nominato dall'assemblea dei soci, ma non è detto rientri anche l'amministratore di nomina giudiziaria.

A tale riguardo merita osservare che l'accesso alla composizione negoziata non si esaurisce nell'istanza di nomina dell'esperto, ma implica tutta una complessa attività propedeutica di pre-

12 Nella sua versione originaria il Codice della crisi prevedeva che presso ciascuna camera di commercio fosse istituito un organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) con il compito di ricevere le segnalazioni d'allerta provenienti da sindaci e revisori (allerta interna) e dai creditori pubblici qualificati (allerta esterna) e di gestire la successiva fase di composizione assistita.

13 Così I. Capelli, cit. in nota 9.

14 Si rammenta che la composizione negoziata, adesso assorbita all'interno del Codice della crisi, è stata introdotta nel nostro ordinamento per effetto del DL 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disposizione del piano di risanamento contenente la descrizione delle azioni che si intendono intraprendere per il superamento della crisi. Orbene, la predisposizione del piano di risanamento, così come l'adozione degli adeguati assetti previsti dall'art. 2086 Cc implicano una profonda conoscenza della realtà aziendale che difficilmente un amministratore giudiziario potrebbe acquisire nel tempo necessariamente limitato della sua nomina.

D'altro canto, anche a prescindere da tali considerazioni, lo strumento del controllo giudiziario potrebbe rivelarsi poco efficace a causa degli eccessivi "tempi di reazione".

Il sistema originariamente previsto dal Codice della crisi prevedeva infatti una scansione temporale particolarmente serrata: l'organo di controllo o il revisore dovevano avvisare «immediatamente» l'imprenditore dell'esistenza di fondati indizi della crisi e questi aveva un termine non superiore a trenta giorni per riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In assenza di risposta entro il predetto termine oppure in caso di risposta non adeguata l'organo di controllo o il revisore dovevano informare senza indugio l'OCRI il quale entro quindici giorni procedeva alla convocazione dell'imprenditore.

Anche il nuovo sistema della composizione negoziata prevede una scansione temporale molto stretta: la domanda di nomina dell'esperto viene inviata per via telematica al segretario generale della camera di commercio territorialmente competente il quale, ricevuta l'istanza, nei successivi due giorni lavorativi, la comunica ad un'apposita commissione che deve provvedere alla nomina dell'esperto nei successivi cinque giorni.

I tempi così stringenti previsti da entrambe le norme si fondano sulla convinzione che la situazione di un'impresa in crisi è destinata a peggiorare rapidamente nel tempo e che dunque, per poter porvi efficacemente rimedio, occorre agire con tempestività.

Ebbene, la natura processuale del rimedio previsto dall'art. 2409 Cc con i suoi insopprimibili "tempi tecnici" sembra togliere allo strumento molta della sua efficacia, posto che la pronuncia del tribunale in ordine alla nomina dell'amministratore giudiziario potrebbe intervenire in un momento in cui la composizione negoziata potrebbe dimostrarsi uno strumento non più idoneo a rimediare a una situazione ormai troppo compromessa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

Componenti e progettazione dell'assetto organizzativo

Francesco Bassi

SOMMARIO: 7.1 Organizzazione – 7.2 Assetto organizzativo

7.1 Organizzazione

Organizzazione significa mettere insieme in modo opportuno risorse per raggiungere obiettivi. Risorse intese come insieme di persone (con definite responsabilità, autorità ed interrelazioni) e di mezzi, coordinate e interagenti tra loro per raggiungere gli obiettivi aziendali.

All'interno di tale ampio contesto, possiamo individuare il significato "*core*" di organizzazione aziendale: "occuparsi del comportamento delle persone".

L'elemento chiave di un'organizzazione è il gruppo delle persone: le organizzazioni sono determinate dalle persone e dalle loro reciproche relazioni.

Un'organizzazione esiste quando le persone interagiscono le une con le altre nell'esercizio di funzioni che aiutano a conseguire degli obiettivi.

Ai fini di una gestione efficace, efficiente e conforme alle leggi è necessario che l'azienda si doti di un sistema organizzativo (assetto organizzativo) e un sistema di rilevazione (assetto amministrativo e contabile).

Ogni attività umana organizzata fa nascere due esigenze fondamentali e opposte:

› la divisione del lavoro in vari compiti;
› il coordinamento efficace di tali compiti per raggiungere gli obiettivi prefissati.

L'esigenza di divisione del lavoro permette alle persone di specializzarsi in compiti e azioni ben definiti, e di raggiungere economie di scala. La conseguenza, però, è un maggiore fabbisogno di coordinamento complessivo del lavoro.

Impostare un'organizzazione efficace richiede la realizzazione del necessario bilanciamento tra le due esigenze sopracitate nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale.

7.2 Assetto organizzativo

7.2.1 Che cosa s'intende con assetto organizzativo

Tante sono le definizioni di assetto organizzativo: per meglio orientarsi, è necessario partire dall'individuare una base di riferimento comune del concetto di assetto organizzativo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il nucleo comune può essere considerato il sistema di funzioni, poteri, deleghe di firma, procedure e processi decisionali in cui viene strutturata internamente la società; sistema idoneo ad individuare con chiarezza compiti e responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione sociale.

In sostanza, si fa riferimento al sistema con cui, una volta individuato chi è preposto ad adottare decisioni, si rileva chi quelle decisioni deve attuare, nonché fare in modo che il livello decisionale e il livello operativo comunichino tra loro.

In linea con tale base di riferimento comune, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili – nelle Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società non quotate – definisce l'assetto organizzativo come:

i. Il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità,
ii. Il complesso procedurale di controllo.

L'assetto organizzativo è determinato dalle decisioni relative a:

- quante persone e con quali caratteristiche sono necessarie per svolgere le combinazioni economiche d'impresa;
- quali insiemi di compiti deve svolgere ciascuna persona;
- con quali obiettivi;
- secondo quali modalità;
- con quali risorse;
- come e quanto ciascuna persona deve essere retribuita;
- quali sono i percorsi professionali (percorsi di formazione e di carriera) previsti per le persone e coerenti con le dinamiche delle attività svolte.

Tenendo conto di quanto sopra esposto e in linea con i contenuti delle best practice in materia, si può ritenere che l'assetto organizzativo dell'azienda sia costituito da:

- struttura organizzativa (attiene alla dimensione statica: definisce la struttura gerarchica verticale e identifica l'articolazione in unità organizzative);
- sistemi operativi che guidano il comportamento delle persone che fanno parte dell'organizzazione (attengono alla dimensione prevalentemente dinamica: definiscono il sistema delle relazioni che consente di realizzare un'efficace interazione tra le diverse unità organizzative).

In modo schematico, le componenti dell'assetto organizzativo possono essere riepilogate secondo la seguente articolazione:

1. struttura organizzativa:
   - struttura organizzativa di base (quali unità organizzative attivare, compiti e relazioni),
   - struttura delle singole unità organizzative (mansioni e responsabilità),
   - distribuzione dell'autorità e del potere (chi prende decisioni: scelte di accentramento, decentramento; stile di direzione; grado di libertà delle scelte: scelte di delega);
2. sistemi operativi:
   - sistema dei processi,
   - sistema di determinazione degli obiettivi e di allocazione delle risorse (pianificazione strategica, programmazione),
   - sistema di controllo interno e di gestione dei rischi,
   - sistema di gestione del personale (dimensionamento organici, ricerca, selezione, retribuzione, carriera, formazione),
   - sistema di autoregolamentazione,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› sistema informativo. Le componenti dell'assetto organizzativo consentono di definire le modalità attraverso le quali si realizzano le attività dell'organizzazione, sia in senso "verticale" che "orizzontale".

Con struttura organizzativa si definisce la configurazione unitaria e coordinata degli organi aziendali e degli insiemi di compiti e di responsabilità assegnati a ciascuno di tali organi.

È la risultante delle misure mediante le quali il lavoro è diviso, ordinato e coordinato all'interno di un sistema organizzativo.

In via formale, si esplicita principalmente con:

› organigrammi (quali sono le unità organizzative e le relazioni gerarchiche tra le stesse);
› mansionari (quale insieme di compiti, la mansione deve essere svolta da ciascuna unità organizzativa).

La struttura organizzativa definisce la struttura gerarchica verticale, in quanto indica i rapporti di dipendenza formale, compresi il numero di livelli gerarchici e lo *span of control* di manager e supervisori (vale a dire il numero di persone che sono coordinate da un manager) e identifica l'aggregazione di gruppi di persone in unità organizzative e di unità organizzative nella totalità dell'organizzazione.

I sistemi operativi definiscono il sistema delle relazioni (cioè, le modalità attraverso cui si realizzano le attività in senso "orizzontale") che consente di realizzare un'efficace interazione tra le diverse unità organizzative, rendendo possibile che le attività svolte all'interno di ogni unità organizzativa siano coordinate coerentemente con la strategia e gli obiettivi aziendali, favorendo un utilizzo equilibrato delle risorse per raggiungere gli obiettivi strategici aziendali, per sostenere la capacità di previsione e anticipazione del cambiamento, quella di adattamento ai mutamenti che interessano l'attività d'impresa e la verifica dell'efficacia effettiva delle opzioni adottate.

Di fatto, i sistemi operativi sono deputati a regolare e guidare i comportamenti delle persone nello svolgimento delle attività aziendali.

In altre parole:

› la struttura organizzativa risponde alla domanda *"chi fa che cosa?"*
› i sistemi operativi servono a rispondere alla domanda *"come si fanno le cose?"*

Questo breve inquadramento consente di evidenziare due considerazioni rilevanti in merito all'assetto organizzativo.

La prima: la corretta articolazione di un assetto organizzativo è fondata – nel rispetto del principio di proporzionalità alla natura e alle dimensioni dell'impresa – da un lato, su una struttura organizzativa chiaramente e univocamente definita e, dall'altro, su sistemi operativi correlati tra loro e con la struttura organizzativa stessa.

La seconda: un assetto organizzativo correttamente articolato riveste una funzione determinante per consentire all'impresa di poter raggiungere gli obiettivi prefissati attraverso il coordinamento delle attività della propria catena del valore.

7.2.3 L'assetto organizzativo e la gestione del cambiamento

L'assetto organizzativo può essere considerato quale insieme delle variabili che configurano le modalità con cui la popolazione aziendale (o organismo personale) svolge le attività e che definiscono, indirizzano e coordinano i comportamenti delle persone nello svolgimento delle attività stesse.

In questa prospettiva, l'assetto organizzativo deve essere in grado di mantenersi aggiornato

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nel tempo, in relazione ai mutamenti che interessano l'attività d'impresa e, in particolare, alle variazioni che riguardano la popolazione aziendale.

La dimensione e la composizione della popolazione aziendale varia in relazione al variare del complesso delle operazioni svolte (c.d. combinazioni economiche generali) e di fattori tecnici e organizzativi.

Le variabili che qualificano la configurazione dell'organismo personale si classificano in:

- variabili individuali: i valori, i bisogni e le competenze professionali individuali (capacità tecnico specialistiche e capacità di gestione delle relazioni interpersonali);
- variabili sociali: l'intensità e la qualità dalle relazioni che connettono le persone in gruppi ed aggregati le cui manifestazioni più importanti sono la coerenza tra gruppi sociali e gruppi formali (coesione o conflitto) e la cultura aziendale e organizzativa.

Le scelte di organizzazione relative alle dinamiche che interessano l'impresa e la popolazione aziendale possono far riferimento a due principi: il principio di coerenza dinamica e il principio di orientamento alle persone e ai gruppi di persone.

Il primo sancisce che non esistono soluzioni organizzative ottime e valide in ogni circostanza, ma occorre adottare una prospettiva *contingency*. Ciò comporta che ogni impresa debba progettare il proprio assetto organizzativo in funzione delle proprie caratteristiche specifiche.

Il secondo principio stabilisce che occorre coniugare l'efficienza aziendale con la soddisfazione delle persone, in quanto non è possibile una mutua esclusione delle due finalità. Ciò implica che le scelte organizzative devono tendere a realizzare condizioni che permettano alle persone di essere motivate e di lavorare in modo da fornire contributi positivi.

7.2.4 Progettazione organizzativa

Le scelte di progettazione L'assetto organizzativo deve tenere conto dell'identità unica e originale dell'impresa e delle condizioni particolari legate al

contesto interno ed esterno in cui l'impresa opera: ciò rende opportuno che i processi di progettazione organizzativa seguano un approccio specifico per ogni impresa.

Le scelte di progettazione organizzativa possono essere distinte in relazione all'ambito di riferimento:

- progettazione micro-strutturale
  - individuazione dei compiti, delle attività, degli obiettivi, delle responsabilità e, eventualmente, dei comportamenti attribuiti e richiesti ai singoli individui;
- progettazione meso-strutturale
  - definizione dei confini delle unità organizzative e, quindi, della definizione del raggruppamento dei compiti, delle attività, degli obiettivi;
- progettazione macro-strutturale
  - definizione della forma organizzativa complessiva dell'azienda al fine di garantire un grado di coerenza sia interna tra le varie scelte organizzative compiute, sia esterna e quindi fra dette scelte e il contesto in cui l'azienda opera.

7.2.4.1 Progettazione della struttura organizzativa

Il complessivo processo di progettazione della struttura organizzativa si articola nelle fasi seguenti:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1. definire quali sono i compiti che devono essere svolti all'interno dell'impresa;
2. assegnarli alle distinte unità organizzative;
3. suddividere ulteriormente i compiti all'interno dell'unità organizzativa;
4. definire per ogni posizione i compiti specifici a essa assegnata;
5. ordinare le relazioni tra le diverse unità attraverso la determinazione di una gerarchia.

La struttura organizzativa – se correttamente progettata – consente di:

› definire con chiarezza chi fa che cosa;
› assegnare responsabilità in modo coerente ad ogni organo aziendale e ad ogni unità organizzativa;
› esplicitare formalmente le componenti della struttura organizzativa in documenti quali l'organigramma (quali sono le unità organizzative e le relazioni gerarchiche tra le stesse) e il mansionario (quale insieme di compiti, la mansione deve essere svolta da ciascuna unità organizzativa), tra loro allineati.

In riferimento alla corretta definizione del "chi fa che cosa", un efficace assetto organizzativo deve essere aggiornato, formalizzato e chiaro, con particolare riferimento a:

› attribuzione di responsabilità chiare e univoche;
› definizione di linee di dipendenza (gerarchica e funzionale);
› previsione specifica di principi di controllo (quale la separazione delle funzioni).

La struttura organizzativa è rappresentata dall'organigramma (in particolare, relativamente alla componente struttura organizzativa di base) e dal mansionario (con riferimento alla struttura delle singole unità organizzative).

L'organigramma è la rappresentazione grafica della struttura organizzativa aziendale, che descrive sinteticamente le funzioni, i compiti e le mansioni esistenti.

L'organigramma rappresenta le unità organizzative (dette organi) ed esprime il loro collocamento all'interno del quadro generale mediante:

› celle che denominano le mansioni e le persone;
› collegamenti tra le celle, che indicano le relazioni gerarchiche e le relazioni orizzontali.

Al fine di consentire una comprensione migliore, l'organigramma viene spesso integrato con altri strumenti informativi, come la *job description*.

Le relazioni tra gli organi che compongono la struttura sono di vario tipo:

› le linee di subordinazione tra gli organi formano la gerarchia organizzativa;
› il concetto di ampiezza della supervisione *(span of control)* esprime, invece, il numero dei dipendenti diretti dal capo di un organo.

Tra organi dello stesso livello vi sono diversi tipi di relazioni basate sul concetto di divisione orizzontale del lavoro, che ripartisce compiti e mansioni tra organi e persone del medesimo livello gerarchico in funzione delle differenti competenze tecniche.

In relazione alla divisione del lavoro, esiste una distinzione tra organi in line e in staff:

› gli organi in line sono prevalentemente preposti ai processi produttivi operativi;
› gli organi in staff sono invece impegnati nei processi di servizio, supporto e consulenza su aspetti meno operativi.

La struttura aziendale può essere integrata con organi di carattere temporaneo.

Tra questi, i principali sono:

› i comitati, che si riuniscono periodicamente per analizzare e decidere aspetti particolari;
› i gruppi di lavoro, attivati per lo svolgimento di progetti determinati;
› gli organi di integrazione, come i project manager, preposti al coordinamento non gerar-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

chico degli operatori al fine di orientare l'attività svolta verso uno specifico obiettivo e integrare le diverse fasi di lavoro dei singoli membri di un gruppo organizzativo.

La scelta della struttura organizzativa spesso è ispirata ad alcune strutture base ricorrenti. Tra queste quelle più diffuse sono: la struttura elementare, la struttura funzionale, la struttura divisionale e la struttura a matrice.

La struttura elementare adotta un criterio di divisione e coordinamento del lavoro basato sulle posizioni, ossia l'omogeneità dei compiti e delle responsabilità assegnate alle varie persone che ricoprono le diverse posizioni.

La struttura funzionale, caratterizzata da una suddivisione in aree omogenee per ambito di attività, consente di organizzare in modo più efficiente le diverse attività dell'impresa in gruppi omogenei di compiti per affinità di specie, definiti "funzioni", e affidare ciascuna di queste funzioni a un responsabile, che si pone a un livello intermedio tra il vertice aziendale e le unità operative.

La struttura divisionale si contraddistingue dalla segmentazione interna in base ad una dimensione del business (quale, per linea di prodotto, per mercato).

La struttura viene articolata per divisioni, individuate prevalentemente per gruppi o famiglie di prodotti, a capo delle quali viene posto un direttore, responsabile dei risultati di quell'area.

In tale struttura, di solito, sono decentralizzate le funzioni che possono ottenere benefici maggiori dalla specializzazione, mentre sono mantenute a livello centrale quelle funzioni che richiedono un maggiore coordinamento a livello globale, o che consentono economie di scala.

La struttura a matrice unisce la suddivisione in aree omogenee per ambito di attività con segmentazione interna in base ad una dimensione del business (quale, per linea di prodotto, per mercato). È una forma di organizzazione di tipo reticolare, estremamente flessibile.

Questa struttura tende a risolvere le rigidità tipiche delle strutture divisionali e funzionali, creando tra le diverse unità dell'impresa relazioni lungo due dimensioni: una, tradizionale di funzione; un'altra, orientata al prodotto oppure al progetto.

7.2.4.2 Progettazione dei sistemi operativi

La dimensione maggiormente dinamica dell'assetto organizzativo riguarda prevalentemente i sistemi operativi, in quanto componenti che presidiano il funzionamento dell'assetto stesso e quindi l'adattamento ai mutamenti che interessano l'attività d'impresa.

In altri termini, i sistemi operativi favoriscono l'adattamento della struttura alle sollecitazioni ambientali e la verifica dell'efficacia effettiva delle opzioni adottate.

In dettaglio, l'articolazione dei sistemi operativi può essere così riepilogata:

1. *sistema dei processi* – insieme dei processi che comprendono tutte le attività svolte in azienda e le corrispondenti modalità con cui sono effettuate;
2. *sistema di determinazione degli obiettivi e di allocazione delle risorse* – insieme degli elementi con cui sono: determinati gli obiettivi aziendali nel complesso, dei processi e/o delle unità organizzative che compongono l'azienda; definiti i collegamenti tra obiettivi e allocazione delle risorse (per l'assegnazione alle unità organizzative delle risorse necessarie per raggiungere gli obiettivi rispettivamente attribuiti). Il sistema di determinazione degli obiettivi e di allocazione delle risorse è formalizzato in documenti di pianificazione strategica e/o di programmazione;
3. *sistema di controllo interno e di gestione dei rischi* – insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4. *sistema di gestione del personale*
   - insieme degli elementi con cui si: definisce il dimensionamento degli organici; svolgono l'attività di ricerca e selezione; sviluppano le competenze professionali dei dipendenti; predispongono i percorsi di carriera; determina e amministra la struttura e la dinamica delle ricompense (al fine di allineare gli obiettivi dei lavoratori con gli obiettivi dell'impresa);
5. *sistema di autoregolamentazione*
   - insieme degli strumenti predisposti dall'azienda per la regolamentazione delle proprie attività (quali Manuali, Regolamenti, Procedure, Istruzioni, Moduli e ogni altro documento di autoregolamentazione esistente in applicazione di Sistemi di gestione adottati, in adempimento a norme di legge e/o per lo svolgimento della gestione in linea con gli obiettivi aziendali);
6. *sistema informativo* – insieme di risorse e di ogni altro elemento finalizzati a fornire flussi di informazioni utili a supportare i processi decisionali e le modalità di attuazione delle scelte adottate.

La gestione di scelte organizzative richiede di agire in modo correlato tra struttura organizzativa e sistemi operativi, per evitare soluzioni mono-dimensionali con portata limitata e con probabili profili di mancata adeguatezza.

In riferimento ai fabbisogni tecnici, adattare l'organizzazione alle spinte dell'ambiente significa operare tramite la gestione di fattori quali:

- evoluzione del posizionamento strategico;
- variabili critiche;
- differenze tra i micro-ambiti organizzativi;
- integrazione verso l'unica *mission*.

Riguardo ai fabbisogni personali, adattare l'organizzazione alle spinte dell'ambiente significa operare tramite la gestione di fattori quali:

- coerenza delle competenze:
  1. conoscere e dominare il proprio ambito organizzativo, avendo chiari i rapporti gerarchici e le responsabilità,
  2. utilizzare le proprie competenze al meglio,
  3. mantenere i propri valori personali;
  4. porre l'individuo in condizioni di relativa stabilità per far fronte al crescente dinamismo dell'impresa;
- sviluppo delle competenze:
  1. evoluzione differenziata delle competenze nel corso della vita,
  2. evoluzione delle attese individuali nutrite nei confronti dell'impresa per il raggiungimento dei propri obiettivi professionali e personali,
  3. prevenzione e soluzione di possibili fenomeni di obsolescenza delle competenze professionali.

Con riguardo alla struttura organizzativa, la capacità di adattamento dipende dal proprio grado di flessibilità, ma con riguardo alla componente dei sistemi operativi la capacità di adattamento dipende dalla misura in cui il cambiamento – ancora prima di essere affrontato – sia stato previsto e in qualche modo anticipato.

In particolare, l'importanza delle interdipendenze esistenti tra le attività che compongono un processo e tra i diversi processi – che determinano le modalità distintive di gestione di ogni singola società – qualifica il sistema dei processi come il sistema di riferimento per gli altri sistemi per lo sviluppo di un'efficace azione di previsione e di conseguente gestione del cambiamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, un sistema organizzativo che includa la rilevazione dei processi può evidenziare in modo efficace il complesso delle attività svolte, la loro sequenza e le modalità con cui sono corrispondentemente effettuate.

Il sistema dei processi fornisce e mantiene aggiornate le indicazioni necessarie per comprendere e conoscere il complesso delle attività aziendali in tutte le dimensioni con cui sono effettivamente svolte ai fini del raggiungimento dei risultati utili alla creazione di valore.

Queste caratteristiche qualificano – all'interno dell'assetto organizzativo – il sistema dei processi come la componente che offre il contesto per l'applicazione degli altri sistemi operativi. A titolo esemplificativo, si può citare come il sistema dei processi costituisca il quadro di riferimento in cui:

- esprimere formalmente la strategia aziendale e la formulazione dei piani strategici (ambito del sistema di determinazione degli obiettivi e di allocazione delle risorse);
- identificare e prevenire i rischi verso cui sono potenzialmente esposte le attività dell'impresa (ambito del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi).

7.2.5 Il sistema dei processi

7.2.5.1 Il significato di processo aziendale

Gli elementi in comune delle diverse definizioni di processo aziendale sono:

- il fatto che un processo aziendale sia costituito da un insieme di attività correlate;
- l'esistenza di un obiettivo finale da raggiungere;
- la presenza di uno o più input iniziali che danno vita al processo;
- la necessità di una trasformazione dell'input che abbia valore aggiunto per il destinatario dell'output.

Per individuare una definizione sufficientemente ampia e dettagliata e – nel contempo – un punto di sintesi tra le principali espressioni proposte in letteratura, si può affermare che un processo aziendale è *"una sequenza di attività tra loro interrelate e finalizzate al conseguimento di un obiettivo comune, svolte all'interno dell'azienda, che creano valore trasformando delle risorse (input del processo) in un prodotto (output del processo) destinato ad un soggetto interno o esterno all'azienda (cliente)."*

Un'attività è una sequenza di operazioni elementari la cui ulteriore scomposizione non sarebbe utile ai fini di un'analisi organizzativo-gestionale di un processo. Ogni attività conduce ad un output intermedio preciso, che concorre alla realizzazione dell'obiettivo finale del processo.

In relazione alla dimensione e alla complessità dei processi si parla anche di macro-processi e sottoprocessi. I sottoprocessi hanno caratteristiche distintive che sono dei sottoinsiemi di quelle dei macro-processi.

Un sottoprocesso è una parte di un processo che coinvolge un insieme di attività aventi uno specifico obiettivo, il quale però contribuisce al raggiungimento dell'obiettivo più generale del processo. Ogni processo può essere composto da diversi sottoprocessi con obiettivi specifici diversi, ma tra loro correlati o addirittura consequenziali.

7.2.5.2 Processo e procedura

Anche se spesso il termine procedura è utilizzato come sinonimo di processo, in realtà il loro significato è diverso.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Una procedura stabilisce "come" un'attività dev'essere svolta, mentre un processo indica "che cosa" dev'essere fatto per raggiungere un risultato o, più propriamente, "chi deve fare che cosa". A differenza dei processi, le procedure non elaborano informazioni, ma descrivono le modalità per elaborare tali informazioni.

7.2.5.3 Classificazione dei processi

I processi sono classificabili utilizzando vari criteri di associazione, che corrispondono a diversi elementi caratteristici del processo.

Tuttavia, le principali classificazioni sono molto simili tra loro, infatti il criterio di classificazione su cui si basano è essenzialmente lo stesso: l'impatto che i processi hanno sui risultati aziendali, fortemente legato alla tipologia di attività svolte all'interno del processo.

In sintesi, secondo la classificazione prevalente, i processi aziendali sono divisi tra:

- *Processi di governo* (o di direzione e controllo), volti a pianificare, guidare e coordinare gli obiettivi che forniscono le regole di funzionamento di un'organizzazione e che verificano la loro applicazione;
- *Processi primari* (o operativi o di business), finalizzati all'ottenimento di prodotti o servizi con i quali l'organizzazione si presenta sul mercato; rappresentano quelli a maggiore impatto sui risultati di business dell'azienda e sono in grado di creare valore riconosciuto dal cliente;
- *Processi di supporto*, necessari per il funzionamento degli altri processi, contribuiscono alla creazione del valore in modo indiretto, fornendo gli elementi infrastrutturali ed i servizi generali di supporto.

7.2.5.4 Rilevazione dei processi

Riveste particolare importanza l'identificazione e la mappatura dei processi in modo unitario, a prescindere dall'istanza contingente che ne motiva la realizzazione (quali l'applicazione di una specifica norma o la risposta ad una puntuale esigenza gestionale).

Infatti, i processi rappresentano come effettivamente sono svolte le attività dell'impresa e pertanto, se declinati con un approccio unitario (valido per tutta l'impresa e per tutte le casistiche applicative) e con la stessa metodologia di rilevazione, consentono una più semplice individuazione delle responsabilità, dei potenziali rischi cui sono esposti gli obiettivi di ogni processo e del livello di adeguatezza delle misure di sicurezza, di prevenzione e di controllo esistenti.

Inoltre, lo stesso "linguaggio" consente per ogni processo, da un lato, la confrontabilità del grado di rilevanza dei diversi rischi, indipendentemente dall'ambito operativo in cui possono manifestarsi e, dall'altro lato, la rilevazione di ogni misura tecnica e organizzativa applicata ai fini della mitigazione dei rischi rilevati, con la conseguente possibilità di razionalizzare le misure di prevenzione.

7.2.5.5 Approccio coordinato per processi e per funzioni

Nell'ambito di un'impresa, l'adozione di un sistema di processi, unitamente alla loro identificazione, interazione e gestione, è chiamata "approccio per processi".

Storicamente, l'approccio organizzativo da parte dell'imprese è stato di tipo funzionale, cioè incentrato sulla funzione aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La funzione aziendale è un insieme di attività svolte all'interno dell'azienda, che vengono raggruppate in base al criterio dell'omogeneità. Le attività facenti parte di una stessa funzione organizzativa sono svolte da un gruppo di persone aventi competenze, linguaggi e codici comuni; questo favorisce la formazione di competenze specialistiche all'interno dell'impresa.

La struttura organizzativa funzionale prevede, seguendo il principio di divisione del lavoro, che le risorse umane e tecniche dell'azienda vengano attribuite alle funzioni organizzative. Questa configurazione è tipicamente caratterizzata da un organigramma gerarchico a piramide, che – se considerato come esclusivo riferimento della struttura organizzativa dell'impresa – porta spesso allo sviluppo di "isole organizzative" aventi funzioni ed orientamenti gestionali specialistici, tra le quali l'interazione può risultare molto difficile.

Il passaggio da una struttura organizzata per funzioni ad una gestita per processi consente di superare i limiti di rigidità dell'approccio funzionale e di concentrarsi maggiormente sull'esito del processo e sulla catena del valore, in quanto la soddisfazione del cliente/utente è legata direttamente ai processi e solo indirettamente alle funzioni organizzative.

L'approccio per processi nasce dall'esigenza di un'organizzazione di perseguire contemporaneamente la soddisfazione di clienti/parti interessate e l'efficacia ed efficienza della gestione attraverso un razionale utilizzo di tutte le risorse per raggiungere gli obiettivi prestabiliti.

Si focalizza sull'*output* da fornire ai clienti/utenti, aggregando attorno ad esso tutte le attività e le risorse necessarie alla sua produzione. Ne consegue che un processo è perciò trasversale rispetto ad una struttura funzionale e raggruppa tutte le funzioni ed i ruoli necessari al raggiungimento dei suoi obiettivi.

Questo tipo di configurazione organizzativa consente anche una più semplice individuazione delle responsabilità ed una più rapida localizzazione di sprechi e inefficienze, rendendo l'organizzazione nel complesso più snella, costituita da gruppi lavorativi multifunzionali aventi pieno controllo su tutti gli aspetti del processo.

Allo stesso tempo, permette di rilevare più efficacemente i potenziali rischi cui sono esposti gli obiettivi e il livello di adeguatezza delle misure di sicurezza, prevenzione e/o di controllo esistenti.

Inoltre, porre l'attenzione sui processi fa sì che gli attori coinvolti sviluppino una maggiore consapevolezza del flusso logico/ causale del lavoro, delle attività svolte e delle prestazioni derivanti dall'esecuzione di tali attività.

L'approccio per processi può anche essere considerato un approccio di tipo sistemico alla gestione: oltre a considerare i singoli processi, richiede di individuare e gestire tutte le relazioni e le interdipendenze che intercorrono tra i processi stessi.

Anche in funzione di queste caratteristiche, la gestione per processi consente di individuare i processi critici, quelli che influenzano in maggior misura le *performance* dell'impresa e di gestirli in modo che diventino più efficienti ed efficaci e contribuiscano a migliorare i risultati complessivi dell'impresa.

Va tuttavia precisato che l'approccio per processi non si sovrappone e non si sostituisce all'approccio per funzioni: le rispettive finalità sono distinte e, a ben vedere, complementari nell'ambito di un assetto organizzativo efficace nel tempo e in grado di consentire il governo del cambiamento.

In tal senso, la gestione per processi consente di mantenere la struttura organizzativa esistente nell'impresa favorendo però la nascita di quei collegamenti orizzontali necessari ad integrare e coordinare le funzioni aziendali. Con riferimento a questa opportunità, si può parlare di un assetto organizzativo caratterizzato da un approccio coordinato per processi e per funzioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

7.2.6 Il sistema di determinazione degli obiettivi e di allocazione delle risorse

Il significato stesso di organizzazione come "mettere insieme in modo opportuno risorse per raggiungere obiettivi" sottolinea la rilevanza degli obiettivi per l'impostazione e il mantenimento in efficacia e in efficienza di un sistema organizzativo.

Di fatto, gli obiettivi sono una necessità per l'organizzazione: in assenza di una definizione chiara e di una diffusione capillare a tutta la popolazione aziendale degli obiettivi mancano i riferimenti della direzione verso cui devono essere orientate le attività e conseguentemente per aspetti cruciali per la gestione efficace e efficiente dell'impresa, quali: stabilire le risorse da implementare, allocare le risorse, definire cosa misurare, verificare i risultati, comprendere cosa e come migliorare.

In altri termini, il fattore chiave che guida la costruzione di un assetto organizzativo e il suo aggiornamento è la determinazione degli obiettivi da conseguire o, meglio, del sistema degli obiettivi.

L'azienda stabilisce i propri obiettivi strategici (quelli di carattere generale, deputati a costruire e difendere un vantaggio competitivo nel lungo periodo) in coerenza con i propri valori, *mission* e *vision*. Per poter realizzare in concreto gli obiettivi strategici, deve necessariamente definire – a cascata – gli obiettivi specifici da assegnare ad ogni unità organizzativa e ad ogni processo, tra loro correlati e concatenati in riferimento a specifiche relative a unità organizzative e processi (quali le relazioni che li collegano tra loro e la rispettiva influenza sui fattori chiave per il raggiungimento degli obiettivi strategici).

Tramite i processi – tra loro collegati – di pianificazione strategica e programmazione si stabiliscono gli obiettivi – rispettivamente di medio-lungo e di breve termine – in modo correlato e si determina il modo migliore per conseguirli. Le modalità per conseguire gli obiettivi riguardano le linee d'azione ritenute adeguate e le risorse che si valutano necessarie impiegare.

Il sistema organizzativo – in modo coerente e quale parte integrante della strategia che l'impresa intende perseguire – deve essere preventivamente allineato per predisporre e implementare i criteri, le regole ed i processi in base ai quali deve svolgersi il lavoro all'interno dell'impresa al fine di raggiungere gli obiettivi programmati.

Se opportunamente predisposto, l'assetto organizzativo riesce a creare i presupposti necessari per cui ogni singolo collaboratore o unità organizzativa possa apportare il contributo più funzionale possibile al raggiungimento dei rispettivi obiettivi prefissati.

Data la loro rilevanza, gli obiettivi devono – oltre che definiti in modo chiaro e inequivocabile – essere:

- significativi (tali da favorire la creazione di valore);
- misurabili (cioè valutabili in modo oggettivo, in quanto basati su dati di fatto);
- adeguati (in sostanza, raggiungibili);
- riesaminati (controllati e aggiornati progressivamente);
- tempificati (abbinati ad un termine per il rispettivo conseguimento).

7.2.7 Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi

Il raggiungimento degli obiettivi è esposto agli effetti degli eventi futuri incerti, che possono vanificare i programmi, ridurre il grado di prevedibilità dei risultati e – in caso l'impresa non sia in grado di adottare adeguate misure preventive – allontanare i risultati dai corrispondenti obiettivi prefissati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta di affrontare i rischi che possono influenzare il raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Dal punto di vista operativo, il rischio si declina in tutti i possibili futuri scostamenti dagli obiettivi definiti nei processi di pianificazione strategica e/o di programmazione.

La misura del rischio è data dall'entità dei possibili futuri scostamenti dai valori *target* degli indicatori specifici che vengono considerati nei processi di pianificazione strategica e/o di programmazione per la misurazione degli obiettivi stabiliti.

Per ogni indicatore, i diversi possibili scostamenti dai valori *target* vengono sintetizzati in una distribuzione di probabilità che viene denominata profilo di rischio.

L'impatto, negativo o positivo, degli eventi incerti incide direttamente sulla capacità dell'azienda di creare valore per i propri *stakeholders* e quindi condiziona la sopravvivenza dell'azienda, prima ancora del proprio sviluppo.

Ne consegue che è fondamentale tutelare e rafforzare la capacità di creare valore per consentire la continuità di gestione di ogni azienda.

In pratica, è richiesto un sistema di governo dei rischi *(risk management)*, cioè un insieme di processi mediante i quali si individuano, si analizzano e si valutano i rischi aziendali e successivamente si sviluppano delle strategie per governarli, in modo da minimizzare le perdite e massimizzare le opportunità.

L'obiettivo di qualsiasi sistema di governo dei rischi non è l'eliminazione completa del rischio, che costituisce elemento intrinseco dell'attività di impresa, ma quello di valutare quali rischi assumere al fine di conseguire i risultati attesi e come reagire in caso si manifestino rischi inaspettati.

In altri termini, l'obiettivo di *risk management* consiste nel trasformare il profilo di rischio iniziale nel profilo di rischio più coerente con gli obiettivi aziendali, nel rispetto dei corrispondenti livelli di rischio ritenuti accettabili.

7.2.8 Il sistema di gestione del personale

La gestione del personale in un'azienda è l'insieme di pratiche che contribuiscono a rendere maggiormente efficaci in termini di rendimento le prestazioni del personale dipendente.

Ciò richiede scelte organizzative che – in coerenza con la strategia aziendale – siano orientate a realizzare condizioni che permettano alle persone di essere motivate e di lavorare in modo da fornire contributi positivi: in pratica, creare i presupposti per far sì che i dipendenti siano motivati al raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Il sistema di gestione del personale è prevalentemente articolato in:

- Amministrazione del personale (contratti; paghe; adempimenti legali);
- Gestione delle risorse umane (pianificazione del personale; reclutamento, selezione, inserimento; formazione e sviluppo competenze professionali; valutazione; politiche retributive; percorsi di carriera).

Per essere efficace il sistema di gestione del personale deve essere integrato con gli altri componenti dell'assetto organizzativo e impiegare strumenti di gestione in diretta relazione con le strategie e gli obiettivi, oltre che tra loro collegati.

7.2.9 Il sistema di autoregolamentazione

L'impostazione degli strumenti deputati a disciplinare la gestione regolata delle attività aziendali, conosciuti come strumenti di autoregolamentazione deve tenere conto di un'evi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

denza di carattere generale: l'*oggetto* da regolamentare è comunque e sempre uno, cioè *l'impresa nel suo insieme.*

Ciò comporta che per quanto riguarda l'autoregolamentazione, nell'ambito di un assetto organizzativo efficace, è indispensabile adottare un'impostazione che superi la contemporanea presenza di procedure spesso contrastanti tra loro (quali, a titolo esemplificativo, procedure sicurezza, privacy, qualità, ambiente). Senza un'integrazione di tutte le procedure aziendali che ne assicuri la compatibilità reciproca e ne elimini le eventuali duplicazioni, nessun assetto organizzativo può essere efficacemente attuato, in quanto rischia di essere smentito dall'interno da altri regolamenti, strumenti organizzativi o sistemi di gestione contemporaneamente vigenti nella stessa impresa.

Inoltre, una mancanza di visione d'insieme può concorrere a generare una sommatoria di diverse misure di controllo non correlate tra loro (c.d. Babele dei controlli), una proliferazione di strumenti di regolamentazione, oltre ad accrescere il volume della documentazione aziendale e la duplicazione dei contenuti, aumentando le criticità in termini di comprensibilità da parte dei collaboratori e – conseguentemente – di effettiva applicabilità.

7.2.10 Il sistema informativo

Tra gli obiettivi di un assetto organizzativo efficace possiamo individuare in sequenza:

- migliorare la motivazione dei singoli collaboratori;
- formare una "squadra" adatta alla gestione aziendale;
- ottenere che le attività di ognuno contribuiscano al raggiungimento degli obiettivi aziendali;
- raggiungere gli obiettivi aziendali;
- favorire il soddisfacimento delle ambizioni e degli obiettivi di ogni collaboratore;
- controllare costantemente le attività e risultati.

Tali aspetti hanno almeno un comune denominatore: richiedono scambi di informazioni tempestive e di qualità, meglio se adeguatamente inquadrate in un unico sistema informativo aziendale.

Da un lato, i vertici aziendali hanno necessità di ricevere flussi di informazioni utili a supportare i processi decisionali e le modalità di attuazione delle scelte adottate e di poter diffondere informazioni e comunicazioni di natura organizzativa verso tutta la popolazione aziendale.

Dall'altro lato, tutti i collaboratori devono ricevere informazioni adeguate (attraverso la comunicazione e la formazione) per avere ben chiaro in cosa sono impegnati e poter essere pienamente consapevoli del proprio ruolo e delle attività da svolgere – in virtù delle responsabilità attribuite – per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dall'organizzazione in modo efficiente ed efficace.

Per sostenere adeguatamente e contestualmente tutti gli aspetti sopraindicati è indispensabile che le informazioni pertinenti siano identificate, raccolte e diffuse nella forma e nei tempi che consentono a ciascuno di adempiere correttamente alle proprie rispettive responsabilità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi

Luca Malfatti

SOMMARIO: 8.1 Il sistema di controllo interno – 8.2 Il sistema di gestione dei rischi – 8.3 Rischio di crisi d'impresa e rischio di insolvenza – 8.4 Le componenti dell'ERM – 8.5 Conclusioni

8.1 Il sistema di controllo interno

Il Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è un elemento fondamentale del complessivo sistema di governo aziendale; il Codice di Autodisciplina per le società quotate definisce il sistema dei controlli come l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi ai quali l'impresa è esposta. Il Sistema di controllo interno mira, pertanto, ad assicurare:

- l'efficacia ed efficienza dei processi aziendali;
- l'adeguato contenimento dei rischi attuali e prospettici;
- la prevenzione del rischio che l'impresa sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite;
- la verifica dell'attuazione delle strategie e delle politiche aziendali;
- la salvaguardia del valore del patrimonio aziendale;
- l'affidabilità delle informazioni contabili e gestionali e delle procedure informatiche;
- l'adeguatezza e tempestività del sistema di reporting delle informazioni aziendali.

Peraltro, lo stesso Codice di Autodisciplina precisa che un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli.

Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità delle informazioni fornite agli organi sociali ed al mercato, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne.

Il Principio di revisione ISA Italia 315 definisce, invece, il controllo interno come *"processo messo in atto dagli amministratori, dalla direzione e da altri soggetti dell'impresa al fine di fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi aziendali con riguardo all'attendibilità dell'informativa finanziaria, all'efficacia e all'efficienza della sua attività operativa ed alla conformità alle leggi e ai regolamenti applicabili"*. Lo stesso Principio di revisione ISA Italia 315 precisa al paragrafo A54 che *"il controllo interno, a prescindere dalla sua efficacia, può fornire ad un'impresa solo una ragionevole sicurezza sulla realizzazione degli obiettivi di informativa finanziaria. La pro-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

babilità della loro realizzazione dipende dai limiti insiti nel controllo interno. Tali limiti comportano di fatto la possibilità che il giudizio umano, nel prendere decisioni, possa essere errato e che il mancato funzionamento del controllo interno possa verificarsi a causa di un errore umano. Per esempio, vi può essere un errore nella configurazione o nella modifica di un controllo. Allo stesso modo, l'operatività di un controllo può non essere efficace, come nel caso in cui le informazioni prodotte ai fini del controllo interno (per esempio, una relazione sulle eccezioni) non sono utilizzate in modo efficace perché la persona incaricata dell'esame non comprende lo scopo di tali informazioni o non intraprende le azioni appropriate".

Il Sistema di controllo interno deve essere impostato secondo le seguenti linee guida:

- separazione delle competenze e delle responsabilità tra gli organi e le strutture aziendali in modo chiaro, allo scopo di evitare carenze o sovrapposizioni che possano incidere sulla funzionalità aziendale;
- formalizzazione dell'operato degli organi amministrativi e dei soggetti delegati;
- integrità, completezza e correttezza dei dati;
- indipendenza delle strutture di controllo rispetto alle unità operative.

Il Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è tipicamente articolato secondo tre livelli:

1. controlli di primo livello, diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Le strutture operative devono assicurare l'osservanza delle procedure adottate per la realizzazione del processo e il rispetto del livello di tolleranza al rischio stabilito;
2. controlli di secondo livello che hanno l'obiettivo di assicurare la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi, la realizzazione delle attività a loro affidate dal processo di gestione dei rischi, il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni e la conformità alle regole dell'operatività aziendale;
3. controlli di terzo livello che sono inerenti all'attività di verifica sulla completezza, funzionalità, adeguatezza e affidabilità del Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

È essenziale, inoltre, che sia garantito un adeguato flusso informativo fra le funzioni di controllo e gli organi sociali mediante una completa reportistica diretta agli organi sociali, riguardante le attività svolte e il profilo di rischio. È evidente, tuttavia, che la struttura dei controlli interni varia in relazione anche alle dimensioni dell'impresa dovendosi, comunque, ispirare a criteri di proporzionalità.

8.2 Il sistema di gestione dei rischi

Nell'ambito del Sistema di controllo interno è presente il processo di gestione dei rischi (o *risk management*), inteso come l'insieme dei processi mediante i quali si individuano, si analizzano e si valutano i rischi aziendali e successivamente si sviluppano delle strategie per governarli, in modo da minimizzare le perdite e massimizzare le opportunità. Il processo di *risk management*, quindi, si articola nelle seguenti fasi:

- identificazione dei rischi;
- valutazione attuale e prospettica dell'esposizione ai rischi;
- monitoraggio dell'esposizione ai rischi;
- mitigazione dei rischi.

Nel Sistema di Gestione dei Rischi il *risk management* ha la responsabilità di individuare, mi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

surare, valutare e monitorare su base continuativa i rischi sia attuali che prospettici cui la società è o potrebbe essere esposta e le relative interdipendenze.

Il concetto di rischio è fisiologicamente legato all'attività di impresa poiché è connesso alla vocazione di intraprendere e all'aleatorietà degli eventi riferiti all'ambiente nel quale l'impresa opera: assume, pertanto, rilievo la gestione del rischio.

Il rischio si configura come l'insieme degli effetti associati ad eventi futuri incerti che possono influenzare il raggiungimento degli obiettivi aziendali. Si tratta, quindi, di eventi il cui accadimento non è certo ma probabile con una distribuzione dei possibili scostamenti dai risultati attesi. Gli eventi che influenzano positivamente la capacità dell'azienda di raggiungere i propri obiettivi costituiscono delle opportunità *(upside risk)* mentre quegli eventi che influenzano negativamente la capacità dell'azienda di raggiungere i propri obiettivi rappresentano delle minacce *(downside risk)*. Per rischio, pertanto, si deve intendere il prodotto tra la probabilità, valutata in un arco temporale definito, che un evento accada e la gravità del suo impatto. Secondo la definizione proposta dalla *Commitee of Sponsoring Organizations of Tradway Commission (CoSO)* nel Report Internal Control Integrated Framework il rischio è il possibile evento negativo di un fenomeno aleatorio o di un accadimento futuro le cui possibili manifestazioni, sia positive che negative, possono essere statisticamente descritte da una determinata distribuzione di probabilità.

Una prima classificazione dei rischi è la seguente:

- rischio inerente, inteso come rischio presente in assenza di qualsiasi azione di mitigazione capace di alterare la probabilità di accadimento e/o la gravità del suo impatto. Esso rappresenta la massima perdita conseguente al suo manifestarsi e alla mancanza di azioni capaci di limitarne gli effetti;
- rischio residuo, costituito dal rischio che permane per effetto delle azioni di mitigazione del rischio inerente.

Sotto il profilo della loro natura i rischi possono essere classificati nel modo seguente:

- rischi strategici associati, ad esempio, al modello di *business*, al portafoglio prodotti, alla reputazione, alla tecnologia, agli accordi distributivi, all'innovazione di prodotto, all'allocazione del capitale;
- rischi operativi inerenti i processi (inadempienze dei fornitori, sistemi IT non integrati, *business continuity*, manomissione dei dati, attacchi *cyber*, *outsourcing*, danni atmosferici), le risorse umane (dipendenza da risorse chiave, risorse non adeguate, turn over), l'integrità (frodi, atti non autorizzati), e gli aspetti legali (contenzioso, compliance normativa, antiriciclaggio, responsabilità degli amministratori, dei sindaci e del management);
- rischi finanziari intesi come rischi di controparte o di credito, di tasso d'interesse, di equity, di liquidità, di tasso di cambio, immobiliare.

Tra le diverse tipologie di rischio assumono una crescente rilevanza i rischi *ESG* (*Environmental, Social, Governance*) che per la componente "E – Environmental" assumono la declinazione di rischio fisico e di rischio di transizione.

8.3 Rischio di crisi d'impresa e rischio di insolvenza

Sotto un altro profilo, si rileva che l'articolo 2086 del Codice civile, riformato dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, dispone per gli organi di gestione e per quelli di controllo *"il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e dimensio-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ne dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale"; sul piano operativo ciò si declina, seppur nel rispetto del principio di proporzionalità, nell'introduzione anche nelle imprese di piccola e media dimensione di un adeguato modello di governo dell'impresa, formalizzati sistemi di controlli interni basati su processi di pianificazione aziendale e monitoraggio ed efficaci procedure di gestione integrata dei rischi d'impresa *(ERM – Enterprise Risk Management)*.

Rilevano, pertanto, il rischio di crisi d'impresa e il rischio di insolvenza: si tratta di due tipologie di rischio che sono correlate sotto il profilo sequenziale ma sono rappresentative di eventi diversi.

In particolare, nell'ambito del sistema di gestione dei rischi, è opportuna la distinzione fra:

- *Risk capacity*, intesa come livello di rischio che l'azienda intende assumere per raggiungere i propri obiettivi;
- *Risk appetite,* corrispondente al massimo livello di rischio che l'azienda può assumere senza violare i requisiti regolamentari;
- *Risk tolerance*, intesa come massima deviazione dal Risk appetite;
- *Risk profile,* inteso come effettivo livello di rischio assunto ad una certa data.

Il Framework "*Enterprise Risk Management – Aligning Risk with Strategy and Performance*" (di seguito anche "Framework COSO ERM" o "ERM") costituisce un modello di riferimento per le imprese che intendono adottare processi di gestione dei rischi in grado di orientare al meglio le strategie in base alle performance ma anche considerando le discontinuità che si possono originare da scenari particolarmente avversi ma plausibili. L'ERM, pertanto, è un processo, posto in essere dal Consiglio di amministrazione, dal Management e dalle strutture aziendali, per la definizione delle strategie in tutta l'organizzazione e progettato per:

- individuare potenziali eventi che possono influire sull'attività aziendale;
- gestire i rischi entro limiti accettabili;
- fornire una ragionevole certezza sul perseguimento degli obiettivi aziendali.

L'ERM consente, quindi, al management un'efficace ed efficiente gestione delle condizioni di incertezza e dei relativi rischi ed opportunità con la conseguente creazione di valore. Una volta applicato il modello ERM dovrà essere capace di:

1. rendere coerente il *Risk appetite* con le strategie aziendali;
2. consentire decisioni tempestive una volta identificato il rischio;
3. minimizzare qualsiasi scostamento rispetto alle previsioni;
4. identificare e gestire le diverse tipologie di rischio;
5. migliorare l'allocazione del capitale.

È importante osservare che gli elementi indispensabili per l'implementazione con successo dell'ERM sono costituiti da un forte commitment e dal coinvolgimento diretto del vertice oltre al cambiamento culturale di approccio al rischio da parte dell'azienda. Alcune imprese adottano un approccio quantitativo all'ERM ma è opportuno notare che esso è applicabile quando esistono serie storiche significative che possono essere impiegate per obiettivi previsionali; peraltro, diversi rischi di impresa sono di difficile quantificazione perché nuovi e privi di serie storiche: in tali casi le analisi di scenario sono necessarie per comprendere le interrelazioni.

Il punto di partenza per l'integrazione dell'ERM nella strategia e nella *performance* aziendale è rappresentato dalla revisione di alcuni aspetti di governance quali la cultura, le competenze nella gestione del rischio aziendale e le procedure aziendali. Relativamente alla cultura è evidente che per diffondere una maggiore consapevolezza del rischio all'interno dell'azienda è necessario definire dei meccanismi utili per la condivisione di informazioni, individuare e comunicare ai

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

destinatari il proprio ruolo e le proprie responsabilità per il raggiungimento di strategie e obiettivi di *business*, incluse quelle nella gestione del rischio, allineare i comportamenti agli incentivi e alle remunerazioni, sviluppare e diffondere la comprensione del contesto aziendale.

In merito alle competenze nella gestione del rischio aziendale, esse sono integrate nell'organizzazione quando:

a. il *management* è in grado di prendere decisioni appropriate in considerazione della propensione al rischio e del profilo di rischio;
b. l'organizzazione assume risorse di esperienza che possono esercitare il giudizio e la supervisione in base alle loro responsabilità e a supporto del processo decisionale;
c. si effettuano gli opportuni investimenti in tecnologia;
d. tutti gli *stakeholders* sono coinvolti nelle valutazioni sul rischio e sulle performance.

Relativamente alle procedure dell'ERM, esse sono integrate quando:

- il *management* indirizza attivamente il rischio nel perseguimento dei propri obiettivi di *performance*;
- le attività sono sviluppate per monitorare periodicamente le *performance* e le variazioni del profilo di rischio;
- il *management* è in grado di prendere decisioni in linea con la rapidità associata ai cambiamenti nell'organizzazione.

8.4 Le componenti dell'ERM

L'ERM poggia su cinque componenti che sono declinate in venti principi. Le componenti sulle quali poggia l'ERM sono le seguenti:

- *governance* e cultura;
- strategia e definizione degli obiettivi;
- *performance*;
- riesame e revisione;
- informazione comunicazione e rendicontazione.

La *governance* e la cultura sono alla base dell'ERM. La *governance* rafforza l'importanza dell'ERM mentre la cultura interessa il processo decisionale. Esse costituiscono la componente trasversale dell'ERM: la cultura si riflette nei processi decisionali mentre la *governance* definisce il livello di commitment rispetto all'ERM, identificandone i ruoli e le responsabilità e stabilendo le modalità con cui devono essere prese le decisioni e le forme di esecuzione delle stesse.

La strategia e la definizione degli obiettivi richiedono che l'ERM sia integrato nella predisposizione del piano strategico dell'azienda in modo tale che a quest'ultimo sia associato il corrispondente profilo di rischio. L'integrazione della gestione del rischio aziendale nel processo di definizione della strategia permette di identificare il profilo di rischio associato alla strategia stessa ed agli obiettivi aziendali e, conseguentemente, di calibrare le azioni necessarie per perseguirli.

In merito alla *performance* è fondamentale che l'azienda identifichi e valuti i rischi che possono influenzare la sua capacità di raggiungere la strategia; è altresì fondamentale che l'azienda dia priorità ai rischi in base alla loro gravità e in relazione alla sua propensione al rischio, individuando le corrispondenti azioni di mitigazione e misurandone l'efficacia.

Con riferimento al riesame e alla revisione è evidente che l'azienda può valutare in quale mi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sura l'ERM abbia contribuito ad aumentare il valore nel tempo rivedendo le competenze e le procedure della gestione dei rischi e le performance conseguite rispetto agli obiettivi.

Informazione, comunicazione e rendicontazione sono, invece, i processi continui ed iterativi per acquisire le informazioni e condividerle all'interno dell'azienda.

Le cinque componenti sopra indicate sono declinate in venti principi che rappresentano le singole iniziative che le aziende dovrebbero implementare per la realizzazione di processi integrati di gestione del rischio.

8.4.1 Governance e cultura

Con riferimento alla *governance* e cultura sono individuati i seguenti principi:

1. esercitare il *Board Risk Oversight*: l'organo di governo deve supervisionare il raggiungimento della strategia, supportando il management nel raggiungimento degli obiettivi strategici e di *business*;
2. l'organizzazione istituisce strutture operative nel perseguimento della strategia e degli obiettivi di *business*: la struttura operativa indica le modalità secondo cui devono essere svolte le operazioni quotidiane all'interno dell'organizzazione, anche con riferimento alla gestione del rischio. Tutte le risorse umane sono responsabili dello sviluppo e dell'implementazione delle pratiche di gestione del rischio;
3. definire la cultura desiderata: l'azienda definisce i comportamenti attesi che sono propri della cultura desiderata;
4. l'azienda dimostra commitment verso i valori fondamentali: i flussi informativi interni ed esterni sono definiti dall'azienda in coerenza con i valori fondamentali adottati;
5. l'organizzazione deve supportare la propria strategia e il raggiungimento dei propri obiettivi di *business* attraverso adeguati strumenti di creazione e mantenimento delle proprie risorse umane.

8.4.2 Strategia e definizione degli obiettivi

Riguardo alla strategia e alla definizione degli obiettivi sono individuati i seguenti principi:

- analisi del contesto aziendale: si tratta delle variabili rilevanti che possono influenzare le strategie attuali e future di un'organizzazione. Il contesto aziendale è caratterizzato da: i) dinamicità poiché in qualsiasi momento può emergere un potenziale rischio per l'azienda, ii) complessità poiché il contesto aziendale è caratterizzato da interconnessioni e interdipendenze, e iii) imprevedibilità in quanto ogni cambiamento avviene rapidamente e senza preavviso;
- definizione del *risk appetite*: la propensione al rischio viene riadattata ogni qual volta vengano valutate strategie alternative e definiti gli obiettivi per raggiungere i livelli di performance desiderati. Generalmente l'azienda si impegna a mantenere la propensione al rischio al di sotto delle sue capacità di assumere rischi *(risk tolerance)*. Alcune aziende misurano la propensione al rischio in termini qualitativi, mentre altre utilizzano parametri quantitativi: la scelta dipende, tra le altre, dal livello di maturità della società, dalla sensibilità aziendale alla tematica, dalle informazioni disponibili. L'azienda, inoltre, può definire la propensione al rischio a livello di: i) strategie e obiettivi aziendali, ii) obiettivi di *business*, iii) obiettivi di *performance*. Il *risk appetite* viene proposto dal *management*, e approvato dal Consiglio di Amministrazione; è necessario, poi, diffondere la sensibilità sulla propensione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

al rischio in modo che tutti operino coerentemente con la propensione al rischio stabilita. Il *management*, con la supervisione del Consiglio di Amministrazione, è chiamato a monitorare continuamente la propensione al rischio confrontandola con il *risk profile* effettivamente assunto dall'azienda;

› valutazione delle strategie alternative: la valutazione degli scenari alternativi è parte integrante del processo di definizione della strategia da adottare. Una volta individuati gli scenari alternativi, ogni scenario deve essere valutato considerando le risorse a disposizione dell'organizzazione. Nel considerare gli scenari alternativi, l'azienda deve identificare e valutare i potenziali rischi e le opportunità, in quanto diverse strategie alternative producono diversi profili di rischio. Una volta definito il profilo di rischio associato alla strategia scelta, il *management* sarà in grado di determinare le risorse necessarie e la loro allocazione allo scopo di realizzare la strategia scelta. Una volta definita la strategia, l'azienda può determinare gli effetti che si generano al modificarsi degli elementi variabili di riferimento e le conseguenti modalità di gestione e monitoraggio;

› formulazione degli obiettivi aziendali: durante la definizione e l'attribuzione degli obiettivi aziendali ai vari livelli dell'organizzazione l'azienda deve considerare la componente rischio allo scopo di assicurarne l'allineamento con la propria strategia definita. Gli obiettivi aziendali devono essere coerenti con la propensione al rischio dell'azienda. Pertanto, quando l'azienda valuta i propri obiettivi deve individuare e misurare i rischi che possono manifestarsi e determinarne l'impatto sul profilo di rischio. Gli obiettivi, inoltre, devono essere misurabili.

8.4.3 Performance

Riguardo alla performance sono individuati i seguenti principi:

1. *identificazione dei rischi*: i rischi devono essere identificati a livello di unità, divisione, attività operativa e società nel suo complesso. Questa fase costituisce un passaggio critico nell'intero processo in quanto un'analisi incompleta può compromettere l'efficacia delle azioni di mitigazione e il raggiungimento degli obiettivi prefissati. A diversi livelli dell'organizzazione e secondo un approccio *top-down*, il management procede ad una mappatura dei rischi (c.d. *"inventario dei rischi"*) sia esistenti che emergenti. L'inventario dei rischi consiste nell'elenco di tutti i rischi che l'azienda deve fronteggiare e può essere strutturato per categorie e sottocategorie e può includere anche l'impatto di ciascun rischio, le azioni di mitigazione e il *risk owner*. Il risultato di questa mappatura non è statico, ma richiede una costante rielaborazione al fine di renderlo il più completo possibile e aggiornato;
2. *valutazione della gravità dei rischi*: valutare i rischi significa misurare l'impatto di un evento potenziale sul conseguimento delle *performance* aziendali. La valutazione della gravità del rischio definisce le azioni di mitigazione dello stesso; se i rischi non sono valutati e misurati correttamente, non sarà possibile esprimere un'adeguata azione di mitigazione con possibili conseguenze in termini di allocazione non ottimale di risorse e possibile perdita del valore. La valutazione di ciascun rischio deve avvenire definendone: i) l'impatto, ossia l'effetto che il manifestarsi dell'evento può avere sul perseguimento degli obiettivi e sulla strategia aziendale e ii) la probabilità, ossia la possibilità di accadimento. È evidente che assume rilievo l'orizzonte temporale scelto per la valutazione dei rischi, che deve essere uguale a quello utilizzato per determinare la strategia e gli obiettivi. Nell'ambito del processo di valutazione del rischio, gli approcci più frequentemente utilizzati sono i metodi qualitativi, quantitativi o

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

una combinazione di essi e si deve tenere conto del fatto che i rischi si possono manifestare contestualmente o in momenti successivi, oltre ad essere diversamente correlati tra loro. Le tecniche qualitative includono le interviste, i sondaggi e le analisi di *benchmarking* e sono utilizzate quando la tipologia di rischio non è facilmente quantificabile oppure è oneroso ottenere una quantità significativa di dati necessari per una corretta quantificazione. Le tecniche quantitative (ad esempio gli alberi decisionali, le simulazioni Monte Carlo) sono tipicamente utilizzate in attività più complesse e la loro validità si basa sull'affidabilità della base dati; esse includono modelli probabilistici (ad esempio *value at risk, earning at risk, cash flow at risk*) che associano una serie di eventi e l'impatto risultante con la probabilità di tali eventi sulla base di determinati presupposti e modelli non probabilistici (ad esempio analisi di scenario, analisi di sensitività, *stress test*) che si basano su ipotesi soggettive dell'impatto senza quantificarne la probabilità. Dopo aver raccolto l'inventario dei rischi e averne misurato il livello di significatività, i relativi risultati possono essere rappresentati tramite una matrice (quella più comunemente usata è la matrice impatto-probabilità o altra rappresentazione grafica per evidenziare il livello di gravità associato a ciascuno dei rischi in relazione al raggiungimento di una determinata strategia). È da considerare, inoltre, l'identificazione di opportuni trigger alle ipotesi sottostanti le valutazioni della gravità dei rischi *(EWY – early warning indicator)* che possono determinare la necessità di una rivalutazione del processo di stima del rischio;

3. *prioritizzazione dei rischi*: consente al *management* di definire quali azioni di mitigazione ai rischi adottare e come ottimizzare l'allocazione delle risorse disponibili tra i diversi rischi. Tra i criteri utilizzati per definire la priorità di un rischio si possono indicare i seguenti: i) adattabilità intesa come la capacità dell'azienda di adattarsi e di rispondere ai rischi, ii) complessità che corrisponde alla natura e alla tipologia di un rischio ai fini del successo dell'azienda, iii) velocità con la quale un rischio influisce sull'azienda, iv) persistenza intesa come la durata, in termini temporali, in cui un rischio ha un impatto su una organizzazione e recupero che corrisponde alla capacità dell'azienda di rientrare nei limiti di tolleranza. È evidente che la prioritizzazione dei rischi è strettamente correlata al livello di *risk appetite;*
4. *implementazione delle risposte ai rischi*: il *management* individua ed attua le azioni di risposta *(risk response)* più adeguate per tutelare l'azienda dal verificarsi dei rischi. Le possibili risposte al rischio sono le seguenti: i) accettare il rischio, ii) evitare il rischio, iii) perseguire il rischio, iv) ridurre e mitigare il rischio, v) trasferire il rischio. Quando il *management* decide di accettare il rischio non viene intrapresa alcuna azione per proteggersi dall'eventuale manifestarsi del rischio stesso; ciò comporta la necessità di un costante monitoraggio delle ipotesi che hanno portato l'azienda a tale scelta e, se queste ipotesi cambiano, potrebbe essere opportuno modificare la risposta al rischio. Quando, invece, la scelta è quella di evitare il rischio, si intraprendono le azioni necessarie per rimuovere il verificarsi del rischio a priori. Quando si sceglie di perseguire il rischio, l'azienda decide di intraprendere un'azione che accresce il rischio di ottenere prestazioni migliori. Il *management*, invece, decide di ridurre e mitigare il rischio quando sceglie di adottare una serie di azioni aventi lo scopo di ridurre l'esposizione al rischio. Il trasferimento del rischio equivale, infine, alla scelta di condividere l'intero rischio o parte di esso con un soggetto esterno all'impresa (ad esempio stipulando delle assicurazioni). La selezione della risposta al rischio più appropriata dipende, tra le altre, dal contesto di *business*, dall'analisi costi- benefici, da eventuali obblighi e dal *risk appetite*. L'analisi è volta a valutare gli effetti delle possibili azioni di risposta sulla probabilità e sull'impatto in modo tale che la scelta effettuata faccia ricadere il rischio residuo entro i livelli di tolleranza al rischio

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stabiliti dall'azienda. È opportuno osservare che, una volta identificate le risposte al rischio, è necessario sviluppare un piano di implementazione delle risposte medesime ed avviare le attività di controllo che consentano di assicurarsi che le stesse siano implementate;

› *sviluppo di una visione d'insieme dei rischi*: uno dei concetti cardine dell'ERM è la visione del "portafoglio dei rischi" *(portfolio view)*, ossia considerare tutte le potenziali implicazioni sul profilo di rischio dalla prospettiva dell'intera azienda. Quanto più si riesce a sviluppare una visione complessiva dei rischi, tanto più l'azienda può prendere decisioni basate sul rischio, fissare obiettivi di performance coerenti e gestire tempestivamente eventuali modifiche al profilo di rischio; a tale riguardo si possono utilizzare sia tecniche di tipo quantitativo (ad esempio modelli di regressione e altri strumenti di analisi statistica) che di tipo qualitativo (ad esempio le analisi di scenario e il *benchmarking*). In tale ambito è possibile verificare le interdipendenze tra i rischi e l'efficacia delle risposte: ad esempio si potrebbe decidere di valutare l'effetto di un cambiamento dei tassi di interesse, oppure di considerare l'effetto di eventi congiunti come la variazione dei tassi unitamente ad un incremento dei prezzi delle materie prime. Inoltre, l'analisi dell'effetto dei potenziali cambiamenti sulla visione dei rischi a livello d'insieme consente di identificare potenziali nuovi rischi emergenti e valutare l'adeguatezza delle risposte ai rischi adottate. Questa valutazione genera un processo interattivo attraverso il quale è possibile rivedere le ipotesi poste alla base della strategia, degli obiettivi di business e della valutazione del profilo di rischio.

8.4.4 Riesame e revisione

Con riferimento al riesame e alla revisione si individuano i seguenti principi:

› valutazione dei cambiamenti sostanziali: l'identificazione e la valutazione dei cambiamenti del contesto esterno ed interno sono essenziali per comprendere le modalità con cui si modificano la gestione dei rischi d'impresa e, di conseguenza, il raggiungimento degli obiettivi aziendali. Sono esempi di cambiamenti esterni ed interni la rapida crescita dell'azienda, le modifiche al contesto legislativo ed economico, l'innovazione di processo e di prodotto, i cambiamenti nella *leadership* e nelle risorse umane;

› valutazione del rischio e delle *performance*: è necessario riconsiderare periodicamente le pratiche e le modalità di gestione dei rischi ponendo attenzione ad ipotesi errate, competenze da implementare, prassi inefficaci. Il *management*, in altri termini, deve individuare gli scostamenti che si sono verificati nelle *performance* e comprenderne le cause. Se le *performance* non rientrano nei livelli *target* è necessario rivedere, in un'ottica di miglioramento continuo, il processo di *risk management* sotto i seguenti profili: i) strategia e obiettivi aziendali, ii) cultura aziendale, iii) valutazione e prioritizzazione dei rischi, iv) risposta ai rischi, v) propensione ai rischi;

› perseguire il miglioramento nella gestione del rischio d'impresa: è necessaria una valutazione continua delle proprie modalità di gestione dei rischi per identificare le possibili aree di miglioramento. L'opportunità di rivedere il proprio processo di *risk management* può derivare, ad esempio, da: i) nuove tecnologie capaci di offrire la possibilità di elaborare una crescente quantità di dati relativi ai rischi aziendali, ii) nuova propensione al rischio che potrebbe essere soggetta a revisione in seguito all'analisi della performance della gestione dei rischi, iii) diverse categorie di rischio, iv) confronto con la concorrenza, v) evoluzione del contesto in cui opera l'azienda.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.4.5 Informazione, comunicazione e rendicontazione

Con riferimento all'informazione, comunicazione e rendicontazione si individuano i seguenti principi:

- utilizzo delle informazioni e della tecnologia: le soluzioni informatiche, oltre a rendere più celeri le attività di elaborazione delle informazioni devono essere capaci di garantire la qualità dei dati e di condividere le informazioni con gli altri sistemi aziendali. Se, infatti, i dati sono inaccurati o incompleti, il *management* potrebbe non essere in grado di assumere decisioni valide. È fondamentale, quindi, implementare sistemi di gestione dei dati e stabilire politiche di gestione delle informazioni con chiare linee di responsabilità. L'intelligenza artificiale e il "*data mining*" consentono di raccogliere e analizzare grandi volumi di dati (*Big Data*) non strutturati, supportando il processo di elaborazione delle informazioni;
- comunicazione delle informazioni sui rischi: la comunicazione deve essere rivolta sia all'interno che all'esterno dell'azienda. Internamente è fondamentale comunicare la strategia e gli obiettivi a tutti i livelli dell'azienda in modo che ciascuno comprenda il proprio ruolo; esternamente è indispensabile informare gli azionisti e gli altri *stakeholder* in merito alle modalità di gestione dei rischi aziendali. È altrettanto fondamentale che l'azienda sia capace di ricevere informazioni da parte di soggetti esterni;
- *reporting* sui rischi, sulla cultura e sulla *performance*: i *report* contengono informazioni sia quantitative che qualitative sui rischi e variano relativamente alla loro forma, alla profondità di analisi e alla frequenza di predisposizione anche in relazione agli argomenti affrontati. È evidente, peraltro, che ogni destinatario di un report ha proprie esigenze informative in relazione ai rischi presidiati e ai risultati da conseguire. È fondamentale che l'obiettivo del *reporting* sia il collegamento tra strategia, obiettivi aziendali, rischio e rendimento. La completezza e la correttezza dei dati contenuti nei report devono sempre rappresentare gli elementi di attenzione dei responsabili dell'attività di *reporting*, i quali sono chiamati a fornire adeguati livelli di *assurance* sulla veridicità e attendibilità delle fonti, verificando che non siano state omesse informazioni essenziali per un'adeguata valutazione dei rischi.

8.5 Conclusioni

Un approccio di *Risk Management* efficace consente di identificare, misurare e gestire i rischi connessi al raggiungimento degli obiettivi aziendali. Inoltre, l'integrazione della gestione dei rischi nei processi decisionali contribuisce a ridurre la variabilità dei risultati, rinforzare la reputazione aziendale, migliorare l'accesso alle fonti di finanziamento e, pertanto, può diventare fonte di creazione di valore.

Tale approccio si concretizza con l'implementazione di un Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in grado di favorire il raggiungimento degli obiettivi aziendali anche in condizioni di rilevante incertezza e di significativo cambiamento e di costituire – di fatto – il fulcro per rendere adeguati gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

Assetto organizzativo: ruoli di corporate governance

Patrizia Riva

SOMMARIO: 9.1 L'evoluzione del contesto normativo – 9.2 La strutturale (scarsa) articolazione degli assetti organizzativi nelle realtà di piccole e medie dimensioni – 9.3 Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: la definizione degli aziendalisti – 9.4 Il principio di proporzionalità proposto dal Codice di Corporate Governance – 9.5 I ruoli di Corporate Governance nel modello di riferimento per le situazioni di going concern – 9.6 L'adeguatezza o meglio l'"inadeguatezza" del modello di corporate governance in tema di assetti organizzativi

9.1 L'evoluzione del contesto normativo

Alla luce delle previsioni del rinnovato art. 2086 del Codice civile una *corporate governance* adeguata è considerata condizione necessaria per il mantenimento della azienda in situazione di *going concern* in quanto permette l'individuazione e la gestione più consapevole dei rischi che strutturalmente caratterizzano il contesto aziendale, così che gli stessi siano compresi in modo tempestivo cercando di prevenire e se necessario affrontare i fattori di crisi[1] .

L'esistenza di obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore è essa stessa indispensabile strumento di *early warning* proprio perché permette il monitoraggio continuo della salute aziendale e l'intervento a tutela della stessa quando le alternative strategiche possibili sono ancora potenzialmente molteplici. Il decreto legislativo recante modifiche al CCI approvato il 15 giugno 2022 (d'ora in poi anche CCI 2022) e il Decreto Dirigenziale Ministeriale ad essi correlato ribadiscono la necessità di implementare strumenti contabili, amministrativi e organizzativi, enfatizzandola a chiarissime lettere con l'introduzione di una *check list* (oppure lista di controllo) particolareggiata[2].

Si è autorevolmente affermato che la più grossa novità del CCI, timidamente affacciatasi in precedenza e ora affermata a chiare lettere, è rappresentata proprio dal fatto che non può più pensarsi ragionevolmente che l'attività imprenditoriale, di qualunque dimensione essa

1 Riva P., Danovi A., Comoli M., Garelli A., "Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo CCI", Giurisprudenza Commerciale, anno XLVI, Fasc. 3 – 2020 – Giuffrè.

2 Riva P., Irrera M., "La convergenza tra le indicazioni del Codice della crisi e del D.L. 118/2021: is cash still king? DSCR e TDR a confronto", in Ristrutturazioni Aziendali – ilCaso.it – 2021-10.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sia, possa essere gestita come lo è stata in passato[3]. Alla luce dei criteri di modifica del Codice civile, che la legge di riforma ha dettato, si deve fare posto ad una nuova concezione di gestore dell'impresa (e di controllore di essa). Solo tale modifica consentirà di rendere competitive le aziende e di superare il record di "nascite e morti" di imprese nel brevissimo periodo, tipico della situazione imprenditoriale italiana, e permetterà di superare un fenomeno quale quello del passaggio generazionale, nell'ambito di una realtà per molti aspetti di piccola o microimpresa, caratterizzata da una alta percentuale di "famigliarità" del capitale. Come già da più parti richiamato, quindi, quello preteso dal legislatore è un importante cambiamento culturale specialmente per le imprese di minori dimensioni[4]. Queste ultime realtà sono spesso caratterizzate da una confusione tra il destino dell'azienda e quello della famiglia, una abitudine all'assunzione di decisioni e alla pianificazione di interventi – anche straordinari – senza una strumentazione informativa adeguata e robusta, una scarsa attenzione ai meccanismi di governo d'impresa, spesso valutati quali inutili vincoli invece che indispensabili presidi, e dalla conseguente assenza di una dinamica dialettica interna con i soggetti professionali preposti al controllo e alla vigilanza.

Viene a delinearsi per tutte le imprese collettive un protocollo organizzativo di carattere generale, destinato ovviamente a variare a seconda della natura e delle dimensioni dell'impresa e la cui attuazione viene affidata agli amministratori, in capo ai quali grava la relativa responsabilità.

Sulla base delle nuove indicazioni di legge del 2019 prima e del 2021 e 2022 poi si presenta rafforzato proprio il sistema dei doveri delle funzioni di *governance*.

L'intervento legislativo comporta un ripensamento degli assetti organizzativi – ma anche contabili ed amministrativi – in un numero cospicuo di realtà. In particolare, l'articolato da un lato richiama e rimarca la rilevanza di compiti e doveri già previsti dal codice civile e dalle norme di comportamento emanate dagli organismi professionali e dall'altro enfatizza il ruolo di alcuni attori estendendo l'ambito di applicazione che ne prevede la presenza in realtà sino ad oggi toccate solo marginalmente dai temi della *governance*[5]. È stata correttamente valorizzata la funzione di vigilanza con l'allargamento della platea degli enti societari obbligati a forme legali di controllo societario. Inoltre, sono riconosciuti nuovi poteri a soggetti interni – sindaci e revisori nella prima versione del CCI 2019, mentre più correttamente solo i sindaci nel Dl 118/2021 e nel decreto legislativo di modifica al CCI – e a soggetti consistenti prima di tutto nell'attivazione delle misure di *early warning* o di allerta (così Pacchi S., *Relazione nel Seminario Capri dell'Istituto dei Curatori*, 17/19 settembre 2021), ancorché edulcorata come è chiamata talvolta in dottrina nel nuovo contesto della composizione negoziata. Parallelamente, sono imposte ai medesimi soggetti nuove responsabilità.

3 Così Paluchowski A., nella Prefazione al fascicolo IV "I nuovi compiti degli organi sociali", a cura di Riva P., nella collana "Crisi d'impresa" a cura di Danovi A, Acciaro G., Il Sole24Ore, Aprile 2019.

4 Si vedano: fascicolo I "Le novità del Codice" e fascicolo II "Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi", nella collana "Crisi d'impresa" a cura di Danovi A, Acciaro G.; Riva P., Provasi R., An overview Italian companies and the financial and economic crisis: a cultural revolution, in Int. J. Economics and Business Research, Vol. 7, No. 4, 2014.

5 Riva P., Comoli M., Garelli A., "Corporate Governance and ERM for SMEs Viability in Italy" – Intech Open, 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.2 La strutturale (scarsa) articolazione degli assetti organizzativi nelle realtà di piccole e medie dimensioni

Il tessuto imprenditoriale italiano caratterizzato principalmente da piccole e medie imprese è nella realtà mediamente dotato di un assetto organizzativo scarno. La gestione è infatti in molti casi accentrata nelle mani di una persona che assume il ruolo di amministratore unico. Nei casi in cui sia individuato un consiglio di amministrazione esso è solitamente espressione dei soli portatori di capitale di riferimento e raramente prevede la presenza di soggetti indipendenti portatori di specifiche professionalità. Spesso sono del tutto assenti organi di controllo societario, essendo stata esercitata l'opzione (purtroppo) permessa (ad oggi) dalla normativa, di non introdurre un collegio o un sindaco unico (eventualmente) preposto anche al controllo contabile, bensì unicamente un revisore unico privo dei poteri di vigilanza[6]. Ne segue che non essendo presente il sindaco o collegio sindacale non vi è un presidio di vigilanza e non vi è nessun controllore con il potere di innescare la composizione negoziata. Nelle imprese di medie dimensioni in cui sarebbe opportuna una separazione tra le funzioni di vigilanza e revisione contabile spesso le stesse sono attribuite *tout court* al collegio sindacale e raramente è presente e adeguatamente strutturata la funzione *internal audit*.

9.3 Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: la definizione degli aziendalisti

È interessante ricordare in questa sede che il documento "Le parole della crisi. La lettura degli economisti aziendali" emanato nel marzo 2021 da *Sidrea*, la *Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale*, propone una definizione di assetto. Nel primo capitolo del documento si legge infatti che per assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve intendersi il sistema di disposizioni, procedure e prassi operative idonee a garantire che la gestione dell'impresa si sviluppi, nel rispetto delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale, in funzione del raggiungimento degli obiettivi definiti dai responsabili della attività di *governance*, in conformità a quanto previsto da leggi, regolamenti e disposizioni statutarie. Più in particolare l'*Assetto organizzativo*, considerato nella accezione più ampia del termine, attiene alle modalità di organizzazione del disegno imprenditoriale visto nel suo complesso ed include al suo interno:

a. la configurazione della *corporate governance* aziendale e, quindi, la definizione delle modalità di articolazione e funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo;
b. la configurazione delle variabili organizzative, intese come struttura organizzativa e sistemi operativi.

L'*Assetto amministrativo* include, invece, la parte dei sistemi operativi che consentono di verificare le performance economico finanziarie dell'impresa. Può essere definito come il sistema di disposizioni, procedure e prassi operative adottate dall'impresa che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale mediante il confronto sistematico fra gli obiettivi perseguiti e i risultati conseguiti. Infine, l'*Assetto contabile* può essere de-

6 Riva P., "Controllo societario e revisione alla luce del CCI. Questioni aperte per le PMI e proposte del CNDCEC" (Cap. 20 p. 203-213), in: "Scritti in onore di Luciano Marchi Vol. III, Controllo di Gestione", Giappichelli Editore; Riva P., Difino M., "Controllo societario e revisione nel Codice della crisi d'impresa", in Il Fallimentarista, Giuffrè, Vol. focus 03-07-2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

finito come il sistema di rilevazione dei fatti aziendali finalizzato alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aziendale in coerenza con il *framework* normativo (fra cui i principi contabili applicabili) di riferimento.

9.4 Il principio di proporzionalità proposto dal Codice di Corporate Governance

Come noto il Comitato per la *Corporate Governance*, composto da esponenti di vertice delle società quotate e delle società di gestione del risparmio, nonché da rappresentanti degli enti promotori (ABI, ANIA, Assogestioni, Assonime, Borsa Italiana e Confindustria) e da un gruppo di esperti, ha approvato e diffuso mediante pubblicazione sul sito di Borsa Italiana nel gennaio 2020, il Codice di *Corporate Governance*. Questa edizione del Codice è stata il frutto del confronto del Comitato con le società quotate e ha origine da un'attenta analisi delle evoluzioni internazionali in materia di governo societario e dagli esiti del monitoraggio condotto dal Comitato sull'applicazione del Codice. Nel commento di Assonime, che guida la Segreteria Tecnica del Comitato, si legge che le novità sostanziali del Codice seguono alcune direttrici fondamentali tra le quali rilevano in questa sede la proporzionalità di applicazione dei principi e la sostenibilità.

Per favorire il processo di progressiva strutturazione delle aziende così da consentire l'accesso al mercato delle società medio-piccole e di quelle a forte concentrazione proprietaria, l'applicazione del nuovo Codice di CG è improntata a principi di flessibilità e di proporzionalità.

Alcune raccomandazioni rinvenibili sono quindi indirizzate alle sole società grandi cosicché la generalità dei Principi e delle Raccomandazioni è applicabile anche alle società diverse dalle società grandi, mentre specifiche semplificazioni sono previste per le società a proprietà concentrata ossia società nelle quali uno o più soci dispongono, direttamente o indirettamente, della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria.

È opportuno evidenziare che anche il documento di Sidrea *supra* richiamato evidenzia che il grado di strutturazione e formalizzazione degli assetti organizzativi e, conseguentemente, anche degli assetti amministrativi e contabili di seguito illustrati dipende dalla dimensione e complessità dell'azienda, dalle esigenze degli *stakeholders* e dei responsabili della *governance*, nonché dalle caratteristiche del contesto aziendale, dalle conoscenze specifiche e, più in generale, dalle qualità del *management*.

Queste indicazioni assumono particolare rilevanza nel contesto attuale, perché aprono la via in modo esplicito e diversamente rispetto al passato, se non all'applicazione diretta, quantomeno alla valutazione di una possibile rideclinazione delle regole di buon governo enunciate nel documento emanato per la governance delle società quotate, anche nell'ambito del differente contesto delle società non quotate "medio-piccole" e a "forte concentrazione proprietaria". La complessità delle buone prassi non può che essere oggetto di interpretazione e di riduzione nelle realtà minori. *Sic stantibus rebus* sembra però a chi scrive che essa non potrà essere più *tout court* ignorata, ma al contrario dovrà essere attenzionata e studiata dagli addetti ai lavori nell'ambito delle imprese, dagli imprenditori e dai professionisti al fine di strutturare adeguatamente gli "assetti organizzativi" così da essere *compliant* con le nuove previsioni del Codice civile come modificato dal Codice della Crisi 2019 anche tenendo conto delle modifiche 2022.

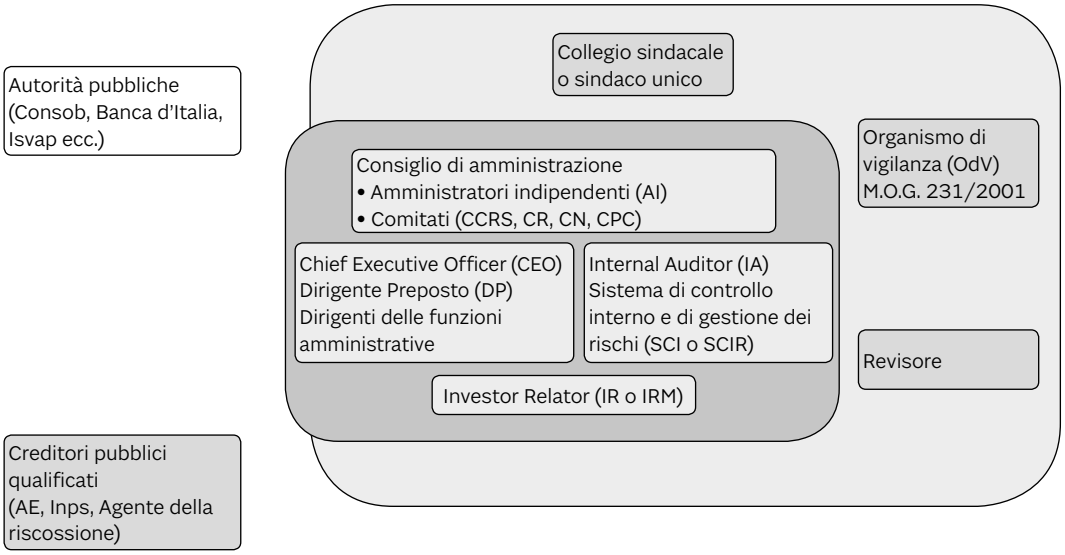
Da un punto di vista letterale è, poi, interessante notare che il Nuovo Codice di Governance per le società quotate mutui dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza alcune rilevanti espressioni. In particolare, si nota una totale assonanza quando nella Raccomandazione 1 alla lettera d) è stabi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

lito che l'organo di amministrazione definisce il sistema di governo societario e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

Infine, vale la pena ricordare che concetto centrale nel Nuovo Codice di Governance l'indicazione di adottare strategie sempre più orientate alla sostenibilità dell'attività d'impresa. Il documento insiste, infatti, sull'idea che compito prioritario dell'organo di amministrazione sia perseguire non il mero successo dell'impresa, ma il successo sostenibile dell'impresa, definito come la creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti tenendo conto degli interessi degli *stakeholder* rilevanti per la sua attività. All'organo di amministrazione è attribuita la responsabilità di integrare gli obiettivi di sostenibilità nel piano industriale, nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e nelle politiche di remunerazione.

FIGURA 1 – MAPPA DEI RUOLI DEGLI ATTORI DELLA GOVERNANCE AZIENDALE IN SITUAZIONE DI GOING CONCERN*



**Per approfondimenti sul modello si rinvia a: Riva P., "Ruoli di Corporate Governance", Egea 2020.*

9.5 I ruoli di Corporate Governance nel modello di riferimento per le situazioni di going concern

Il *benchmark* di riferimento in situazione di *going concern* proposto dal Codice di CG 2020 e dal documento di Sidrea 2021 considera in via principale la struttura giuridica di riferimento dominante in quanto più diffusa nella prassi ossia il modello tradizionale. Come visto *supra* il modello tratteggiato in linea teorica nella sua delineazione più completa e strutturata deve poi essere applicato nella prassi in modo proporzionale. Quanto rappresentato nella *Figura* in alto in questa pagina va considerato pertanto come l'articolazione massima degli assetti organizzativi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

necessari per il corretto governo societario. Può pertanto essere considerato il risultato di un percorso certamente impegnativo di strutturazione degli assetti organizzativi che, alla luce del dettato normativo richiamato nel primo paragrafo, le aziende anche di piccole e medie dimensioni sono chiamate, in funzione della loro complessità, ad intraprendere. Sono previsti:

- il consiglio di amministrazione formato da amministratori esecutivi e da una quota di amministratori indipendenti organizzati in comitati endoconsiliari;
- il collegio sindacale o sindaco unico;
- il revisore, qualora l'attività di revisione legale non sia stata affidata al collegio sindacale o al sindaco unico;
- l'organismo di vigilanza istituito ai sensi del decreto legislativo 231/2001;
- la funzione *internal audit* e il sistema di controllo interno;
- la funzione amministrativa;
- l'*investor relator.*

9.5.1 Il consiglio di Amministrazione, gli Amministratori indipendenti e i Comitati

In situazione di *going concern* il governo dell'azienda è affidato al Consiglio di amministrazione.

Come già evidenziato, nelle realtà di minori dimensioni questo è spesso sostituito dalla figura dell'Amministratore unico, mentre al contrario nelle società più grandi o più attente lo stesso non solo è collegiale, ma prevede la presenza al proprio interno di una o più figure professionali recanti specifiche competenze utili alla gestione. Questi assumono il ruolo di amministratori indipendenti e insieme con gli amministratori esecutivi siedono in appositi comitati di indirizzo che supportano e discutono le decisioni del consiglio alimentando per quanto possibile la consapevolezza degli eventuali rischi che le stesse possono comportare. Tra questi di maggiore interesse per le PMI è senz'altro il Comitato Controllo, Rischi e Sostenibilità CCRS, cui si affiancano il Comitato Nomine (CN) e Remunerazione (CR) e il Comitato Parti Correlate (CPC).

Nel caso in cui sia presente l'amministratore unico e sia stato istituto il Collegio Sindacale, quest'ultimo, non essendovi riunioni di consiglio cui poter prendere parte, dovrà prevedere scambi di informazione periodici frequenti e formalizzati con l'AU.

9.5.2 Dirigenti della funzione amministrativa e Internal Auditor

All'organo amministrativo spetta il compito di predisporre assetti contabili e amministrativi adeguati. Il *benchmark* di riferimento prevede pertanto che il consiglio debba adoperarsi affinché sussista l'articolazione e il funzionamento di sistemi di contabilità generale e analitica consuntivi, ma anche di processi tesi a intercettare i risultati futuri della gestione e quindi sistemi di *budgeting* e di pianificazione. Deve inoltre strutturare un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi che da un lato garantisca l'attendibilità delle informazioni raccolte e dall'altro permetta una corretta mappatura delle criticità potenziali legate alla gestione.

Nella prassi si rileva però che nelle realtà di dimensioni ridotte le funzioni amministrative sono percepite come un costo inevitabile ma "inutile" in quanto obbligo legato alla necessità di rispettare gli adempimenti fiscali. Spesso le attività sono delegate *tout court* senza approfittare dell'occasione per richiedere oltre agli adempimenti obbligatori anche strumenti utili ad orientare la direzione e l'amministrazione. Risulta tutt'altro che diffuso l'utilizzo di strumenti,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

anche elementari, quali la semplice redazione con periodicità sistematica di bilanci consuntivi aziendali e/o per unità di *business* e conseguentemente la preparazione di cruscotti di indicatori significativi per il governo dell'impresa. La pianificazione e l'attività di predisposizione di *budget* economici, finanziari e patrimoniali sono, salvo in casi eccezionali, del tutto assenti e quando sono implementati, spesso non sono sufficientemente formalizzati.

Il Sistema di Controllo Interno e di gestione dei Rischi (SCIR), talvolta è confuso con il sistema di controllo di gestione, mentre risponde a differenti esigenze e fa riferimento a tutt'altri modelli essendo costituito dai processi attuati dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri soggetti della struttura aziendale: i) per fornire una ragionevole sicurezza di attendibilità delle informazioni di bilancio redatte; ii) per raggiungere obiettivi di *compliance* del comportamento organizzativo ovvero di conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore; e, in ultimo, iii) per conseguire una maggiore consapevolezza dei rischi aziendali e permettere la continuità nel raggiungimento degli obiettivi di efficacia ed efficienza delle attività operative[7]. Il Sistema di Controllo Interno è infatti rappresentato dalle linee d'azione e dalle procedure – o controlli interni – adottati dalla direzione al fine di permettere il raggiungimento degli obiettivi aziendali e di assicurare una condotta efficiente e ordinata delle attività aziendali.

Proporzionalmente alle dimensioni d'impresa devono quindi essere previste internamente – o eventualmente anche in *outsourcing* – le attività tipiche della funzione direzione amministrativa finanziaria e quelle riconosciute alla funzione *Internal Auditing* posta in *staff* al consiglio di amministrazione.

Quest'ultima può essere ulteriormente suddivisa nelle situazioni più complesse tra due figure professionali il *Risk Manager* e il *Compliance Officer*.

9.5.3 Gli organi di controllo societario: collegio sindacale o sindaco unico

In situazione di *going concern* agli organi di controllo societario spetta di vigilare sul comportamento degli organi amministrativi, assicurandosi che siano implementati tali sistemi. Verificheranno pertanto che si disponga di un cruscotto di indicatori efficace e che il medesimo sia robusto ossia attendibile e tale da permettere, tra l'altro, di monitorare adeguatamente i parametri e le soglie individuati nella normativa per richiedere la composizione negoziata.

Perché il sistema funzioni è però necessario che si sviluppi una significativa e strutturata dialettica tra i soggetti coinvolti nel processo la quale è auspicabile abbia luogo: a) con quotidianità tra gli amministratori, i dirigenti responsabili del controllo di gestione e l'*Internal Auditor* referente del sistema di controllo interno; e b) con frequenza periodica, ma non saltuaria, tra questi soggetti – in particolare gli amministratori e l'*Internal Auditor* – e gli organi di controllo societario e quindi il collegio sindacale o il sindaco unico.

È il caso di riflettere sul fatto che – vigente il nuovo CCI – lo svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione non potrà che assumere una impostazione più sostanziale, tesa ad un effettivo confronto e dialogo tra gestori e controllori. Ciò avverrà specialmente nelle imprese ad oggi non avvezze a sistemi di governance evoluti e al contrario use ad un approccio formale

7 Comoli M., "I Sistemi di controllo interno nella corporate governance", Egea, 2002; Lai A., "Il contributo del sistema di prevenzione e gestione dei rischi alla generazione del valore d'impresa", Franco Angeli, 2013; Dittmeier C.A., Internal Auditing", Egea, 2011.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

– se non compilativo – rispetto a quelli che considerano solo adempimenti burocratici privi di contenuto semantico e di utilità operativa.

Proprio questa impostazione potrà agevolare dinamiche utili al monitoraggio e all'eventuale tempestiva individuazione di indizi di crisi portando alla più efficace attivazione dell'allerta (e ciò prima di qualsiasi segnalazione) interna informale ossia del confronto con l'organo amministrativo affinché siano individuati e posti in essere gli opportuni provvedimenti. Dal suo canto il consiglio, consapevole delle conseguenze di un mancato tempestivo intervento, dovrebbe essere innanzitutto disponibile all'ascolto delle indicazioni del collegio e quindi pronto per impostare un'azione efficace ed esaustiva prendendo opportuni provvedimenti volti a risolvere la situazione. Il passaggio ad altre forme di *early warning* mediante segnalazioni ad opera del collegio oppure ad opera degli enti e dell'erario sarà inevitabile qualora tale attenzione non vi sia e si crei quindi una contrapposizione tra gli interessi dell'azienda e gli interessi di coloro che la amministrano che – spesso, come si è già evidenziato – rappresentano i soli soci di maggioranza.

9.5.4 I revisori

Altro ruolo rilevante è quello del revisore legale. Va subito chiarito che non vi è né intercambiabilità né sovrapponibilità tra questa figura e quella appena esaminata dell'organo di controllo societario ossia del collegio sindacale o sindaco unico. Al contrario è necessario tenere presente che i due ruoli sono ben definiti e molto diversi. Le funzioni del revisore si limitano all'espressione di un parere professionale sulla correttezza del bilancio, e sono codificate dai principi di revisione pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Esse non sono pertanto in alcun modo assimilabili alle funzioni di vigilanza attribuite dal Codice civile agli organi di controllo societario (v. artt. 2400 ss. per i sindaci). In particolare, il revisore non partecipa ai consigli di amministrazione e non vigila né sulla gestione né sugli adeguati assetti e, tra l'altro, non può esprimere pareri sulle situazioni contabili infrannuali. In sintesi, quello del revisore è un controllo *ex-post* sui documenti consuntivi redatti dall'azienda ed è estremamente diverso dalla vigilanza *ex ante* e quindi in ottica prospettica e *forward looking* svolta dai sindaci.

9.5.5 L'Organismo di Vigilanza (OdV)

Il CCI non prevede di attribuire un differente ruolo all'Organismo di Vigilanza (OdV). Lo stesso rimane estraneo ai nuovi meccanismi di allerta e focalizzato sulla implementazione e gestione del cosiddetto Modello di Organizzazione e Gestione (o MOG) che indica come l'organizzazione monitori le sue attività al fine di evitare la commissione dei reati ad essa applicabili. In molti casi però, poiché la sua presenza o assenza rientra a pieno titolo nella valutazione dell'esistenza o meno di "adeguati assetti organizzativi", gli organi amministrativi dovranno valutare, qualora non vi abbiano mai posto attenzione, oppure ri- valutare, qualora in passato l'abbiano esclusa, l'opportunità della sua istituzione.

9.5.6 Investor Relator

Nelle società quotate è solitamente identificato un *Investor Relator,* denominato anche per esteso, *Investor Relations Manager* (IR o IRM) ossia un soggetto professionalmente qualificato o, quando le dimensioni aziendali lo richiedono, una funzione aziendale cui è affidato l'incarico di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dedicare sistematica attenzione ai rapporti con gli *stakeholders* ed in particolare con gli investitori attuali e potenziali che costituiscono la *financial community*. Il Codice di CG 2020 enfatizza l'importanza di questa figura introducendo il tema nell'Art. 1 (e quindi in apertura del documento) con il Principio IV e con la Raccomandazione 3 dell'Art. 1, mentre il precedente Codice di Autodisciplina 2018 affrontava il tema in coda nell'Art. 9. Più in particolare si prevede che l'Organo di amministrazione promuova nelle forme più opportune il dialogo con gli azionisti e gli altri *stakeholder* rilevanti per la società. A tale fine su proposta del presidente, d'intesa con il CEO, il Consiglio adotta e descrive nella relazione sul governo societario una politica per la gestione del dialogo con la generalità degli azionisti, anche tenendo conto delle politiche di *engagement* adottate dagli investitori istituzionali e dai gestori attivi.

Il ruolo dell'IR assume rilevanza durante la normale vita dell'impresa, ma la sua presenza diventa essenziale e delicata nei momenti cruciali di discontinuità che possono caratterizzare la vita aziendale quali ad esempio il collocamento delle azioni sul mercato, le operazioni straordinarie legate alla crescita aziendale (fusioni, conferimenti, scissioni, acquisizioni, aggregazioni), oppure quando è l'impresa a essere oggetto di acquisizione perché si prospettano operazioni di ristrutturazione sia in fase di *going concern* o sia nei più complessi contesti di crisi e di *turnaround*[8]. L'IR contribuisce a migliorare le relazioni con gli interlocutori aziendali aiutando l'impresa a rassicurare tali soggetti sulla qualità delle strategie che verranno realizzate dall'impresa.

9.6 L'adeguatezza o meglio l'"inadeguatezza" del modello di corporate governance in tema di assetti organizzativi

Il documento Sidrea "Le parole della crisi"[9] evidenzia che un modello di *corporate governance* può considerarsi adeguato quando la sua articolazione, in termini di organi amministrativi e di controllo, risulta adeguata rispetto alla natura e alla grandezza dell'impresa. Possono costituire indizi di inadeguatezza degli assetti di governance, da valutare con riferimento alle singole fattispecie:

- *inadeguate modalità di funzionamento degli organi amministrativi, con frequente ratifica di decisioni frutto di esercizio da parte del management di poteri non delegati preventivamente;*
- *apparente immobilismo decisionale, anche a fronte di performance economico- finanziarie in peggioramento, eventualmente frutto di conflitti tra amministratori e/o soci;*
- *scarsa consapevolezza, da parte degli organi di governo e controllo, dello stato delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale, della situazione dei rischi, degli obiettivi e del loro grado di raggiungimento;*
- *processi di pianificazione strategica basati esclusivamente su analisi introspettive, senza una adeguata considerazione del trend del contesto di mercato e competitivo;*
- *assenza di figure indipendenti con ruolo di controllo, qualora le dimensioni e le caratteristiche aziendali lo richiedano;*
- *inadeguata articolazione delle funzioni amministrative e conseguente criticità per l'organo*

8 Si veda in proposito: "Comunicare il cambiamento. Una raccolta di casi", a cura di Bodega D., Musile Tanzi A., Egea, 1996.

9 Sidrea – Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale, Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi d'impresa, op. cit.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

amministrativo di comprendere, in tempo utile, l'evolversi della situazione aziendale e dell'organo di controllo societario di espletare efficacemente e tempestivamente l'attività di vigilanza;

- *assenza di dialettica interna tra gli organi di controllo societario, quando presenti e l'organo amministrativo;*
- *assenza di adeguate competenze da parte dei soggetti coinvolti nelle attività di governance, specialmente in rapporto alle funzioni/compiti affidati;*
- *limitata ed inadeguata attività degli organi di amministrazione e controllo.*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

Gli adeguati assetti amministrativi e contabili

Alberto Quagli, Andrea Panizza

SOMMARIO: 10.1 Gli adeguati assetti amministrativi e contabili – 10.2 Adeguati assetti amministrativi e contabili e nuovo art. 3 del Codice

Diversi sono i soggetti interessati dalle novità della riforma organica della normativa fallimentare, come molteplici sono i punti di discontinuità rispetto al precedente ordinamento. Uno degli aspetti più rilevanti è rappresentato dalle modifiche all'art. 2086 Cc, ovvero dall'introduzione del secondo comma che identifica, trasversalmente, il carattere dell'intera disciplina. Questo nuovo comma prevede che *"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 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"*. Sono i concetti di *"rilevazione tempestiva della crisi* e *della perdita della continuità aziendale"* a rappresentare elementi centrali che richiedono all'imprenditore l'adozione di un approccio valutativo di tipo prospettico, il cosiddetto *forward-looking approach.*

Il perdurare dell'attuale condizione economica, condizionata dalla pandemia da Covid-19 e dalle più recenti situazioni di guerra e di turbolenza dell'andamento dei prezzi di materie prime ed energia, non ha fatto altro che portare alla luce gli elementi di debolezza già presenti nel nostro tessuto economico, rendendo inevitabile l'intervento del legislatore a supporto delle imprese e la configurazione di uno strumento in grado di accompagnare le imprese in un percorso di risanamento. La composizione negoziata, misura introdotta dal Dl 118/2021 a cui è possibile ricorrere dal 15 novembre 2021, si poneva inizialmente quale strumento "corridoio" tra l'istituto dell'allerta previsto dal Codice della crisi, la cui entrata in vigore era prevista in data 31 dicembre 2023, e la possibilità per tutte quelle imprese che hanno le potenzialità per rimanere sul mercato, ancorché caratterizzate da una situazione di disequilibrio patrimoniale, economico o finanziario, affrontando un percorso stragiudiziale volto alla ricerca di una soluzione di risanamento. L'art. 42 del Dl 30 aprile 2022, n. 36, inerente a ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ha previsto modifiche all'art. 389 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in particolare lo slittamento al 15 luglio 2022 del termine del 16 maggio 2022 previsto dal Dl 118/2021 e l'abrogazione del titolo II della prima parte del Codice (allerta inclusa).

Lo schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi, approvato dal Cdm del 17 marzo 2022 e, in via definitiva, in data 15 giugno 2022, ha previsto sostanziali modifiche al

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Codice stesso. Tali modifiche impatteranno in modo rilevante anche in relazione all'adeguatezza degli assetti di cui al richiamato art. 2086.

Nel presente contributo, principalmente dedicato alla definizione del contenuto degli assetti amministrativi e contabili, sarà riservato spazio all'analisi (critica) di quanto previsto dal novellato art. 3 del Codice della crisi (*"adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa"*).

10.1 Gli adeguati assetti amministrativi e contabili

Con l'introduzione del comma 2 all'art. 2086 Cc il legislatore ha sancito il dovere e l'obbligo dell'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, i quali dovranno essere adeguati a seconda della natura e delle dimensioni dell'impresa; non ne viene espressamente definito il contenuto ma è sottolineata l'importanza e la necessità di una congrua implementazione degli stessi rispetto le caratteristiche dell'impresa, all'attività condotta e alle variazioni del rischio gestionale sostenuto (P. Bastia, "Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione", in *Ristrutturazioni Aziendali*, IlCaso.it, 27 luglio 2021, pag. 5).

Le intenzioni del legislatore risultano sufficientemente chiare e vanno nel senso di pretendere dall'imprenditore il miglioramento della propria struttura organizzativa per risultare in grado di intercettare tempestivamente e gestire lo stato di crisi con l'obiettivo del mantenimento della continuità.

Pertanto, anche l'imprenditore individuale, non tenuto all'obbligo di cui all'art. 2086, comma 2, è chiamato all'adozione di *"misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte"* (art. 3 del CCII).

L'imprenditore è chiamato a definire e implementare una struttura amministrativa e contabile che sia in grado di elaborare e fornire le informazioni necessarie per monitorare l'andamento aziendale e intercettare tempestivamente i segnali di crisi. È pertanto possibile affermare come l'adeguatezza degli assetti rappresenti uno strumento per il raggiungimento del suddetto obiettivo.

A tale proposito risulta essere inappropriata, oltre che difficoltosa, una netta distinzione fra l'assetto amministrativo e contabile poiché le due configurazioni, congiuntamente agli aspetti riguardanti le implementazioni di tipo organizzativo, si innestano nella struttura aziendale attraverso disposizioni, procedure e prassi operative come un *unicum* in grado di garantire lo sviluppo della gestione aziendale nel rispetto delle condizioni di equilibrio generale e di quanto previsto dalla normativa. Infatti, secondo le Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate (Cndcec), il sistema amministrativo-contabile può definirsi come "*l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa*" (Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate*, versione aggiornata alla data del 12 gennaio 2021 con le disposizioni introdotte dalla legge 30 dicembre 2020, n. 178).

Gli strumenti sviluppati dovranno essere in grado di:

- rielaborare i dati risultanti dalla contabilità generale e dai bilanci;
- prevedere un impianto di contabilità analitica che consenta la valutazione di ogni singola area aziendale;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- esaminare i risultati raggiunti per analizzare gli scostamenti rispetto gli obiettivi prefissati;
- assicurare un sistema in grado di adattarsi e svilupparsi alle esigenze gestionali inclusa la rilevazione tempestiva dei segnali di squilibrio e, pertanto, garantire l'applicazione di un regolare sistema di *reporting* in grado di favorire il costante monitoraggio della gestione.

Unitamente alla definizione di assetto amministrativo e contabile, all'interno delle Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate, si delineano le differenti caratteristiche attribuibili a questi, associando un aspetto *dinamico- funzionale dell'organizzazione* agli assetti amministrativi, identificandoli come "*l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi*", nonché individuando, invece, negli assetti contabili, la "*parte degli assetti amministrativi orientata a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione, sia ai fini di programmazione, sia ai fini di consuntivazione per la gestione e la comunicazione all'esterno dell'impresa*".

Ulteriore chiarimento in merito alla definizione del contesto e delle caratteristiche riguardanti gli assetti amministrativi e contabili si riscontra nel documento di Sidrea (Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, pag. 7), che rappresenta le due strutture come sottoinsiemi contemplati all'interno della più ampia dimensione degli assetti organizzativi. L'implementazione congiunta dell'assetto amministrativo e contabile consentirebbe infatti di *"determinare e verificare, a livello previsionale e/o consuntivo (ricorrendo a strumenti più o meno formalizzati e sistematicamente utilizzati), l'andamento della gestione e i risultati dalla stessa prodotti in termini economico- finanziari con ciò consentendo anche la rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita di continuità richiesta dal legislatore".*

10.1.1 Assetti amministrativi

L'assetto amministrativo, così come definito nel sopraccitato documento di Sidrea, *"può essere riferito agli strumenti/sistemi di pianificazione e controllo (piani, budget e reporting) ed alle procedure per il loro utilizzo"*. È pertanto dall'assetto amministrativo che dipende la produzione delle informazioni necessarie al *management* aziendale per valutare i possibili scenari alternativi e prendere decisioni, monitorare la gestione e analizzarne i risultati (A. Panizza, "Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi", in *Ristrutturazioni Aziendali*, IlCaso.it, 11 agosto 2021, pag. 18). Attraverso lo sviluppo di un approccio predittivo, gli assetti amministrativi si pongono come l'insieme di regole e di interventi volti a realizzare una funzione di indirizzo della gestione. In ottica *ex-post*, sulla base delle informazioni che derivano dall'assetto contabile, gli elementi riconducibili all'assetto amministrativo consentono il monitoraggio degli scostamenti tra risultati pianificati e consuntivati. Il tutto a supporto della costante ricerca del raggiungimento degli obiettivi prefissati. Tali aspetti ricorrono in diversi ambiti dell'organizzazione e dovranno necessariamente essere adeguati e proporzionati alle caratteristiche dell'impresa da intendersi come dimensione, attività svolta, settore di appartenenza e rischiosità legata a quest'ultimo. L'adeguatezza degli assetti amministrativi sarà conseguentemente rilevabile, tra le altre, nella composizione della strumentazione utile alla *gestione integrata* dell'azienda.

Relativamente al sistema amministrativo è possibile riferirsi alla presenza di software rispondenti delle esigenze gestionali, alla definizione delle procedure per la gestione documentale degli aspetti operativi concernenti la produzione, il magazzino, la logistica, l'ufficio acquisti e vendite.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il flusso informativo generato dovrà necessariamente essere supportato da un altrettanto strutturato sistema informativo aziendale, all'interno del quale garantire la raccolta, la registrazione, l'elaborazione, la conservazione e la successiva comunicazione delle informazioni all'interno della struttura organizzativa. La realizzazione di simili processi, coadiuvati da idonee strutture informatiche integrate (sistemi ERP, CMR, ecc.), consente di incrementare la qualità delle informazioni prodotte, velocizzarne il transito e fornire le più agevoli condizioni al *management* per lo sviluppo di opportune strategie, anche quelle di contrasto alla crisi. L'approccio strutturato alla gestione, oltre che consentire la pronta rilevazione di pericolosi segnali di discontinuità o disequilibrio, favorisce la possibilità di un tempestivo intervento. Di particolare importanza, ai fini del rispetto di quanto previsto normativamente, sono la sistematicità e la continuità nell'utilizzo dei suddetti processi e procedure.

Appare, pertanto, corretto identificare nel sistema di pianificazione, programmazione e controllo aziendale l'impianto in grado di fissare gli obiettivi, definire le risorse necessarie al loro raggiungimento, sviluppando, al contempo, una struttura informativa atta alla valutazione di azioni strategiche. Dal processo di pianificazione strategica consegue la definizione delle linee d'azione da realizzarsi nel breve e medio- lungo termine. La chiara definizione del quadro generale in cui opera l'impresa, dei suoi punti di forza e debolezza e del percorso strategico che il *management* intende intraprendere, con previsione di adeguate analisi dell'ambiente interno ed esterno e dei presumibili scenari futuri, rappresentano elementi informativi che contribuiscono al rafforzamento dell'intero sistema.

Tra le varie manifestazioni di un sistema di pianificazione, programmazione e controllo, quale componente dell'assetto amministrativo, si identificano strumenti come il piano industriale, il *budget*, i *forecast*, il *business report*. Analogamente, risulterà determinante la presenza di un adeguato sistema di contabilità analitica posto in relazione al sistema di contabilità generale, che consenta la produzione di un flusso informativo orientato ad una dettagliata misurazione delle *performance* aziendali.

Il *budgeting* e il *forecasting* rappresentano fondamentali elementi per soddisfare l'adeguatezza degli assetti amministrativi poiché parte di un processo molto più esteso, ovvero quello di pianificazione e programmazione strategica. Il *budget* è un documento che determina gli obiettivi gestionali in un arco di tempo ridotto, con orizzonte tipicamente annuale, e che, una volta determinati, si confrontano con i risultati effettivamente raggiunti rilevandone gli scostamenti. Si pone pertanto a chiusura del processo di pianificazione iniziato con la definizione della strategia e l'elaborazione del piano industriale pluriennale.

Il *budget*, documento di programmazione da elaborare nell'ultima parte dell'anno in corso, prospetta le strategie e gli interventi da applicare nel corso dell'esercizio successivo. I risultati della gestione saranno oggetto di monitoraggio e le iniziali previsioni riviste (con il *forecast*) nel caso in cui i dati consuntivi si discostino sensibilmente da quelli inizialmente prefissati. Il *budget* non potrà essere considerato come schema equivalente al bilancio preventivo poiché include al suo interno valutazioni che esulano da semplici deduzioni quantitative, ma definiscono anche elementi strategici di carattere qualitativo. In tal senso, diviene corretto inserire il *budget* tra gli strumenti che orientano la gestione aziendale verso un'ottica di lungo periodo o *forward looking*, soddisfacendo pienamente le disposizioni della normativa volte alla tempestiva rilevazione dei segnali di crisi. Sarà determinate per l'implementazione di assetti amministrativi che gli stessi risultino adeguati secondo quanto richiesto dalla normativa e, pertanto, prevedere un sistema di *budgeting* orientato, *in primis*, all'analisi economica, espressa nei *budget* operativi, e all'analisi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

finanziaria, identificata nel piano finanziario, nel budget di tesoreria e nel calcolo del DSCR, indipendentemente dal fatto che le modifiche intervenute con lo schema di decreto legislativo approvato il 15 giugno u.s. abbiano azzerato la sua centralità rispetto a quanto originariamente previsto dall'art. 13 del Codice della crisi.

Il *forecast* (o pre-consuntivo) è lo strumento che permette di elaborare proiezioni sull'andamento delle variabili economiche, finanziarie e patrimoniali alla fine dell'esercizio in corso partendo dall'analisi dei risultati della gestione descritti nei *report* consuntivi di periodo.

L'aggiornamento del *forecast*, da prevedersi con la cadenza temporale più rispondente alle esigenze di natura informativa, conduce al progressivo consolidamento di previsioni sempre più attendibili in quanto ad ogni elaborazione successiva incrementa la disponibilità di dati consuntivi sulla base dei quali sono, poi, formulate le nuove previsioni.

L'intero sistema di pianificazione trova poi espressione di sintesi nel *piano industriale*, documento nel quale il *management* esprime gli obiettivi strategici e le azioni da intraprendere in un orizzonte temporale pluriennale (tre-cinque anni). L'importante documento di natura quali-quantitativa descrive la fattibilità del progetto industriale e le azioni preposte al raggiungimento dei risultati prefissati. L'impianto proposto dal *management* viene sostenuto in termini numerici dalla sezione quantitativa, rappresentata da schemi previsionali riconducibili, anche secondo quanto previsto dai documenti di prassi di riferimento, al conto economico, stato patrimoniale e piano finanziario. In questa parte del documento si dovrà descrivere in termini numerici la sostenibilità del *business*, la reale opportunità delle scelte strategiche definite e dimostrare attraverso opportuni *stress test* la tenuta complessiva della struttura in possibili condizioni di disequilibrio.

Strettamente collegata all'esecuzione di quanto descritto dal Piano è l'attività di monitoraggio da prevedere attraverso la predisposizione di idonei KPIs (*Key Performance Indicators*) che sintetizzino l'andamento delle *performance* aziendali e favoriscano l'esame degli eventuali scostamenti rispetto gli obiettivi preposti.

Il *Business Report* è un documento che raccoglie e illustra i risultati delle azioni strategiche e operative dell'impresa, esprimendo gli effetti che queste hanno sulle variabili principali. I dati presenti considerano elementi di origine qualitativa e quantitativa, i quali, opportunamente correlati fra loro, offrono una visione sistemica dell'organizzazione, descrivendo in maniera oggettiva aspetti solitamente non trattati nelle documentazioni ordinariamente richieste alle aziende.

Il *business report* può essere redatto per descrivere anche solo specifici ambiti aziendali prescelti; il criterio con il quale verrà decisa la rappresentazione del dato determinerà evidentemente la reale fedeltà dell'*output* finale. La presenza di elementi e valutazioni preventive rende questo documento parte del più ampio processo di pianificazione e programmazione strategica e la duttilità della sua realizzazione lo rende strumento di indubbia applicabilità.

Il *business report* si può comporre, tra le altre, di *report* operativi, economici, finanziari e patrimoniali da annoverare fra gli elementi costituenti gli adeguati assetti contabili, in quanto risposta alle esigenze e alle regole espresse nell'ambito degli assetti amministrativi.

Il nesso tra l'assetto amministrativo e il concetto di adeguatezza e di suo corretto funzionamento è desumibile dall'adozione di un approccio metodologicamente strutturato, e ripetuto nel tempo, degli strumenti riconducibili ai sistemi di pianificazione, programmazione e controllo, *"con il supporto di idonee procedure operative ed efficaci sistemi informativi"* (così Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale – Sidrea, Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani,* marzo 2021, pagg. 9-10).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Questo rappresenta l'imprescindibile punto di partenza per garantire l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, da ritenersi confermata nel caso in cui la direzione sia messa in condizione *"di valutare tempestivamente gli andamenti economico finanziari dell'azienda e i loro effetti sulla situazione patrimoniale mediante il confronto fra obiettivi perseguiti (eventualmente formalizzati per il tramite di budget) e risultati conseguiti, sia a livello complessivo sia, se del caso, a livello di singole combinazioni economiche, anche per mezzo di indicatori di performance consuntivi o prospettico" (*Sidrea, Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, § 2.7, *L'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili*, marzo 2021, pag. 14).

10.1.2 Assetti contabili

Con il termine assetti contabili si identificano tutte le procedure nell'ambito del sistema degli assetti organizzativi che contemplano la raccolta, la predisposizione e l'elaborazione dei dati in funzione della tempestiva rilevazione della crisi e delle opportune manovre correttive per il ritorno ad una situazione di equilibrio e di continuità aziendale. La struttura dell'assetto contabile, considerando la difficoltà di rendere netta la distinzione con le componenti caratterizzanti l'assetto amministrativo, è sostanzialmente rappresentata dalle rilevazioni di contabilità generale e di contabilità analitica, dai processi di *reporting,* dai sistemi di rilevazione delle *performance* e di valutazione degli investimenti. È importante che la società predisponga una guida descrittiva del proprio assetto contabile, specifichi la tipologia di *report* utilizzati e le loro caratteristiche, anche con evidenza dei responsabili e della frequenza di ottenimento e discussione.

Il sistema di contabilità generale si riferisce alle metodiche procedure di rilevazione delle operazioni di gestione aziendale. I dati raccolti sono rilevati secondo la loro natura ed esclusivamente secondo le modalità richieste dal legislatore. Quest'ultimi sono la base di partenza per la definizione dei conti consuntivi, tra i quali il bilancio di esercizio, avendo come scopo la determinazione del risultato economico d'esercizio e del patrimonio di funzionamento, risultando altresì fondamentali, con il recepimento delle informazioni extracontabili, nelle fasi di pianificazione e programmazione della gestione aziendale.

L'implementazione di adeguati assetti contabili secondo quanto richiesto dalla normativa, avendo come fine ultimo la completa, tempestiva e corretta rilevazione dei fatti di gestione, non è riconducibile esclusivamente agli adempimenti in materia di bilancio. Un'adeguata implementazione prefigura sia rilevazioni di contabilità generale sia rilevazioni di contabilità analitica, nel rispetto della normativa civilistica e tributaria.

Con il sistema di contabilità analitica, che ha come obiettivo quello di fornire un flusso informativo in grado di supportare il *management* nelle decisioni aziendali, l'imprenditore è messo in condizione di poter effettuare analisi sulla marginalità e definire il costo del prodotto/servizio e il prezzo a cui rivenderlo. Tali risultati divengono possibili in quanto la contabilità industriale, a differenza della contabilità generale, rileva i costi e i ricavi secondo destinazione e rileva il contributo dei singoli fattori produttivi nel momento in cui gli stessi sono tecnicamente consumati. Viene pertanto distinto l'oggetto che ha determinato l'origine di un determinato costo o ricavo, associando ad esso la reale esecuzione del fatto, non il mero accertamento finanziario. I dati che prendono parte alle rilevazioni industriali potranno essere, oltre che storici, preventivi, permettendo in tal modo la definizione di analisi strategiche e orientando il processo decisionale verso condizioni economiche efficienti.

La contabilità analitica rappresenta sia un rilevante strumento informativo sia un mezzo utile

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nell'interpretazione di fenomeni aziendali, poiché in grado di intersecare elementi derivanti dalla contabilità generale a dati extracontabili, originando un flusso informativo di ampio respiro capace di rappresentare i risultati raggiunti per singole aree aziendali o per categorie di prodotti, esaminare analiticamente il processo che ha condotto ad un determinato risultato, rappresentare peculiarmente l'intera gestione aziendale favorendo la rilevazione di segnali di discontinuità.

Il *reporting* si pone come risposta agli obiettivi espressi nella cornice degli adeguati assetti amministrativi, esprimendosi come processo strutturato composto da un complesso di schemi e prospetti di riepilogo avente come obiettivo la raccolta sistematica e periodica dei risultati della gestione aziendale e la condivisione da parte del *management* aziendale.

Incrociando dati consuntivi ad elementi preventivi, il *reporting* risulta essere parte integrante del sistema di pianificazione, programmazione e controllo tracciando le linee della situazione attuale ed esaminando al contempo gli eventuali scostamenti dagli obiettivi stabiliti.

Tutto questo consente, tra le altre, la fedele rappresentazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'andamento aziendale, ponendo il *management* in condizione di applicare eventuali necessarie manovre correttive.

Come previsto per gli assetti organizzativi, anche gli assetti contabili, alla luce del secondo comma dell'art. 2086 Cc devono essere istituiti ricalcando le caratteristiche dell'impresa. Più un sistema risulterà affidabile e congruo alle sue esigenze, più il dato che da esso viene estrapolato sarà fedele e condurrà ad elaborazioni, oltre che realmente rappresentative dell'andamento aziendale, di reale utilità.

In chiusura, evidenziando ancora una volta le difficoltà che si incontrano nel distinguere in modo netto le componenti riconducibili ai due assetti (amministrativo e contabile), all'assetto contabile è ipotizzabile riferire, tra le altre, il sistema delle registrazioni contabili, inteso come modalità con cui effettuare le registrazioni riconducibili alla contabilità generale (e analitica qualora presente), l'applicazione dei principi contabili di riferimento (finalizzata alla redazione del bilancio d'esercizio), il processo di produzione del reporting periodico aziendale, il sistema di rilevazione degli scostamenti tra quanto pianificato e quanto consuntivato, il sistema di misurazione delle performance aziendali e quello di valutazione degli investimenti e del capitale economico.

10.2 Adeguati assetti amministrativi e contabili e nuovo art. 3 del Codice

Il cambio di approccio che, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 Cc avvenuta nel marzo 2019, il legislatore ha chiesto alla quasi totalità degli imprenditori italiani è quello che prevede l'abbandono di una logica squisitamente consuntiva a favore di altra più strutturata e riconducibile alla pianificazione strategica e alla programmazione.

Un frequente e programmato aggiornamento delle previsioni, seguito dall'analisi dei dati consuntivi e degli scostamenti rispetto a quanto originariamente pianificato, rappresenta fondamentale ed efficace elemento di produzione informativa.

Risulta evidente come l'incremento della sensibilità da parte dell'imprenditore nei confronti di queste tematiche, associato ad una puntuale definizione dei rischi aziendali, favorirebbe, oltre che l'applicazione di un approccio metodologicamente strutturato alla gestione, il contenimento di situazioni potenzialmente critiche anche per la continuità.

Questi presupposti di sana gestione si scontrano, però, con un *gap* culturale che condizio-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

na negativamente l'attenzione riservata dagli imprenditori a queste, pur fondamentali, attività. La difficile applicazione delle direttive, procedure e prassi operative finalizzate all'adozione di adeguati assetti amministrativi e contabili, così come individuati e descritti negli anni da riconosciuti documenti di prassi e da autorevole dottrina, sarà ulteriormente resa difficoltosa dai contenuti del novellato art. 3 del Codice della crisi, così come proposto nell'ambito dello schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della Crisi approvato in data 15 giugno 2022. Questo articolo, rubricato in "Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa", nei primi due commi, confermando quanto già previsto dallo stesso art. 3, richiama l'obbligo dell'imprenditore individuale e collettivo di adottare rispettivamente misure idonee e un assetto organizzativo, amministrativo e contabile in grado di rilevare tempestivamente lo stato di crisi e l'assunzione di idonee iniziative per contrastarla. L'elemento di reale novità è, invece, rappresentato dal successivo terzo comma. Questo prevede che le misure dei precedenti due (le misure idonee e l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile) debbano consentire di:

"a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, comma 2".

La portata di questo terzo comma, in termini di effetti che deriveranno dalla sua applicazione, qualora non intervengano modifiche in sede di conversione, non appaiono affatto banali, soprattutto se posti (ancora una volta) in relazione all'effettiva (non) sensibilità delle imprese, soprattutto di piccole dimensioni, all'adozione di quelle buone prassi che contribuiscono all'innalzamento del livello qualitativo della produzione informativa necessaria per fronteggiare i primi segnali di crisi. A parere di chi scrive, quello che appare di difficile comprensione è, in particolare, la riconducibilità della previsione della tempestiva emersione della crisi d'impresa alla capacità di *ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*, ragionevolmente da considerarsi semplici strumenti da porsi in relazione unicamente ad uno specifico ambito di applicazione (quello della composizione negoziata).

La struttura di questi strumenti e le informazioni da produrre per il loro sviluppo, in alcune parti di non immediata e facile esposizione, rischiano di rappresentare elementi che graveranno ulteriormente su sistemi amministrativi e contabili, in molti casi non strutturati, senza che a tale sforzo corrisponda un'effettiva utilità in termini di sostanziale *upgrade* informativo. La verifica della sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi rappresenta altro elemento meritevole di un approfondimento in relazione alla sua applicabilità operativa. L'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza prevedeva nella sua versione originaria *"la non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi".*

L'elemento temporale individuato, i sei mesi successivi nei quali verificare la sostenibilità del debito, rappresentava riferimento temporale che rendeva decisamente più agevole l'analisi prospettica rispetto al più ampio nuovo termine dei dodici mesi. La cronica e diffusa disattenzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

degli imprenditori rispetto alle problematiche legate alla pianificazione e alla programmazione rappresenta elemento di criticità da rimuovere quanto prima per favorire un necessario cambio di approccio alla gestione. L'allungamento dell'orizzonte temporale che deve essere attratto ai fini dell'analisi della sostenibilità obbliga l'imprenditore a cimentarsi in previsioni che, pur di breve periodo (i dodici mesi successivi), impongono un *upgrade* qualitativo del proprio sistema informativo aziendale, in particolare di quello amministrativo e contabile, così marcato da renderlo, in molti casi, praticamente inapplicabile. Il rispetto della produzione informativa richiesta, di fatto un *budget* di tesoreria *rolling*, non potrà prescindere dalla (naturale) tempestiva rilevazione dei fatti di gestione (che consente di disporre di aggiornati dati consuntivi) associata alle informazioni derivanti dal sistema di programmazione di breve periodo, che dovrà essere in grado di gestire l'allungamento del termine di "osservazione" (dai sei ai dodici mesi). L'imprenditore sarà infatti chiamato a verificare la sostenibilità dell'indebitamento in qualsiasi momento dell'anno per i successivi dodici mesi.

Ad esempio, nel mese di maggio l'impresa dovrà essere in grado di elaborare proiezioni inerenti l'andamento dei flussi di cassa fino allo stesso mese dell'anno successivo. La domanda che sorge spontanea è: quante imprese saranno effettivamente in grado di rispettare a breve questi nuovi (e forse inappropriati) precetti, che si aggiungono a quelli previsti dall'entrata in vigore del novellato art. 2086 Cc (marzo 2019)? Il rischio che potenzialmente corre l'intero sistema economico italiano è quello di assistere ad un elevatissimo numero di imprenditori che, in totale assenza di un adeguato e temporalmente pianificato percorso di crescita culturale, non saranno in grado, quanto meno nel breve periodo, di rispettare la norma, continuando a percepirne la sua imposizione e non l'utilità, oltre che la certezza dell'effetto in termini di aggravio delle proprie responsabilità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

Il controllo di gestione per la prevenzione della crisi

Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 11.1 Il ruolo centrale del controllo di gestione tra Codice della crisi e Codice civile – 11.2 Il controllo di gestione per la prevenzione della crisi e l'analisi delle disfunzioni economiche – 11.3 Il controllo di gestione e i segnali di allarme – 11.4 La pianificazione strategica e il piano industriale – 11.5 L'utilizzo del budget e dei sistemi di reporting anche a seguito della riforma del 2022

11.1 Il ruolo centrale del controllo di gestione tra Codice della crisi e Codice civile

Nella situazione di crisi, al fine di evitare che le disfunzioni aziendali non emergano, ovvero si palesino tardivamente, il legislatore del Codice della crisi ha introdotto l'obbligo di istituire adeguati assetti, ai sensi del riformato art. 2086 del Codice civile, già in vigore dal 16 marzo 2019, ossia – non a caso – diciotto mesi prima dell'originaria entrata in vigore del Codice.

L'adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, oltre che costituire un obbligo normativo imposto dall'art. 2086, secondo comma, del Codice civile, rappresenta una condizione necessaria per permettere alle imprese di intercettare tempestivamente i primi segnali di crisi e, conseguentemente, di farvi fronte per salvaguardare la continuità aziendale. Un'impresa dotata di adeguati assetti è in grado di rilevare i fattori di rischio aziendali e di valutare l'impatto di singoli eventi sull'equilibrio economico e finanziario. In particolare, l'adozione di adeguati assetti amministrativi e contabili prevede inevitabilmente l'implementazione di tecniche gestionali che consentano di accrescere la governabilità dei fattori di rischio, interni ed esterni all'azienda, e quindi di acquisire informazioni rilevanti ai fini, quantitativi e qualitativi, della prevenzione precoce di situazioni di criticità.

L'imprenditore deve – inteso in senso di auspicio – porsi nella condizione di interrogarsi circa i motivi per cui sia stata percepita una condizione di squilibrio (che potremmo definire di probabilità di crisi, ricollegandoci alle condizioni di accesso al nuovo strumento della composizione negoziata della crisi *ex* Dl 118/2021, ora interamente recepita nel nuovo Codice della crisi), la quale potrebbe sfociare in una situazione di crisi, nelle sue differenti manifestazioni, quali, a titolo esemplificativo, la perdita di rilevanti clienti, ritardi nei pagamenti, difficoltà di approvvigionamenti, perdita di risorse umane chiave, revoche o revisioni degli affidamenti bancari, scadimento del clima aziendale, conflittualità interna, disordine tra le linee produttive, frequenza di guasti alle macchine, eccessivi scarti, reclami della clientela, perdita di reputazione, maggiori coinvolgimenti in cause legali sino alla diffusione a mezzo stampa di notizie lesive dell'imma-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

gine aziendale. Per comprendere le cause di tali disfunzioni è necessario procedere, in prima battuta, ad un'analisi comparativa dei dati storici, anche per il significato strategico che la storia dell'impresa esprime, al fine di individuare i segnali del declino dell'andamento aziendale nel tempo, necessaria per impostare una adeguata strategia di risanamento finalizzata alla rimozione degli stessi.

L'utilizzo di strumenti di analisi, quali i bilanci riclassificati, i rendiconti finanziari e gli indicatori per la previsione delle insolvenze, integrati con sistemi di *budgeting* e *forecasting* tipici di un sistema di controllo di gestione, permette la definizione degli obiettivi e l'allocazione delle risorse con un orientamento c.d. *forward looking*, come prospettato dal legislatore nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La corretta identificazione delle cause che hanno condotto ad una situazione di criticità, anche solo temporanea, attraverso gli strumenti menzionati è indispensabile anche al fine di individuare la strategia perseguibile dall'impresa per ripristinare una situazione di equilibrio e salvaguardare il c.d. *going concern*.

La migliore dottrina aziendalistica da diverso tempo attribuisce alle carenze di pianificazione e controllo l'insorgere di ricorrenti e notevoli cause di insolvenza. Quest'ultima, quindi, può anche costituire l'esito di un'irrazionale gestione in quanto non assistita da idonei strumenti di programmazione e controllo. Ne discende che, anche in assenza di una crisi

economico-gestionale, la mancanza o carente adeguatezza di strumenti di pianficazione e controllo, specialmente attinenti alla gestione finanziaria, costituisce di per sè una possibile causa di fenomeni di insolvenza.

Il Codice della crisi introduce lo strumento di allarme, che richiede di focalizzarsi sulla prevenzione dei fenomeni di squilibrio, con l'obiettivo di far sì che l'imprenditore colga anticipatamente i segnali di crisi e ponga tempestivamente in essere le azioni necessarie per salvaguardare l'equilibrio. Anche recentemente il legislatore, con il sopra citato Dl 118/2021, è intervenuto al fine di fornire alle imprese uno strumento di regolazione della crisi, auspicando una rilevazione tempestiva della stessa.

In modo ulteriormente incisivo è intervenuto il decreto recante modifiche al Codice della crisi d'impresa approvato il 15 giugno 2022 in recepimento della Direttiva *Insolvency*, il cui il quale, schema, mediante una integrale riscrittura dell'art. 3, ha attribuito maggiore concretezza al contenuto degli adeguati assetti in una prospettiva di sostenbilità dell'indebitamento in un orizzonte temporale di almeno dodici mesi.

Il controllo di gestione consente di approfondire l'esame delle disfunzioni economico finanziarie e patrimoniali, soprattutto grazie all'impiego della programmazione generale e del *budget* di sintesi dell'impresa.

Per adottare dei sistemi gestionali che permettano la rilevazione tempestiva della crisi di impresa e la perdita della continuità aziendale, gli organi sociali devono adottare dei sistemi amministrativi e contabili che consentano, attraverso l'organizzazione anticipata delle risorse aziendali, l'individuazione tempestiva dei segnali di declino. Affinché l'impresa possa essere gestita in un'ottica *forward looking* è necessario implementare l'assetto amministrativo e contabile con il controllo di gestione, anche attraverso l'integrazione tra i processi di pianificazione e i sistemi di gestione del rischio. In sintesi, infatti, gli assetti amministrativi, organizzativi e contabili, per potersi qualificare come *adeguati* secondo le previsioni del Codice della crisi, non possono prescindere dall'adozione di un efficiente controllo di gestione, che permetta l'integrazione delle seguenti componenti:

› un'analisi accurata della realtà aziendale, per la rilevazione dei possibili profili di criticità nella struttura dei costi o dei ricavi, nonché nell'organizzazione interna ed esterna;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- una pianificazione che permetta lo sviluppo della strategia complessiva dell'impresa, attraverso la predisposizione di adeguati piani aziendali;
- una programmazione che permetta una gestione efficiente dei fattori produttivi, con l'ausilio di accurati sistemi di *budgeting*;
- un costante monitoraggio dell'equilibrio finanziario, con l'utilizzo del *budget di cassa;*
- un'analisi sistematica degli scostamenti, affiancata dalla valutazione delle azioni di intervento più opportune, a seconda dei casi.

Il Codice della crisi ha introdotto la definizione di crisi, *ex* art. 2 comma 1 lett. *a)*, così come modificato dal decreto correttivo e integrativo (Dlgs 147/2020), come "*lo stato di squilibrio economico- finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*".

Tale definizione è stata successivamente oggetto di modifica da parte del decreto legislativo recante modifiche al Codice in recepimento della Direttiva UE, fornendo la seguente definzione di crisi "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*".

Appare quindi evidente, anche alla luce della norma sopra menzionata che introduce per la prima volta nel *corpus* normativo la definizione di crisi distinguendola da quella di insolvenza (attuale), che i piani industriali previsionali devono essere affiancati da un adeguato sistema di *budgeting*, che includa un'attenta pianificazione e analisi della gestione dei flussi di cassa, nonché un critico monitoraggio dei risultati. Questi diventano strumenti indispensabili per poter intercettare tempestivamente il manifestarsi di segnali di crisi e per intraprendere tutte le azioni necessarie per farvi fronte prima che la stessa si tramuti in insolvenza.

Il principio basilare su cui si incardina la definizione di crisi sopra riportata richiama alla necessità di adottare una visione *forward looking*, basata anche sull'adozione di un articolato sistema di controllo di gestione. Tale strumentazione non deve – auspicabilmente – essere formata unicamente da indicatori e margini consuntivi che agiscono da "specchietto retrovisore", bensì da un sistema fortemente orientato al futuro, radicato su una pratica di *budget* mensilizzati e da tecniche di simulazione volte a verificare l'impatto sulla continuità aziendale di eventi negativi. In generale, come osservato da autorevole dottrina [P. Bastia (a cura di), *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Torino, 2019, p. 169], gli organi sociali dovrebbero adottare un sistema permanente di sorveglianza e monitoraggio, basato su quattro tipologie di raffronto:

- tra preventivi e previsioni aggiornate (ossia strumenti di predizione e simulazione);
- tra preventivi e consuntivi (strumenti orientati al futuro);
- tra la situazione attuale e quella storica (strumenti storico-evolutivi);
- con *benchmark* di riferimento.

L'imprenditore deve quindi assumere consapevolezza dell'importanza del controllo di gestione e, più in generale, della pianificazione aziendale al fine di definire con chiarezza la strategia aziendale e le azioni necessarie per porla in essere, nonché valutare criticamente l'effettivo andamento della gestione, in modo da individuare i punti di debolezza ed eventuali azioni di miglioramento da intraprendere, per evitare l'emersione di situazioni di squilibrio che, se non affrontate tempestivamente, possono portare a crisi conclamate e, nelle peggiori ipotesi, all'insolvenza. Ai fini dell'adozione di questo processo è, pertanto, necessaria l'implementazione di un efficiente controllo di gestione che parta dalla conoscenza approfondita della realtà aziendale, dell'andamento del mercato e dei *competitors*, per predisporre piani industriali che raccolgano

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

le previsioni di medio lungo termine sulla base della strategia definita e che vengano affiancati da un sistema di *budgeting* che traduca la strategia in un orizzonte temporale più breve, al fine di permettere un costante monitoraggio dei risultati e dell'andamento aziendale, e di intraprendere tutti gli interventi migliorativi o correttivi necessari per il raggiungimento dell'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale.

In questo contesto di necessaria rilevazione tempestiva della crisi, per esempio, il lancio di un nuovo prodotto, l'ingresso in un nuovo mercato, l'investimento in un asset strumentale, il controllo di una produzione in essere, devono essere valutati non soltanto in termini di convenienza economica dell'operazione stessa, bensì anche nella loro possible ricaduta sui potenziali rischi di crisi dell'impresa. Tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano l'eccessivo investimento rispetto alle reali potenzialità dell'impresa, un incrementale indebitamento che può intaccare l'equilibrio patrimoniale con inevitabili ricadute su quello economico e finanziario, le tempistiche di generazione di cassa conseguenti all'operazione da intraprendere e I tempi di ritorno dall'investimento. In questo senso, gli strumenti di pianificazione e controllo di gestione diventano inevitabili strumenti di prognosi della crisi e non di diagnosi, comunque necessaria ai fini dell'accertamento e della valutazione di responsabilità e formazione di giudizi e manovre conseguenti.

In conclusione, in ossequio alle norme del Codice della crisi, e più specificatamente all'art. 375 che riformula l'art. 2086, Cc, in un'ottica di previsione della crisi, all'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile concorre l'adozione di un sistema di controllo di gestione orientato alla previsione delle dinamiche future della gestione aziendale e alla prevenzione della crisi. In letteratura [S. Baraldi, "I sistemi di programmazione e controllo", in S. Baraldi, A. Cifalinò, P. Sacco (a cura di), *I sistemi di programmazione e controllo*, Torino, p. 4], in tema di gestione dell'impresa, si contrappongono due (antitetici) stili di direzione: uno stile "giorno per giorno" ed uno stile razionale ed anticipatorio. Nel primo caso, la direzione aziendale si concentra unicamente sul problema in quel momento più urgente, tentando di risolverlo in tempi brevi in modo tale da potersi dedicare al problema successivo. Seguire, invece, uno stile anticipatorio permette di operare un sostanziale salto di paradigma. Infatti, l'enfasi della gestione non è immediatamente ed esclusivamente posta sul "fare" bensì sul "pensare" poiché prima di intraprendere qualunque azione si ritiene necessario riflettere sul "dove" portare l'azienda, ovvero su quali debbano essere gli obiettivi di carattere strategico che si intendono perseguire. Occorre definire un punto verso il quale si vuole trainare l'organizzazione nel medio-lungo periodo e, da questo momento in poi, tutte le azioni e tutte le risorse dovranno essere finalizzate ad avvicinare l'azienda ad esso. Il processo attraverso il quale viene definito tale traguardo rappresenta la "meta ultima del viaggio", ovverosia del processo di pianificazione strategica. Una volta individuato, occorre identificare il percorso più efficiente per raggiungerlo, ossia quello che consente di minimizzare il consumo di risorse necessarie per giungere a destinazione. L'insieme di attività attraverso le quali viene identificato il percorso da seguire per realizzare le strategie aziendali viene definito come processo di programmazione.

Infine, occorre verificare *in itinere* il raggiungimento degli obiettivi prefissati, ponendo in essere un'attenta attività di monitoraggio e controllo. Al fine di risultare *compliant* rispetto al novellato art. 2086 Cc, occorre adottare uno stile razionale ed anticipatorio finalizzato alla rilevazione tempestiva della crisi affinché l'organo amministrativo possa attivarsi senza ritardo ai fini della composizione della crisi, prima che si tramuti in una insolvenza irreversibile, la cui *extrema ratio* è inevitabilmente rappresentata dalla liquidazione giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.2 Il controllo di gestione per la prevenzione della crisi e l'analisi delle disfunzioni economiche

Il controllo di gestione permette di approfondire l'esame delle disfunzioni nel sottosistema economico, finanziario e patrimoniale. Nel concreto, il ruolo del controllo di gestione si rinviene prevalentemente nella dimensione economica. Ciò costituisce un pregio per le situazioni di potenziale o effettiva crisi aziendale, poiché le cause di quest'ultima – sebbene sovente attribuibili all'aspetto finanziario – sono prevalentemente di ordine economico, mentre i sintomi di tipo finanziario ne costituiscono prevalentemente la manifestazione, spesso anche tardiva. La contabilità analitica, infatti, consente sostanzialmente di svolgere un'analisi "solo" di tipo economico. La programmazione operativa e il sistema di *budgeting* operativi definiscono gli obiettivi e le modalità di conseguimento degli stessi nella sfera economica dell'attività, i quali vengono riportati nel sistema di *reporting*, che conseguentemente sintetizza le informazioni economiche rilevanti.

Il sistema di controllo di gestione per la prevenzione e diagnosi della crisi consente altresì di attribuire maggiore tempestività alle informazioni, oltre che una maggiore multidimensionalità per l'ampiezza di tipologie di dati che possono in esso confluire, anche di natura non monetaria e non quantitativa.

Poiché tra le cause della crisi si possono rinvenire anche errori decisionali o comportamenti opportunistici da parte dei soggetti preposti al governo societario, un adeguato sistema di controllo di gestione finalizzato alla prevenzione della crisi deve assumere un certo grado di responsabilizzazione formale, con individuazione delle responsabilità soggettive.

La definizione di un sistema articolato e formalizzato di analisi rappresenta un'attività chiave nell'ambito del controllo strategico-direzionale che deve portare, con costanza e profondità, verso la comprensione della situazione aziendale e del contesto competitivo al fine di fronteggiare per tempo eventuali minacce.

L'analisi deve essere condotta nel tempo (con un confronto tra più periodi) e nello spazio (attraverso una comparazione con i principali operatori del settore). Essa deve contenere le informazioni che consentano di apprezzare sia aspetti generali riguardanti l'intera azienda sia specifici, inerenti alle singole aree di *business*. È altresì importante integrare le informazioni numeriche con quelle di natura qualitativa, normalmente non rinvenibili dalla mera lettura dei bilanci aziendali.

In tale contesto, l'implementazione di un sistema di contabilità analitica costituisce il primo passo per la verifica dello stato di salute di un'azienda e per la ricerca delle possibili cause di inefficienza. Ai fini dell'adozione di un sistema di *budgeting* e controllo consuntivo dei risultati, attraverso l'analisi degli scostamenti, è indispensabile che l'impresa abbia la giusta consapevolezza della propria struttura dei costi, dei ricavi e dei margini analitici riferiti a specifici oggetti di riferimento, quali il ciclo produttivo, le funzioni della gestione, le unità organizzative, i centri di responsabilità, i clienti, i fornitori e i mercati serviti.

La conoscenza approfondita degli elementi sopra riportati permette di intercettare tempestivamente possibili cause di alterazione dell'equilibrio economico, dovute a titolo esemplificativo a:

(i) inefficienze nei processi produttivi e nelle funzioni aziendali;
(ii) saturazione dei mercati;
(iii) perdita di competitività e di quote di mercato;
(iv) crisi di capacità produttiva e inefficienze interne.

L'analisi della struttura dei costi e delle marginalità aziendali costituisce lo strumento fondamentale al fine di individuare possibili inefficienze che potrebbero manifestarsi sia a livello

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

complessivo, investendo l'intera organizzazione aziendale, sia a livello specifico, colpendo una singola funzione, prodotto o *business unit*. L'analisi dei costi rappresenta lo strumento che meglio consente di indagare le tipologie di fattori produttivi fonte di maggiori sprechi, attraverso una classificazione dei costi per natura o per tipologia e, successivamente, mediante l'imputazione degli stessi alle linee produttive al fine di individuare, in tutto il processo produttivo, le eventuali inefficienze. Queste ultime possono consistere in aumenti del costo dei fattori, sprechi, perdite, cali di produttività, ma anche in errori di selezione dei fattori produttivi in base ai prezzi, dato il dinamismo dei mercati e le conseguenti oscillazioni dei prezzi (specialmente, nell'ultimo periodo, delle materie prime). In questo modo, attraverso un percorso di indagine metodologicamente rigoroso e basato sull'analisi della struttura dei costi e dei relativi margini, è possibile identificare quali unità organizzative o centri di costo sono maggiormente responsabili delle inefficienze, adottando le manovre correttive ritenute più idonee, sulla base di un processo formalizzato.

Il controllo di gestione è altresì fondamentale per intercettare tempestivamente possibili segnali di crisi derivanti dal decadimento del prodotto e dalla perdita di competitività. In questo caso, lo strumento chiave è rappresentato dall'analisi delle redditività aziendali per linee di prodotto o servizio erogato. Infatti, tale tipologia di analisi non può limitarsi alla verifica della redditività complessiva attraverso le tecniche di analisi di bilancio, ma è fondamentale integrarla con un'analisi dettagliata per famiglie di prodotto, area geografica, tipologia di clientela o *business unit*. Nell'ambito di ciascuna linea di prodotto è altresì possibile sviluppare l'analisi di *break even point* e del margine di sicurezza, al fine di cogliere posizioni di rischio particolarmente rilevanti. In questo modo è possibile evitare effetti compensativi che potrebbero avere un impatto distorsivo sui risultati dell'analisi, oltre che impedire l'individuazione delle reali problematiche, con il conseguente rischio di compromettere prima l'equilibrio economico, poi quello finanziario e patrimoniale.

L'implementazione di sistemi di contabilità analitica permette inoltre di individuare eventuali crisi di capacità produttiva, attraverso l'analisi dei rendimenti di produttività, sia a livello globale, che per singola unità organizzativa. Il sottoimpiego della capacità produttiva costituisce un grave rischio di crisi d'impresa per le imprese dotate di fattori produttivi a flusso rigido di servizi, ossia con impianti poco flessibili, personale dipendente molto specializzato e poco versatile, locali e spazi attrezzati difficilmente riconvertibili ad altre destinazioni, mezzi di trasporto altamente specifici. La crisi di capacità produttiva può essere anzitutto indagata mediante l'analisi di produttività. A tal fine, si ritiene opportuna l'adozione della metodologia di *direct costing*, in grado di definire i costi di struttura, osservandone l'incidenza unitaria al variare del volume di produzione, stante la tipica correlazione inversa tra costo fisso unitario e volume di vendita. Ai fini dell'analisi di produttività, uno strumento indispensabile è costituito dall'analisi della leva operativa che permette di verificare la rigidità della struttura dei costi, in rapporto al volume di produzione e quindi la rischiosità operativa alla quale è esposta l'impresa a fronte di repentine variazioni dei volumi. Infatti, la leva operativa, misurando i margini di contribuzione realizzati per tempi successivi in rapporto al risultato operativo, segnala peggioramenti di quest'ultimo valore per effetto di diminuzioni di volume di produzione, dal momento che ad un calo del margine lordo di contribuzione non è correlata una proporzionale diminuzione dei costi fissi.

Un ulteriore strumento volto alla prevenzione e alla intercettazione di crisi aziendali è rappresentato dall'analisi differenziale (*what if analysis*) che consente di formulare delle previsioni comparate al fine di individuare la strategia più opportuna. Tali analisi potrebbero fare emergere, tramite confronti e comparazioni, quegli indirizzi che potrebbero portare ad una situazione di crisi o, contrariamente, a ripristinare una situazione di equilibrio. In quest'ultimo ambito,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

riveste importanza cruciale l'analisi dei costi differenziali, ossia quei costi che si sostengono in più o in meno in ipotesi alternative di gestione, e dei costi opportunità, ossia i margini positivi a cui si rinuncia, scartando un'opzione gestionale, e che devono essere considerati come costi nella valutazione della scelta strategica adottata o preferita in quel momento. Questa analisi è particolarmente utile nell'individuazione delle inefficienze aziendali, in quanto consente di verificare quali sarebbero i costi che comporterebbe l'adozione di diverse scelte organizzative e strategiche. Inoltre, l'analisi differenziale, stante la sua attitudine a impostare ragionamenti per le decisioni strategiche future, è fondamentale nella formulazione delle strategie di risanamento.

11.3 Il controllo di gestione e i segnali di allarme

La salvaguardia del c.d. *going concern* rappresenta il primario obiettivo di tutti i recenti interventi comunitari aventi ad oggetto la materia della crisi di impresa. In tal senso, a livello comunitario, non si può non menzionare la Raccomandazione della Commissione Europea 2017/135/Ue, la quale poneva, tra gli obiettivi di un nuovo approccio all'insolvenza e alla crisi di impresa, quello di «*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*».

Dunque, la Raccomandazione Europea prima e la Direttiva *Insolvency* (Direttiva Ue 2019/1023) poi introducono la cultura del risanamento dell'impresa capovolgendo un paradigma che accompagnava il diritto concorsuale da diverso tempo, secondo il quale le c.d. procedure minori (prima fra tutte quella di concordato preventivo) erano relegate ad un ruolo residuale rispetto alla procedura fallimentare.

> Il principio ribadito dalla Direttiva Ue 2019/1023 è stato ripreso anche dalla *Legislative Guide on Insolvency Law dell'Uncitral (Parts one and two n. 46, 2004)* che cita quanto segue «*One of the objectives of reorganization proceedings is to establish a framework that will encourage debtors to address their financial difficulties at an early stage to enable the business to continue to the benefit of the debtor and creditors alike*».

Viene cioè introdotto il primato della salvaguardia del valore aziendale, in favore del recupero di valori, in particolare degli *intangibles*, che verrebbero dispersi da una procedura meramente liquidatoria.

La riforma Rordorf fa proprio tale approccio individuando come elemento centrale le procedure di allerta, il cui pilastro è rappresentato dall'obbligo di istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili *ex* art. 2086, comma 2, del Codice civile, finalizzati alla tempestiva emersione degli indizi della crisi e, dunque, ad una rapida adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

A fronte della necessità di introdurre meccanismi di *early warning*, si tratta ora di far evolvere i sistemi di controllo di gestione delle imprese in sistemi di allerta, con segnalazioni e reportistiche periodiche rispondenti alla finalità sopra menzionata.

Segnali di allarme che, a seguito delle novità introdotte dal decreto recante modifiche al Codice della crisi in attuazione della direttiva unionale sui quadri di ristrutturazione preventiva, sono quantomeno costituiti:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- dal ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000 per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, nonché all'importo di euro 5.000 per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati;
- dall'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche superiore all'importo di euro 5.000;
- dall'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società, all'importo di euro 500.000.

Nel concreto si possono presumibilmente configurare due situazioni:

(1) l'impresa non dispone di alcun sistema di controllo di gestione, ma unicamente del sistema di contabilità generale finalizzato alla redazione del bilancio d'esercizio e agli adempimenti fiscali periodici;

(2) l'impresa possiede un sistema di controllo di gestione, che necessita di una integrazione con strumenti di *early warning*, ossia di segnalazione preventiva dei rischi di crisi e di perdita della continuità aziendale.

Nel primo caso, emerge la necessità di definire un sistema di controllo di gestione, stante la centralità dello stesso.

Evidentemente il vantaggio di un sistema di controllo di gestione trova resistenze nell'ambito di una classe manageriale non ancora pienamente formata, stante la scarsa affermazione di una cultura dei controlli e quindi di concreta fruizione delle informazioni prodotte dal sistema di controllo di gestione.

Nel secondo caso, si rende necessario integrare quanto esistente con nuovi strumenti, nuove modalità di diffusione e utilizzazione delle informazioni da parte del *management*. Anche in questo caso, si potranno incontrare difficoltà di implementazione che, tuttavia, dovrebbero essere più contenute potendo contare su un ambiente manageriale presumibilmente più evoluto. In ogni caso, in fase di integrazione del sistema di controllo di gestione con strumenti di segnalazione preventiva, si rende necessario evitare ridondanze e duplicazioni di informazioni, che renderebbero rigido e scarsamente efficace l'effettivo processo di controllo, anche a danno della tempestività tanto auspicata dal legislatore del Codice della crisi.

In conclusione, riprendendo anche le osservazioni condotte nelle pagine precedenti, le imprese – auspicabilmente – devono disporre di una funzione aziendale, distinta dalla proprietà e dal *mamagement* di linea, di controllo di gestione, che ricomprenda, oltre al controllo strategico, anche strumenti di allerta, prevenzione e accertamento delle situazioni di crisi aziendale. Ciò è funzionale a:

- comunicare i primi segnali di inefficienze ai responsabili di funzione o di *Business Unit*, affinché possano intervenire tempestivamente mediante l'adozione di opportune manovre correttive;
- avviare in modo sistematico e coordinato una fase di diagnosi e di ricerca delle cause mirata, per esempio, su specifici prodotti, servizi, clienti o aree geografiche;
- introdurre procedure formalizzate, oltre che condivise ai vari livelli organizzativi di competenza, di accertamento delle situazioni di crisi, funzionale anche a documentare un'attività responsabile di sorveglianza da parte dei soggetti preposti al governo societario.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.4 La pianificazione strategica e il piano industriale

Nella gestione d'impresa, abbracciando la prospettiva *forward looking* introdotta dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ed evitando di navigare a vista senza una reale definizione degli obiettivi aziendali, risulta sempre più fondamentale che il *management* adotti un atteggiamento strategico volto alla definizione della *mission* aziendale, degli obiettivi e delle azioni necessarie per il raggiungimento degli stessi. In questo contesto il piano industriale rappresenta lo strumento principe per la definizione delle scelte strategiche aziendali volte all'individuazione degli obiettivi e delle azioni da perseguire per il raggiungimento della strategia adottata.

La gestione imprenditoriale prefigurata dal Codice richiede una valutazione preventiva degli effetti delle decisioni strategiche prima della loro adozione, anche dal punto di vista quantitativo. L'utilizzo del piano industriale permette di effettuare questo tipo di valutazioni e, quindi, di adottare una gestione imprenditoriale *compliant* alle previsioni del CCII. Per valutare l'andamento aziendale non è possibile limitarsi all'esame del dato storico e alla conoscenza della situazione attuale, per quanto aggiornata, ma è necessaria una stima del prevedibile andamento aziendale. Questa stima può essere realistica solo in presenza di un piano aziendale formulato in modo coerente alla realtà aziendale e con previsioni costantemente aggiornate in base all'andamento corrente.

La costruzione di un piano aziendale efficace e adatto alla specifica realtà aziendale non può prescindere da una preliminare ed approfondita analisi delle caratteristiche della stessa. Di conseguenza, è necessaria una conoscenza dell'azienda sia dal punto di vista interno sia del contesto in cui opera. L'analisi parte dall'individuazione dell'attività di riferimento, dei prodotti e dei servizi offerti, per poi comprendere la struttura organizzativa interna, attraverso la rilevazione delle procedure, dei processi aziendali, l'individuazione delle funzioni e delle responsabilità di tutto il sistema azienda. Inoltre, in

questa fase è necessaria un'analisi approfondita del contesto in cui opera l'impresa, al fine di individuare i punti di forza, di debolezza, le minacce e opportunità (*SWOT analysis*). Solo dopo aver preso coscienza di questi aspetti è possibile giungere alla definizione di un piano aziendale realizzabile e coerente con l'impresa di riferimento.

La redazione del piano rappresenta il primo requisito della diligente conduzione dell'impresa poiché:

(i) solo da esso emerge in modo inequivocabile la continuità aziendale;
(ii) solo esso permette di individuare con ragionevole certezza la sostenibilità dell'indebitamento;
(iii) solo esso fornisce all'organo amministrativo le informazioni che consentono *ex* ante di misurare il fabbisogno finanziario e le risorse a disposizione per la sua copertura
(iv) solo esso consente di individuare le azioni correttive da adottare tempestivamente.

11.5 L'utilizzo del budget e dei sistemi di reporting anche a seguito della riforma del 2022

I sistemi di *budgeting* consentono di prefigurare gli scenari ambientali e i piani di azione più adatti per il raggiungimento degli obiettivi e la definizione della migliore combinazione tra risorse e risultati. Inoltre, l'impresa può anticipare una serie di decisioni che, se assunte tardivamente nel momento di manifestazione definitiva del problema, potrebbero impedire la soluzione dello stesso.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il *budget*, in ottica di prevenzione e accertamento della crisi, rappresenta un importante strumento al fine di valutare ed analizzare la natura e la concretezza delle ipotesi gestionali e degli obiettivi sottostanti. In altre parole, il *budget* deve essere posto a confronto con i dati consuntivi, attraverso l'analisi degli scostamenti, al fine di indagare le cause del mancato perseguimento degli obiettivi, individuare le soluzioni operative necessarie per farvi fronte. Il *budget* si pone quindi come uno strumento utile per l'adozione di un approccio volto alla prevenzione e alla rilevazione tempestiva della crisi.

La redazione del *budget* di cassa, a parere degli scriventi, costituisce uno strumento imposto dal legislatore (anche) a seguito del decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi. Infatti, il riformato art. 3 di quest'ultimo prevede espressamente che gli adeguati assetti societari *ex* art. 2086 del Codice Civile devono consentire all'imprenditore di verificare la sostenibilità dell'indebitamento e l'esistenza di concrete prospettive di continuità aziendale almeno per i successivi dodici mesi.

Il processo con il quale generalmente si costruisce il budget è di tipo *bottom-up*, ossia prevede la condivisione degli obiettivi tra le diverse unità organizzate, in cui la direzione aziendale non impone risultati attesi dall'alto, ma assume il compito di fissare le linee guida e coordinare l'attribuzione degli obiettivi e l'allocazione delle risorse. Tuttavia, quando esso è redatto in un contesto di crisi o di *turnaround*, può contenere valori determinati secondo una logica di tipo *top-down* non tanto perché imposti dal *management*, ma in quanto richiesti ai fini della tenuta stessa del piano di risanamento e per la buona riuscita di quest'ultimo.

All'interno dei sistemi di *budgeting*, particolare attenzione deve essere posta al *budget* di tesoreria, il quale costituisce elemento fondamentale in relazione all'obbligo di adozione di adeguati assetti amministrativi ai sensi dell'art. 2086 del Codice civile. Tale strumento riveste particolare importanza anche nell'ambito della crisi di impresa, in quanto permette di monitorare la capacità aziendale di far fronte agli impegni assunti con le risorse finanziarie disponibili o la necessità di ricorrere a risorse finanziarie esterne. Inoltre, tale strumento costituisce base di calcolo per il *Debt Service Coverage Ratio* (DSCR), quale indicatore primario per la verifica della sostenibilità finanziaria dell'impresa, così come previsto dalle norme del CCII.

Nell'ambito del b*udget* di tesoreria è necessario classificare i singoli flussi in funzione dell'area di gestione di provenienza, al fine di comprendere come ciascuna di esse contribuisca alla bilancia monetaria, individuando le difficoltà contingenti ed intervenendo tempestivamente per preservare la continuità aziendale. Infatti, tale suddivisione permette di individuare la macro-causa generatrice dell'eventuale squilibrio, in modo da poter intervenire per prevenire successive tensioni. Il monitoraggio della liquidità aziendale, attraverso lo strumento del *budget* di tesoreria, rappresenta infatti un elemento centrale per la rilevazione tempestiva della crisi. Spesso è proprio la mancanza di liquidità l'elemento che rende manifesta la situazione di dissesto, anche se conseguenza di elementi di criticità preesistenti. Il ricorso al *budget* di tesoreria permette quindi di focalizzare l'attenzione sulla capacità dell'impresa di generare risorse finanziarie e sulla disponibilità immediata di liquidità, non limitandosi all'apprezzamento del risultato economico dell'esercizio, espressione della gestione reddituale.

Il CCII ha introdotto anche per le banche un ruolo di individuazione dei segnali di crisi, dal momento che queste saranno chiamate ad avvisare l'organo di controllo quando, valutando i sintomi di una futura crisi, revocheranno o ridurranno gli affidamenti. Diventa di fondamentale importanza che le imprese monitorino la propria posizione verso il sistema bancario e che prestino particolare attenzione alla lettura dei dati raccolti nella Centrale Rischi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Accanto al *budget* di tesoreria, assume un ruolo significativo anche il *forecast*, ossia un piano previsionale rivisto alla luce dei dati consuntivi. Attraverso i *forecast* l'impresa effettua delle proiezioni sull'andamento delle variabili economiche, finanziarie e patrimoniali, in quanto le proiezioni vengono periodicamente aggiornate con le informazioni raccolte a consuntivo nel corso dell'esercizio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

EBITDA, capitale circolante e flussi di cassa: prevenzione strategica della crisi

Giuseppe Acciaro, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 12.1 La prevenzione strategica della crisi – 2.2 L'analisi di bilancio e il rendiconto finanziario: capitale circolante netto, EBITDA e flussi di cassa – 12.3 Il capitale circolante netto commerciale: fabbisogno finanziario netto del core business – 12.4 EBITDA: flusso di cassa potenziale – 12.5 Il flusso della gestione operativa: flusso di cassa reale

12.1 La prevenzione strategica della crisi

La prevenzione dell'insorgere dei fattori di crisi deve – inteso in senso di auspicio – costituire un impegno costante da parte del *management* aziendale.

Ciò non soltanto in quanto dal 16 marzo 2019 l'obbligo di adozione di un assetto gestionale adeguato anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della salvaguardia della continuità aziendale è divenuto norma di legge, ai sensi del riformato art. 2086, secondo comma, del Codice civile, ma anche in quanto rappresenta il presupposto per una corretta gestione dell'impresa e per la tutela delle possibilità di esistenza e di sviluppo futuro dell'azienda.

L'adozione di un assetto gestionale funzionale alla prevenzione strategica della crisi rappresenta, anche nell'ipotesi in cui la crisi dovesse sorgere, un principio basilare per comprendere le cause che la generano, per analizzare gli effetti sulla gestione aziendale al fine di impostare gli opportuni interventi di risanamento funzionali alla salvaguardia della continuità aziendale.

La crisi aziendale rappresenta un fenomeno strettamente connesso con lo sviluppo aziendale, il quale ne può rappresentare l'origine, per le modalità con cui è stato condotto, per i tempi di realizzazione, per l'impiego di risorse di cui ha necessitato, per gli effetti e reazioni provocate dai concorrenti, per l'eccessiva fiducia tributata al successo e alla crescita di fatturato o per mancanza di un necessario ricambio di energie personali e di innovazione.

Dunque, sviluppo – con apparenti condizioni di successo – e crisi aziendale costituiscono fasi cicliche della vita di tutte le imprese.

Pertanto, una adeguata prevenzione della crisi d'impresa deve prendere le mosse sin dalla fase di sviluppo, affinché i cambiamenti che si vengono a produrre non creino pericolose alterazioni degli equilibri aziendali, che possono portare ad ulteriori aggravamenti e concretizzarsi in situazioni di insolvenza, talvolta irreversibile.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.2 L'analisi di bilancio e il rendiconto finanziario: capitale circolante netto, EBITDA e flussi di cassa

L'analisi di bilancio rappresenta un momento essenziale nella prevenzione strategica della crisi di impresa. Tuttavia, i dati derivati dalla contabilità generale e riportati nel bilancio depositato presso il Registro delle Imprese, in ossequio alle normative civilistiche e ai Principi contabili di riferimento, devono essere (ri)organizzati al fine di consentire specifiche elaborazioni funzionali alla prevenzione strategica della crisi, all'individuazione delle determinanti dei flussi di cassa, delle eventuali inefficienze a livello gestionale, nonché delle condizioni di rischio della gestione aziendale.

Nell'analisi del bilancio le variabili fondamentali ai fini della prevenzione strategica della crisi, secondo il percorso logico che si cercherà di esporre, sono rappresentate dal capitale circolante netto commerciale, dall'EBITDA e dai flussi di cassa della gestione operativa. Questi parametri sono altresì utilizzati ai fini della determinazione del valore dell'azienda attraverso uno dei metodi più diffusi in dottrina, ossia il metodo del *Discounted Cash Flow* (DCF). Quest'ultimo, in estrema sintesi, individua il valore dell'azienda nella sommatoria dei flussi di cassa che la stessa genererà in un definito (o anche indefinito, nell'ipotesi in cui la formula adottata includa anche il c.d. *Terminal Value*) orizzonte temporale, attualizzato a un tasso di interesse rappresentativo del costo del capitale.

Di seguito si forniscono alcuni spunti sulla riclassificazione e analisi dei prospetti contabili e sulla interpretazione del rendiconto finanziario finalizzata all'individuazione di eventuali sintomi di criticità e alla prevenzione strategica della crisi, analizzando le singole grandezze che dovrebbero essere costantemente monitorate dall'imprenditore in quanto rappresentano le determinanti del valore dell'impresa.

Alla base di ogni ragionamento che verrà successivamente condotto, vi è la premessa per cui la gestione aziendale è suddivisa tra due componenti (che potremmo definire come due "zone"). La prima è costituta dalla gestione operativa (*core business*), la quale raccoglie le operazioni che determinano scambi con le aree di affari nelle quali opera l'impresa. La gestione operativa, a sua volta, è suddivisa in corrente, ossia legata al ciclo operativo di acquisto, trasformazione e vendita, e strutturale, ovvero legata ad acquisizioni e dismissioni di fattori produttivi durevoli funzionali a dotare l'impresa dell'apparato strutturale necessario per lo svolgimento della sua attività. La seconda, invece, è costituita dalla gestione finanziaria, che riguarda i rapporti con il mercato finanziario al quale si rivolge l'impresa (raccolta e impiego di risorse finanziarie).

12.3 Il capitale circolante netto commerciale: fabbisogno finanziario netto del core business

Il primo parametro da analizzare e monitorare nell'analisi di bilancio finalizzata alla prevenzione strategica della crisi è rappresentato dal capitale circolante netto commerciale, che si ottiene mediante una particolare tipologia di riclassificazione dello Stato Patrimoniale.

I criteri maggiormente utilizzati per la riclassificazione dello stato patrimoniale sono due. Il primo è di natura finanziaria e ha lo scopo di evidenziare la provenienza delle risorse finanziarie raccolte (fonti di finanziamento) e l'impiego di tali risorse in investimenti nell'attività aziendale (impieghi). Nel secondo, noto come riclassificazione per pertinenza gestionale, le voci patrimo-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

niali sono riclassificate in funzione della pertinenza alle rispettive aree funzionali, con particolare riferimento alla premessa sopra esposta, ossia alla distinzione tra valori che sorgono per effetto degli scambi con le aree d'affari dell'impresa (gestione operativa) e quelli sorti in seguito agli scambi con il mercato finanziario (gestione finanziaria).

Quest'ultimo criterio risulta più idoneo ad analizzare le condizioni che determinano la formazione dei flussi di cassa e i livelli di rischio della gestione, i quali sono alla base della determinazione del valore intrinseco dell'azienda, nonché della prevenzione strategica della crisi d'impresa.

Come anticipato, la gestione aziendale si divide tra la componente operativa e quella finanziaria.

La gestione operativa si articola, a sua volta, in due livelli: corrente e strutturale. La prima è espressa dal ciclo produttivo, ossia dalle quotidiane operazioni di acquisto di fattori produttivi (es. materie prime), loro trasformazione in beni/servizi e successiva vendita. La gestione operativa strutturale, invece, attiene alle operazioni con le quali viene predisposto, conservato e sviluppato l'apparato produttivo stabile dell'impresa (es. impianti e macchinari). La logica basata sulla distinzione tra dimensione strutturale e corrente permette anche di identificare le passività operative, note anche come passività spontanee, poiché nascono come diretta conseguenza di dilazioni di pagamento ottenute o accordate con i fornitori. Nulla a che fare, dunque, con le passività finanziarie, le quali derivano non dalla negoziazione di fattori produttivi, bensì di denaro.

La gestione finanziaria, infatti, riguarda tutte le operazioni di scambio con i mercati finanziari, ossia la raccolta di capitali (es. finanziamento bancario) e il servizio degli stessi (es. oneri finanziari).

Dunque, la gestione operativa rappresenta il "motore" dell'impresa, mentre la gestione finanziaria rappresenta il "carburante" necessario per alimentarla.

La riclassificazione per pertinenza gestionale permette di quantificare due variabili cruciali nella gestione dell'impresa e nella prevenzione strategica della crisi d'impresa, ossia il fabbisogno finanziario riconducibile alla gestione operativa e il capitale circolante netto commerciale.

Il fabbisogno finanziario si può configurare in termini lordi e netti. Il fabbisogno finanziario lordo è rappresentato dal totale delle attività operative, legate sia alla struttura che al ciclo corrente, poiché la loro costituzione comporta la necessità di reperire sul mercato risorse finanziarie per alimentare il ciclo operativo.

Tuttavia, si tratta di un fabbisogno "potenziale", ossia senza considerare le dilazioni di pagamento su cui l'impresa potrebbe contare nel momento in cui acquisisce tali attività. Qualora tali dilazioni si rendano disponibili da parte dei fornitori, l'effettiva entità del fabbisogno finanziario si riduce. Si giunge così alla configurazione netta del fabbisogno finanziario, espresso dalla differenza tra le attività e le passività operative. In sostanza, tale fabbisogno indica di quanti soldi ha effettivamente bisogno l'impresa per svolgere la sua attività operativa. Il fabbisogno finanziario netto viene identificato in un margine noto come *capitale operativo investito netto* (COIN), il quale misura l'ammontare del fabbisogno finanziario netto della complessiva gestione operativa, considerata nella sua componente corrente e strutturale.

Applicando il medesimo ragionamento all'interno dell'area operativa, è possibile far emergere un ulteriore margine, costruito aggregando unicamente i valori correnti della gestione operativa. Tale margine, di fondamentale importanza ai fini della prevenzione strategica della crisi, è rappresentato dal *capitale circolante netto commerciale* (CCNc), ottenuto dalla differenza tra le attività e le passività operative della sola componente corrente. Quest'ultimo esprime quanta parte del fabbisogno finanziario del ciclo operativo sia riconducibile al quotidiano svolgersi del ciclo produttivo (acquisto-trasformazione-vendita).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Fra i margini sopra esposti, il CCNc assume un ruolo di preminenza nella prevenzione strategica della crisi d'impresa. In sostanza, indica la liquidità di cui ha bisogno l'impresa per svolgere le proprie ordinarie operazioni di acquisizione di fattori produttivi, trasformazione e vendita (*core business*). Il CCNc è composto da attività operative correnti (es. crediti verso clienti e scorte di magazzino) e passività operative correnti (es. debiti verso fornitori). Le scorte di magazzino rappresentano componenti patrimoniali ai quali corrispondono costi sostenuti, il cui importo non è ancora stato recuperato attraverso la vendita e l'incasso dei beni prodotti.

Analoghe considerazioni valgono per i crediti commerciali: essi si sono generati a fronte di ricavi conseguiti a seguito di costi sostenuti, ma non ancora recuperati dall'incasso del credito stesso. In entrambi i casi (crediti commerciali e scorte), il sostenimento anticipato dei costi genera un fabbisogno finanziario di capitali. Quest'ultimo, tuttavia, dipende anche dalla possibilità di dilazionare il pagamento dei costi, rispetto al momento di loro sostenimento. Da qui emerge il ruolo delle passività correnti, tipicamente rappresentate da debiti verso fornitori: nella misura in cui l'impresa riesce a ricorrere a dilazioni di pagamento, l'ammontare del fabbisogno da fronteggiare si riduce. Di conseguenza, la differenza tra le attività e le passività operative correnti (CCNc) esprime l'ammontare di capitali che l'impresa deve "autoprodurre", generando utili (autofinanziamento) oppure raccogliendolo sul mercato (banche e azionisti), per alimentare finanziariamente il proprio *core business* (il CCNc viene infatti denominato *working capital*).

Se il CCNc assume valore negativo, significa che il ciclo operativo non solo non determina alcun fabbisogno finanziario, ma anzi produce disponibilità monetaria. Si pensi, ad esempio, ai supermercati: le peculiarità del ciclo operativo fanno sì che la consistenza dei crediti commerciali e delle scorte sia molto contenuta. Inoltre, data l'elevata forza contrattuale della GDO, si possono ottenere ampie dilazioni dai fornitori. In questo modo, le passività legate al ciclo operativo assumono un importo superiore delle attività. Si genera così non un fabbisogno finanziario, bensì un surplus di mezzi monetari. Qualora, invece, il CCNc assuma valore positivo, si genera un fabbisogno finanziario e l'impresa deve quindi affacciarsi al mercato del capitale per approvvigionarsi delle risorse finanziarie necessarie ad alimentare il ciclo produttivo.

La logica sottostante all'analisi del circolante, che spiega la ragione per cui rappresenta una variabile cruciale nella prevenzione strategica della crisi, è sostanzialmente la seguente: un aumento del CCNc assorbe liquidità, mentre nel caso opposto la genera. Difatti, un aumento delle giacenze di magazzino rappresenta un incremento degli investimenti in attesa di realizzo (quindi non ancora liquidi). Allo stesso modo avviene nell'ipotesi di un incremento dei crediti, che rappresenta una temporanea rinuncia alla liquidità. Una riduzione dei debiti, invece, segnala che è stata impiegata della liquidità per la loro estinzione, comportando quindi un assorbimento di cassa.

All'opposto, la riduzione del magazzino (o dei crediti) fa intendere che vi siano state delle vendite e quindi degli incassi.

Quanto, invece, ai debiti, il loro aumento corrisponde ad una forma di finanziamento (sebbene indiretto) e quindi costituisce anch'esso una generazione di liquidità.

L'andamento del fatturato e del CCNc deve essere costantemente ed attentamente monitorato poiché si assiste sovente ad imprese che accolgono con grande soddisfazione ogni segnale di crescita, anche repentina, del fatturato, salvo poi trovarsi a gestire un fabbisogno finanziario che cresce in misura imprevista e rapida. Non sono, infatti, infrequenti situazioni nelle quali l'impresa genera un reddito caratteristico positivo, ma un flusso di cassa negativo, dovuto proprio a una inefficiente gestione del capitale circolante. In questo senso si comprende appieno quanto anticipato nel paragrafo introduttivo sulla prevenzione strategica della crisi, per cui quest'ultima

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rappresenta un fenomeno strettamente connesso con lo sviluppo aziendale, il quale ne può rappresentare l'origine proprio (come in questo caso) per l'eccessiva fiducia tributata al successo, senza l'adozione di adeguati sistemi e procedure di monitoraggio del successo.

Soprattutto le aziende in crescita registrano spesso un aumento delle rimanenze e dei crediti superiore all'aumento dei debiti commerciali (come nella casistica sopra enunciata) e, di conseguenza, un aumento del circolante netto operativo, che inevitabilmente assorbe liquidità. Con ciò non si vuole dire che si debba sempre rinunciare ad una opportunità di crescita del fatturato, ma che ogni ipotesi evolutiva deve necessariamente essere verificata non solo sotto l'aspetto economico (in termini di redditività), ma anche (e soprattutto) sotto quello della praticabilità finanziaria e, più specificatamente, della presumibile evoluzione del capitale circolante, che impatta poi sulla dinamica monetaria.

L'effetto esercitato sul circolante dalle politiche commerciali (tempi di incasso e di pagamento) si apprezza chiaramente analizzando la durata del ciclo monetario dell'impresa, ossia del periodo medio che intercorre tra i pagamenti dei materiali e servizi utilizzati nel processo produttivo e gli incassi dei crediti derivanti dalle vendite dei prodotti. Il ciclo monetario è costituito da una componente attiva e una passiva. Il ciclo attivo è determinato dai tempi di dilazione dei crediti e di giacenza delle scorte ed esprime il tempo medio che intercorre dal momento dell'acquisto dei fattori produttivi, impiegati nel ciclo operativo, sino al momento dell'incasso monetario dalle vendite dei prodotti ottenuti. Il ciclo passivo, invece, è determinato dai tempi di dilazione dei fornitori ed esprime il tempo medio che intercorre dal momento dell'acquisto dei fattori produttivi sino al momento dell'esborso monetario di tali fattori. La durata del ciclo attivo e di quello passivo definisce la durata del ciclo monetario, ossia l'intervallo temporale che separa i tempi di incasso da quelli di pagamento. È evidente che, quanto più il tempo medio di incasso è superiore al tempo medio di pagamento dei fattori produttivi, tanto più lunga è la durata del ciclo monetario, maggiore è la consistenza del CCNc e quindi dell'ammontare del fabbisogno finanziario che l'impresa deve fronteggiare per alimentare il ciclo operativo.

In conclusione, il CCNc rappresenta una delle determinanti del valore dell'impresa e della prevenzione strategica della crisi. Infatti, il valore dell'azienda, riprendendo il metodo del *Discounted Cash Flow* sopra anticipato, dipende dalla liquidità che è in grado di generare l'impresa, la quale, a sua volta, dipende dalla possibilità/ capacità dell'impresa di contenere, se non addirittura comprimere, l'ammontare del capitale circolante netto commerciale.

Quest'ultimo poi è strettamente legato all'EBITDA, seconda determinante del valore aziendale e della prevenzione strategica della crisi.

12.4 EBITDA: flusso di cassa potenziale

Il secondo parametro che, secondo il percorso logico qui esposto, rappresenta una variabile cruciale nella prevenzione strategica della crisi, è rappresentato dall'EBITDA (acronimo di *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*).

Come per lo Stato Patrimoniale, anche per la riclassificazione del Conto Economico si rende necessario individuare opportuni aggregati di valori sui quali effettuare l'analisi delle condizioni reddituali e finanziarie dell'impresa. Ai fini della riclassificazione delle componenti reddituali, si possono individuare tre metodologie:

i. a valore aggiunto, dove i costi sono classificati per natura (es. costi personale, costi materie prime);

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ii. a costo del venduto, basato sulla classificazione dei costi per destinazione (es. costi di produzione, costi commerciali);
iii. a margine di contribuzione, basato sul grado di variabilità dei costi (fissi o variabili).

Il modello di riclassificazione a valore aggiunto permette di individuare diversi risultati intermedi, che devono essere opportunamente analizzati ai fini della prevenzione strategica della crisi. In particolare, gli aggregati di valore meritevoli di un approfondimento sono il valore aggiunto e l'EBITDA in quanto incidono sul valore intrinseco dell'azienda e necessitano quindi di un costante monitoraggio. Per completezza informativa, si segnala che EBITDA e MOL (Margine Operativo Lordo) spesso sono utilizzati come sinonimi; in realtà esistono delle differenze poiché l'EBITDA, diversamente dal MOL, viene calcolato al netto dei costi per accantonamenti a fondi e rischi e per svalutazione degli elementi che compongono l'attivo circolante.

Il Valore Aggiunto si ottiene dalla differenza tra il valore della produzione e i costi esterni, i quali sono tipicamente rappresentati da costi per materie prime, semilavorati acquistati da terzi, merci e materiali di consumo.

Esso esprime la capacità dell'impresa di creare, grazie ai processi trasformativi basati sul proprio modello di *business*, nuova ricchezza rispetto a quella incorporata nei fattori produttivi acquistati da terzi e consumati nella produzione. Così definito, il valore aggiunto si presta ad una duplice interpretazione. Da un lato, rappresenta un'importante misura di prestazione, poiché costituisce il punto di incontro tra condizioni di efficienza (riconducibili alle modalità di acquisizione e trasformazione dei fattori esterni, ossia *come produco*) e livelli di efficacia della gestione (riconducibili alle caratteristiche dei prodotti realizzati e venduti sul mercato, ossia *cosa produco*).

Dall'altro lato, il valore aggiunto si presta ad una interpretazione che guarda ai diversi soggetti coinvolti a vario titolo nell'impresa (*stakeholders*). In questo senso, il valore aggiunto può essere interpretato come una sorta di "torta" con la quale sfamare i "commensali" che siedono al tavolo dell'impresa. Ci si riferisce in particolare a:

i. dipendenti, la cui partecipazione ai risultati della produzione è espressa dai costi per retribuzioni;
ii. strutture tecniche, che incidono quali costi per ammortamenti;
iii. conferenti capitale di credito, remunerati tramite gli oneri finanziari;
iv. Erario, al quale sono riconducibili i costi per imposte;
v. conferenti capitale di rischio, remunerati sotto forma di dividendi;
vi. impresa stessa, che si autofinanzia con la parte di ricchezza lorda che non viene distribuita ai soci.

Ciò che conta, quindi, non è soltanto l'entità del valore aggiunto, ma soprattutto come, nel corso del tempo, il *surplus* di ricchezza viene ripartito tra i diversi fattori della produzione.

L'EBITDA può essere calcolato in due modi: sommando al reddito corrente una serie di componenti reddituali, oppure sommando al reddito operativo gli ammortamenti e le svalutazioni.

Esso rappresenta un indicatore di economicità operativa più oggettivo (*rectius:* migliore) rispetto all'EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*) poiché, diversamente da quest'ultimo, non è influenzato da politiche di bilancio realizzate attraverso la manovra degli ammortamenti.

I ricavi di vendita e i costi impiegati ai fini del calcolo dell'EBITDA, sono valori di derivazione monetaria, sovente indicati con il termine *opex*, acronimo di *operating expenditure*, laddove la parola "spesa" intende sottolineare proprio la natura monetaria di tali costi. I ricavi delle vendite si configurano come entrate monetarie potenziali, mentre gli *opex* come uscite monetarie potenziali, generate dalla gestione operativa corrente. In questo senso si rinviene l'importanza

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'EBITDA, quale misura del flusso di cassa potenziale della gestione operativa corrente, ossia dal continuo alternarsi delle operazioni di acquisto di fattori di consumo, di trasformazione di tali fattori in prodotti e di vendita dei prodotti ottenuti.

Dunque, l'EBITDA misura il *cash flow* che l'impresa è potenzialmente in grado di auto- generare attraverso la gestione operativa corrente, ossia in assenza di differimenti temporali tra acquisti-pagamenti, produzione-vendita, vendita- incassi (ciclo monetario). La negatività di tale valore segnala quindi non solo uno squilibrio economico, ma anche una strutturale incapacità a generare liquidità, derivante da costi monetari più elevati rispetto al volume delle potenziali entrate.

Si è utilizzato il termine potenziale poiché non si tratta di un flusso effettivo; infatti, una parte dei ricavi di vendita e dei costi di materie prime, servizi e personale possono, al termine dell'esercizio, risultare ancora non incassati o pagati (dilazioni di pagamento di clienti e fornitori). Ulteriori sfasamenti possono derivare dalle scorte di magazzino.

Ad **esempio**, i costi delle materie prime concorrono a formare il reddito di esercizio per un valore al netto della variazione delle relative scorte di magazzino; ai fini della competenza economica rileva il valore dei consumi; tuttavia, ai fini del flusso di cassa (effettivo) rilevano i pagamenti degli acquisti e, pertanto, anche gli esborsi delle materie prime acquistate e non impiegate nella produzione, che formano le scorte e sono sottratte dal calcolo del reddito d'esercizio.

Il riferimento alle dilazioni di pagamento di clienti e fornitori e alle giacenze di magazzino chiama in causa la prima determinante del valore intrinseco dell'azienda oggetto di monitoraggio ai fini della prevenzione strategica della crisi, ossia il capitale circolante netto commerciale, esposto nel paragrafo precedente. Da qui si coglie il fondamentale collegamento tra le prime due variabili del valore d'azienda: CCNc ed EBITDA. Affinché il flusso di cassa potenziale si converta in effettivo occorre tenere in considerazione il grado di efficienza finanziaria, ossia la dinamica del ciclo monetario, per cogliere il collegamento con la terza determinante del valore dell'impresa (flusso di cassa della gestione operativa), come esposto nel paragrafo successivo.

12.5 Il flusso della gestione operativa: flusso di cassa reale

Nei paragrafi precedenti si è provveduto ad esaminare le prime determinanti del valore intrinseco dell'azienda (CCNc ed EBITDA) che devono essere oggetto di monitoraggio ai fini della prevenzione strategica della crisi. Nel paragrafo conclusivo, si procede ad esaminare l'ultima variabile, ossia il Flusso di cassa della gestione operativa, ricavabile dalla costruzione del rendiconto finanziario.

La dinamica monetaria, derivante dalla contrapposizione tra entrate ed uscite di cassa registrate in un certo periodo di tempo, rappresenta un aspetto cruciale ai fini della salvaguardia della continuità aziendale poiché permette di valutare la capacità dell'azienda di far fronte puntualmente e in modo efficiente ai propri impegni finanziari. Il rendiconto finanziario costituisce il principale prospetto di natura contabile che permette di valutare il grado di solvibilità dell'impresa, sotto due livelli: la solidità patrimoniale (medio-lungo periodo) e la liquidità (breve periodo).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In termini semplicistici ma operativi, il rendiconto finanziario permette di fornire risposte ad alcuni quesiti tipici degli imprenditori:

> Perché, nonostante la crescita del fatturato, lo scoperto di conto corrente sta aumentando? Ho soldi a sufficienza per rimborsare i prestiti bancari, secondo le scadenze predeterminate, senza compromettere l'equilibrio finanziario? Posso prelevare soldi per esigenze personali o familiari? Ho risorse sufficienti da dedicare agli investimenti e allo sviluppo quantitativo e qualitativo dell'azienda?

Il concetto di liquidità rappresenta una variabile determinante non solo per gli evidenti rischi di dissesto a cui condizioni di liquidità precarie espongono l'impresa, ma anche sotto il profilo economico, fortemente penalizzato dalle tensioni finanziarie. Infatti, incalzati dalle esigenze di far fronte ai pagamenti alle scadenze pattuite, gli amministratori finiscono inevitabilmente per scegliere non ciò che favorisce la crescita dell'equilibro economico nel medio-lungo termine, bensì ciò che può dar respiro finanziario nel breve. Ciò causa spesso scelte di gestione errate:

- le dilazioni concesse ai clienti sono ridotte con perdita di quote di mercato oppure sono concessi sconti che erodono i margini;
- i termini di pagamento ai fornitori vengono tirati il più possibile caricando il conto economico di oneri finanziari impliciti;
- investimenti lucrosi vengono abbandonati a fronte di iniziative meno redditizie ma associate a flussi di cassa positivi nel breve.

La tensione finanziaria giunge così a compromettere l'equilibrio economico.

Da qui si comprende la necessità di disporre del rendiconto finanziario e, soprattutto, di analizzare opportunamente e costantemente i risultati intermedi di cui si compone, in particolare il flusso di cassa della gestione operativa strutturale (c.d. *free cash flow from operations*), che rappresenta l'ultima variabile, strettamente connessa alle precedenti (CCNc ed EBITDA), della determinazione del valore intrinseco dell'azienda e nella prevenzione strategica della crisi.

Si è precisato nel paragrafo precedente che l'EBITDA rappresenta il flusso di cassa potenziale della gestione operativa, ossia il flusso che la gestione operativa sarebbe in grado di generare qualora tutte le negoziazioni avvenissero in contanti e non ci fossero scorte di magazzino (*rectius*: qualora non vi fosse alcuna variazione del capitale circolante netto). I crediti e le scorte di magazzino, al netto del finanziamento indiretto accordato dai fornitori, sono gli elementi che fanno la differenza tra flusso di cassa potenziale e flusso di cassa reale. Si è anche detto che il capitale circolante netto commerciale esprime il fabbisogno finanziario netto generato dallo svolgimento del ciclo operativo (acquisto- trasformazione-vendita). In questo quadro, quindi, il CCNc opera come un filtro tra il flusso di cassa potenziale e quello reale.

Un'espansione del CCNc assorbe la liquidità potenzialmente prodotta dall'impresa (espressa dall'EBITDA) e, quindi, riduce il flusso di cassa effettivo. Di contro, una riduzione del CCNc libera liquidità e, quindi, aumenta il flusso di cassa effettivo. Alla luce di ciò, si comprende che quel che conta, ai fini della determinazione del flusso di cassa effettivo, è la variazione del CCNc in un dato periodo, che incide sul flusso di cassa potenziale.

Per ottenere il flusso di cassa reale della gestione operativa corrente è quindi sufficiente correggere l'EBITDA, espressione del flusso di cassa potenziale, con la variazione intervenuta nella consistenza del CCNc durante il periodo di riferimento, la quale esprime l'assorbimento o l'ulte-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

riore generazione di liquidità derivante dallo svolgimento del ciclo operativo. In sostanza ai fini della determinazione del flusso di cassa reale, se nel periodo di riferimento il CCNc aumenta, l'EBITDA viene decurtato di tale incremento (assorbimento di liquidità); viceversa, se il CCNc diminuisce, l'EBITDA viene incrementato di tale riduzione (generazione di liquidità).

Dal flusso di cassa potenziale (EBITDA), si perviene così al flusso di cassa reale della gestione operativa corrente, che esprime la liquidità effettivamente prodotta. Al fine di considerare anche la componente strutturale (fissa) della gestione operativa, il flusso di cassa della gestione corrente deve essere corretto per le operazioni riconducibili ad acquisizioni (che generano uscite di moneta) e dismissioni (che viceversa generano entrate di moneta) di immobilizzazioni materiali ed immateriali. In questo modo si giunge alla determinazione del *free cash flow from operations*, il quale rappresenta l'ultima grandezza alla base della determinazione del valore dell'azienda e della prevenzione strategica della crisi, secondo la logica esposta in questo contributo.

L'idea di fondo è rappresentata dalla circostanza per cui l'impresa, ai fini della prevenzione strategica della crisi, deve essere – sia a consuntivo ma soprattutto a livello previsionale – in grado di soddisfare, in primo luogo, i fabbisogni finanziari relativi agli investimenti necessari per consolidare e sviluppare la struttura con la quale competere nel mercato prescelto. Un'impresa che non sia in grado di sostenere la propria struttura produttiva, rappresentata dagli *assets* materiali e immateriali, eroderà inevitabilmente la propria posizione di vantaggio competitivo e inardirà rapidamente la propria capacità di auto-generare risorse monetarie attraverso il ciclo operativo. Vero che per lo sviluppo della struttura è possibile ricorrere all'indebitamento o alla raccolta di capitale di rischio. Tuttavia, al di là dell'onerosità di queste scelte, è necessario tenere in considerazione che i tempi del mercato finanziario non necessariamente (anzi raramente) coincidono con quelli occorrenti per rispondere prontamente alle mosse dei concorrenti.

In conclusione, il flusso di cassa della gestione operativa corrente esprime la capacità dell'impresa di far fronte ai debiti con le proprie risorse interne, dopo aver soddisfatto le esigenze di investimento operativo. Tuttavia, un'impresa può dirsi effettivamente solvibile solo se è in grado di rimborsare i debiti, pagare gli interessi e corrispondere i dividendi senza sacrificare lo sviluppo degli investimenti relativi alla struttura operativa. Da qui l'importanza dell'analisi dei flussi di cassa operativi, sia nella dimensione corrente che strutturale, ai fini della prevenzione strategica della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

ESG tra adeguati assetti societari e orientamenti EBA

Alberto Guiotto

SOMMARIO: 13.1 Assetti organizzativi e sostenibilità – 13.2 Le Linee guida EBA e l'impatto delle tematiche ESG – 13.3 Il Regolamento SFDR e la tassonomia ESG – 13.4 Conclusioni

Tra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore con la Riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza vi era, esplicitamente, l'introduzione di strumenti che consentissero e agevolassero l'emersione precoce della crisi, nel presupposto che le probabilità di successo del risanamento di un'impresa in difficoltà siano direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, quando invece il ritardo nel percepire i segnali di una crisi può condurre, in gran parte dei casi, a un'insolvenza irreversibile.

Anche se il rilevamento delle situazioni di difficoltà avrebbe già dovuto rappresentare un obiettivo primario degli assetti organizzativi introdotti con la riforma del diritto societario del 2004, la prassi dei *turnaround* aziendali conosce una realtà diversa, in cui le prime contromisure degli amministratori intervengono, in larga parte dei casi, in uno stadio già avanzato di crisi economica e finanziaria.

Al fine di contrastare questa tendenza e perseguire l'emersione precoce della crisi, la prima formulazione del Codice della crisi e dell'insolvenza ha individuato due pilastri su cui fondare l'intera disciplina della prevenzione dell'insolvenza: l'obbligo di adeguati assetti organizzativi e l'introduzione di sistemi di allerta.

I sistemi di allerta sono stati, com'è noto, oggetto di un fiorentissimo dibattito dottrinale, poi superato dalla situazione pandemica da Covid-19 che ha consigliato al legislatore dapprima di ritardare l'entrata in vigore dei soli sistemi di allerta al 31 dicembre 2023 e poi di ridisegnare completamente la disciplina dell'*early warning* attraverso, da un lato, l'abrogazione sia degli strumenti di allerta come conosciuti fino a quel momento, sia dell'intero istituto della composizione assistita della crisi e degli OCRI e, dall'altro lato, l'introduzione (con il Dl 118/2021) dell'innovativo percorso di composizione negoziata della crisi ora disciplinato dagli articoli 12 e ss. del Codice della crisi, corredato dall'introduzione di alcuni segnali di allarme individuati dall'art. 3, comma 4 del Codice della crisi e dalla riviviscenza delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, disciplinata dal nuovissimo art. 25 *novies* del Codice della crisi.

Gli obblighi posti a carico dell'imprenditore dalla nuova formulazione dell'art. 2086 Cc, già in vigore da tempo, rappresentano invece il presupposto organizzativo che dovrebbe consentire agli amministratori e agli organi di controllo una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, per consentire una tempestiva adozione delle misure idonee a risolverla o a regolarla.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come si è accennato in precedenza, il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi è ben conosciuto e già disciplinato dall'attuale assetto normativo societario: non v'è dubbio, peraltro, che in passato la disciplina contenuta nell'art. 2381 Cc e nelle analoghe disposizioni per le altre forme societarie si siano rivelate, alla prova dei fatti, non sempre adeguate ad intercettare tempestivamente i primi indizi delle crisi aziendali.

L'articolo 375 del Codice della crisi ha integrato, dunque, la formulazione dell'art. 2086 Cc disponendo per l'imprenditore collettivo l'obbligo di istituire un assetto organizzativo non soltanto adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa ma anche funzionale alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Inoltre, una volta rilevato il pericolo, l'imprenditore dovrà attivarsi immediatamente per l'attivazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero del *going concern*.

L'art. 3, comma 3 del Codice della crisi, inoltre, declina operativamente l'adeguatezza degli assetti organizzativi in funzione della loro capacità di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, poiché dovranno consentire (a) di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico- finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, (b) di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e (c) di ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento attraverso l'istituto della composizione negoziata della crisi.

Gli assetti organizzativi dovranno, inoltre, essere in grado di rilevare i segnali di allarme qualificati e descritti dal comma 4 del medesimo articolo 3 del Codice della crisi.

Se, quindi, il diritto societario della crisi già prevede i principi di corretta amministrazione, il dovere di dotare la società di adeguati assetti organizzativi e il dovere di istituire un adeguato sistema di controllo interno, questi strumenti sono ora indirizzati anche a individuare e monitorare i rischi aziendali e a rilevare prontamente le prime avvisaglie della crisi, con l'espressa finalità di tutelare la continuità del *business*.

In assenza di adeguati assetti organizzativi, pertanto, ben difficilmente l'organo amministrativo e l'organo di controllo possono essere in grado di individuare con sufficiente rapidità il rischio di un peggioramento delle condizioni aziendali, lasciando spazio così a un incontrollato aggravamento destinato ad essere rilevato solo al raggiungimento di un livello di pericolo assai maggiore, quando i sintomi delle difficoltà economiche e finanziarie saranno non più ignorabili.

Gli adeguati assetti organizzativi aziendali rappresentano, dunque, le fondamenta su cui poggia l'intero sistema degli strumenti e della normativa finalizzati a creare un efficace meccanismo di *early warning*, attraverso un connotato più dinamico, incentrato soprattutto sulla condivisione più efficiente di flussi informativi. La loro istituzione e la loro implementazione vengono così promosse sia attraverso norme di natura precettiva, sia attraverso la responsabilizzazione dell'organo gestorio (unico legittimato a predisporli) e dell'organo di controllo. Per quest'ultimo l'art. 25 *octies* del Codice della crisi introduce l'obbligo di segnalare per iscritto all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per l'accesso alla composizione negoziata della crisi, valutando la tempestività di tale segnalazione ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del Codice civile.

Il collegio sindacale e il revisore contabile o la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, avranno in ogni caso l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente se l'assetto organizzativo sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico e finan-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, e che assuma prontamente le idonee iniziative ogni volta che ciò si renda necessario.

Si ripropone anche in questo contesto, quindi, la tradizionale bipartizione di competenze tra l'organo di controllo, che è legittimato a verificare il comportamento degli amministratori e a segnalare immediatamente all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi, e quest'ultimo, che è a sua volta preposto a istituire e valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e ad apportare le modifiche e i miglioramenti necessari.

13.1 Assetti organizzativi e sostenibilità

Un tema specifico che gli assetti organizzativi devono necessariamente tenere in considerazione riguarda i rischi e i comportamenti aziendali che possano avere un impatto rilevante sulla sostenibilità ambientale, sociale ed economica dell'impresa e sui suoi *stakeholders*, qui intesi come soggetti portatori di un interesse rilevante: tra questi, l'attenzione non va limitata ai soli soci (*shareholders*), ma va estesa anche ai dipendenti, ai fornitori, ai clienti e alla comunità di riferimento.

L'acronimo ESG (*Environmental*, *Social* and *Governance*) si riferisce alle tematiche ambientali, sociali e di governo dell'impresa che trovano origine, com'è noto, nei 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile (*Sustainable Develompment Goals*, o SDG) contenuti nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei Paesi membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Sulla spinta degli SDG e di una crescente sensibilità per le tematiche legate al *climate change* e alla gestione etica dell'economia, si è progressivamente diffusa tra il pubblico, e in particolare tra la popolazione più giovane, una maggiore attenzione per i temi legati alla sostenibilità ambientale, sociale ed economica, generando significativi cambiamenti nel comportamento d'acquisto di molti consumatori. Per questo motivo, in molti settori economici le scelte strategiche delle imprese tengono sempre più spesso conto di elementi quali l'impatto energetico della produzione del bene, la sua riutilizzabilità, la sua compatibilità con l'ecosistema naturale e animale, il trattamento riservato ai dipendenti dall'azienda e dall'intera filiera produttiva.

Le tematiche legate alla sostenibilità, all'economia circolare e soprattutto all'impatto ambientale del *business*, vengono quindi sempre più spesso utilizzate anche con finalità di marketing strategico, non sempre attraverso una comunicazione aderente alla realtà dei fatti.

Contro il diffuso fenomeno del *greenwashing*, ossia di una comunicazione che evidenzi in modo ingiustificato o esageri caratteristiche *green* del prodotto o servizio, o dell'azienda stessa, si stanno moltiplicando in questo periodo numerose pronunce giurisprudenziali italiane e comunitarie, con un grave rischio reputazionale per l'impresa che ne sia coinvolta.

Il tema dell'effettivo rispetto di criteri ESG, se utilizzati come leva strategica e comunicativa, deve pertanto essere necessariamente inserito tra gli obiettivi degli assetti organizzativi, progettando flussi informativi e sistemi di controllo *ad hoc* che intercettino informazioni e dati non sempre legati a informazioni economiche o contabili, e spesso di natura qualitativa.

La crescente attenzione per i comportamenti aziendali con rilevanza ESG non trova manifestazione solo nei comportamenti del pubblico e dei consumatori ma anche nella legislazione comunitaria.

In particolare, la Direttiva 2014/95/EU sulla rendicontazione non finanziaria, entrata in vi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

gore dal primo gennaio 2017, ha imposto ad alcune società la predisposizione di una serie di informazioni specifiche in tema ESG da riportare nella c.d.

Dichiarazione Non Finanziaria (DNF), che può rappresentare un documento separato o essere parte integrante della relazione sulla gestione accorpata al bilancio d'esercizio.

La Direttiva 2014/95/EU è stata recepita in Italia dal Dlgs 254/2016 e prevede che la DNF debba contenere almeno informazioni su:

- l'utilizzo di risorse energetiche (con distinzione tra le fonti rinnovabili e non rinnovabili) e di risorse idriche;
- le emissioni inquinanti in atmosfera;
- l'impatto, anche a medio termine, sull'ambiente e sulla sicurezza associato ai fattori di rischio aziendali;
- gli aspetti sociali e relativi alla gestione del personale con particolare riferimento alle azioni finalizzate alla parità di genere e le modalità di dialogo con le parti sociali;
- il rispetto dei diritti umani e le misure per prevenirne la violazione e per impedire atteggiamenti e azioni discriminatorie;
- la lotta contro la corruzione attiva e passiva, con indicazione degli strumenti adottati.

Si tratta, com'è evidente, soprattutto di elementi di natura extracontabile e qualitativa che non possono essere lasciati all'esclusiva competenza delle funzioni amministrative aziendali.

Sebbene l'obbligo di presentazione della Dichiarazione Non Finanziaria gravi, oggi, su un numero limitato di imprese rappresentate dagli enti di interesse pubblico (tendenzialmente, società quotate in mercati regolamentati) di grandi dimensioni, va segnalato come il 21 aprile 2021 la Commissione UE abbia pubblicato la proposta della nuova Direttiva CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) che prevede, tra l'altro, un notevole ampliamento del perimetro di applicazione della precedente Direttiva 2014/95/EU, estendendo l'obbligo di predisposizione della Dichiarazione Non Finanziaria a tutte le società (quotate e non) con più di 250 dipendenti, nonché alle PMI quotate (escluse le microimprese). Il numero dei soggetti interessati alla DNF, pertanto, è destinato ad ampliarsi notevolmente in tempi brevi, essendo prevedibile che la Direttiva CSRD trovi applicazione per le imprese di grandi dimensioni già dal 2024 (su dati relativi all'esercizio 2023) e per le PMI quotate dal 2026 (su dati relativi all'esercizio 2025).

Posto che il contenuto della DNF e l'adesione ai criteri ESG non riguarderà soltanto l'impresa dichiarante quanto, piuttosto, l'intera *supply chain,* è prevedibile che le imprese di maggiori dimensioni pretendano di ottenere dichiarazioni di conformità o, in determinati casi, il bilancio di sostenibilità da parte dei maggiori fornitori, indipendentemente dalla loro dimensione.

È evidente, pertanto, che nel prossimo futuro i temi rilevanti ai fini della Dichiarazione Non Finanziaria dovranno essere accuratamente considerati nel disegno e nell'implementazione degli assetti organizzativi, progettando flussi informativi e sistemi di controllo *ad hoc* che intercettino informazioni e dati, di natura spesso qualitativa, relativi alla conformità dell'attività e dell'organizzazione aziendali a temi pertinenti alla sostenibilità ambientale, sociale ed economica del *business*.

13.2 Le Linee guida EBA e l'impatto delle tematiche ESG

La crescente attenzione per i comportamenti aziendali con rilevanza ESG non trova manifestazione soltanto nei comportamenti del pubblico e dei consumatori ma anche nella regolamen-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tazione bancaria di emanazione comunitaria, destinata agli istituti di credito e agli intermediari finanziari ma con rilevanti effetti su tutte le imprese che intendano ricorrere al credito bancario.

Sebbene l'efficacia del rapporto di finanziamento tra banca e impresa coincida con la conclusione del contratto bancario e l'erogazione della finanza richiesta o l'apertura di credito, l'attività preparatoria e i processi interni della banca vengono attivati molto prima, attraverso l'istruttoria finalizzata valutare l'opportunità, o meno, di concedere il finanziamento richiesto.

Il processo del credito e l'attribuzione del merito creditizio all'impresa finanziata sono stati nell'ultimo periodo oggetto di notevoli e recenti evoluzioni regolamentari di matrice comunitaria: lo scorso 30 giugno 2021, infatti, sono divenute operative le indicazioni contenute nel Regolamento del 29 maggio 2020 dalla European Banking Authority (EBA), denominato "*Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*" e riguardante tutti gli istituti di credito comunitari.

Attraverso questo Regolamento, comunemente denominato anche "Linee guida EBA", l'Autorità bancaria ha ulteriormente rafforzato il processo di armonizzazione e adeguamento della normativa europea in materia di valutazione e gestione del merito creditizio delle imprese. Le Linee guida, infatti, hanno l'obiettivo di fornire indicazioni omogenee e comuni alle banche europee in merito alla concessione del credito e al successivo monitoraggio del rapporto, oltre a fornire indicazioni sui meccanismi e sui processi di governance delle banche stesse.

Va evidenziato, peraltro, che le innovazioni contenute nelle Linee guida EBA non rappresentano una netta e improvvisa discontinuità rispetto alle precedenti procedure bancarie: esse, infatti, sono stati oggetto di un lungo dibattito e di numerose osservazioni da parte delle associazioni bancarie prima della loro emanazione definitiva, e questo ha consentito alla massima parte degli istituti di credito di adeguare tempestivamente i loro processi e le loro modalità di valutazione per renderli conformi a quelli richiesti dall'Autorità europea. Nella maggior parte dei casi, quindi, l'entrata in vigore del Regolamento non ha comportato sostanziali modifiche nei processi di concessione del credito delle banche posto che questi già da tempo erano stati modificati e progressivamente implementati sulla base delle anticipazioni regolamentari fino a quel momento.

Con riferimento all'impatto delle Linee guida EBA sulla governance bancaria, in questa sede merita un cenno la necessità che l'istituto di credito approvi una strategia di rischio dalla quale emergano in modo chiaro quali siano i parametri e i limiti che caratterizzano la concessione di nuove linee di credito.

Sotto questo profilo, nella valutazione del merito creditizio i dati storici dell'azienda finanziata sono considerati meno rilevanti rispetto alla crescente importanza dei flussi di cassa prospettici e della capacità di rimborso da parte delle imprese, attraverso un approccio marcatamente *forward- looking*: la predisposizione di affidabili e solidi *business plan*, con relativa manovra finanziaria, è quindi imprescindibile e dovrà far parte della *best practice* gestionale per le imprese italiane di ogni dimensione.

Inoltre, l'attenzione al rischio da parte delle banche le ha portate a istituire propri sistemi di *early warning* che consentano di intercettare tempestivamente segnali di crisi dell'impresa. In attesa dei sistemi di allerta previsti dal Codice della crisi, appare necessario che banche e imprese adottino tra loro un atteggiamento estremamente collaborativo al fine di consentire una pronta reazione da parte del debitore alle prime avvisaglie della crisi, ed evitare che sia invece la banca ad adottare per prima una strategia conservativa di riduzione della propria esposizione, amplificando così le difficoltà finanziarie dell'impresa debitrice.

Infine, il monitoraggio costante da parte delle banche e la revisione periodica dei *rating* pre-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

suppone che l'impresa finanziata ponga costante attenzione alla propria *performance* complessiva, al fine di evitare un deterioramento del proprio merito creditizio e la collocazione in *stage* creditizi peggiorativi, che comportino un aumento dei tassi e delle commissioni pagate e una minore capacità di accesso a nuovo credito.

È proprio in quest'ambito che, come ulteriore aspetto qualitativo, le Linee guida EBA prevedono espressamente che sia valutata l'esposizione del cliente ai fattori ESG, e in particolare ai fattori ambientali e all'impatto sul cambiamento climatico, e l'adeguatezza delle strategie di mitigazione che l'impresa ha adottato o intende adottare, stimolando l'attività d'investimento in attività sostenibili anche attraverso l'offerta di prodotti finanziari dedicati (le c.d. *green facilities*).

In altri termini, le Linee guida EBA prevedono che le banche debbano incorporare i fattori ESG e i rischi ad essi associati nel loro *risk appetite framework* e nelle loro politiche di gestione del rischio di credito, adottando un approccio olistico.

Le banche devono, pertanto, valutare l'esposizione dell'impresa cliente ai fattori ESG, e in particolare ai fattori ambientali e all'impatto sul *climate change*, e l'adeguatezza delle loro strategie di mitigazione, il tutto in un'ottica di lungo periodo supportata da valutazioni qualitative sul suo modello di *business* e sul *business plan* presentato. I rischi dell'impresa finanziata riconducibili a fattori ESG verranno quindi valutati con particolare attenzione sia nella fase di concessone del credito, sia nella fase del successivo monitoraggio. La sostenibilità ambientale, sociale ed economica del *business* è quindi destinata ad essere sempre più rilevante nella concessione del credito da parte del sistema bancario: ciò rappresenta un ulteriore rischio, cui è associata una speculare opportunità strategica, che gli assetti organizzativi societari sono chiamati a monitorare con attenzione.

Ai sensi delle Linee guida EBA e dell'ulteriore regolamentazione comunitaria di cui si dirà tra breve, i modelli di valutazione tradizionale del merito creditizio si sono evoluti in modelli di analisi più strutturati, tenendo conto non soltanto delle performance economiche e finanziarie ma anche di risultati in ambito ambientale, sociale e di governo societario.

Banche e investitori finanziari valorizzano pertanto sempre di più le componenti ESG, assicurando maggiori finanziamenti (e a migliori condizioni) alle aziende sostenibili, che adottino strategie di sostenibilità coerenti con le Linee guida EBA e le altre norme comunitarie.

Ciò comporta la necessità che la governance e i sistemi informativi aziendali, che costituiscono la base dell'assetto organizzativo societario, tengano nella massima considerazione gli interessi di tutti gli *stakeholders*, a non solo degli azionisti, nella fissazione degli obiettivi strategici e nella rendicontazione delle attività svolte, attraverso una trasparente comunicazione destinata a tutti i soggetti interessati.

13.3 Il Regolamento SFDR e la tassonomia ESG

Le Linee guida EBA non rappresentano l'unico provvedimento regolatorio di matrice comunitaria che considera i criteri ESG quale elemento necessario nella valutazione degli investimenti finanziari.

Il Regolamento UE 2019/2088 SFDR (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*), entrato in vigore il 10 marzo 2021, riguarda l'informativa sulla sostenibilità dei servizi finanziari, prevedendo numerosi e rilevanti obblighi di *reporting* in tema di sostenibilità riguardanti i prodotti finanziari classificati ESG, a carico di banche, istituti e consulenti finanziari e, indirettamente, a carico dei soggetti finanziati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il provvedimento trova origine nell'interesse del pubblico, e nelle agevolazioni regolamentari, per gli investimenti in titoli e attività sostenibili sotto il profilo ambientale, sociale ed economico, in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile fissati a livello europeo e dall'ONU e obbligando gli investitori finanziari a ampliare e integrare le proprie valutazioni, al fine di evitare fenomeni di *greenwashing* che rappresentino una situazione solo apparentemente conforme a reali obiettivi ecologici ed etici.

Di conseguenza, le imprese finanziate o oggetto di investimenti finanziari sono a loro volta tenute a fornire informazioni corrette, veritiere e trasparenti agli istituti finanziari, al fine di non incorrere in responsabilità risarcitorie per il deprezzamento del valore dello strumento o dell'investimento finanziario o addirittura in responsabilità penali per false comunicazioni sociali o, per le imprese che ne siano soggette, per violazione delle norme del TUF per diffusione di notizie false, idonee a provocare una rilevante alterazione del valore degli strumenti finanziari.

I rischi ambientali, sociali e di governane contribuiscono pertanto, alla stregua dei rischi economico, finanziari, reputazionali, operativi e strategici, a condizionare in misura significativa il valore dell'azienda e le condizioni dei finanziamenti ottenuti.

Queste considerazioni si aggiungono a quelle già espresse con riferimento alle Linee guida EBA: sebbene la regolamentazione qui descritta abbia come principali destinatari le banche e gli istituti finanziari, l'impatto indiretto sulla struttura finanziaria e sulla reputazione dell'impresa debitrice rendono necessaria l'attivazione, l'implementazione e la costante manutenzione di un sistema informativo e organizzativo che consenta di presidiare in modo efficace e costante i rischi connessi.

Le norme e gli obiettivi contenuti nel Regolamento SFDR sono stati, peraltro, recentemente integrati e resi più incisivi dal Regolamento UE 2020/852 TR (*Taxonomy Regulation*) sulla tassonomia delle attività economiche eco-compatibili.

Il Regolamento, oltre a stabilire i criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile, stabilisce una serie di obblighi molto pervasivi a carico delle imprese finanziate o che siano oggetto di investimento e che siano soggette all'obbligo di predisposizione della Dichiarazione Non Finanziaria.

In base al Regolamento 2020/852, a partire dal 2022 e in misura progressivamente crescente, nella DNF dovranno essere contenute specifiche informazioni su come e in che misura le attività dell'impresa siano considerate ecosostenibili ai sensi della tassonomia.

In particolare, le imprese non finanziarie dovranno pubblicare informazioni:

(a) sulla quota di fatturato riferita a prodotti e servizi associati ad attività economiche allineate alla tassonomia; e
(b) sulla quota di spese in conto capitale (*Capex*) e di spese operative (*Opex*) relative ad attivi o processi associati ad attività economiche allineate alla tassonomia.

Si tratta, come si può comprendere, di un onere informativo molto significativo sul quale le banche e gli intermediari finanziari faranno affidamento per elaborare, a loro volta, le proprie informazioni e i propri KPI finalizzati a verificare e a comunicare l'effettiva ecosostenibilità dei loro investimenti e dei prodotti finanziari gestiti.

La DNF, pertanto, dovrà essere elaborata e contenere un ampio set di informazioni di natura extracontabile e qualitativa che potrà essere efficacemente predisposto solo in presenza di un'organizzazione societaria dotata di adeguati modelli gestionali e flussi informativi.

Sebbene, come si è spiegato in precedenza, l'obbligo di presentazione della Dichiarazione Non Finanziaria gravi oggi solo su un numero limitato di società quotate e di dimensioni signi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ficative, l'imminente entrata in vigore della Direttiva SFDR lascia prevedere che tale obbligo sarà presto esteso anche a tutte le società con più di 250 dipendenti e alle PMI quotate.

Per un numero significativo di società di capitali, pertanto, gli assetti organizzativi dovranno sin d'ora assumere una configurazione e un atteggiamento che consentano di fornire agli organi societari le informazioni necessarie a predisporre forme di comunicazione esterna completa e trasparente, che sia conforme alle richieste regolamentari e che possa offrire elementi di limitazione del rischio e, specularmente, di opportunità strategica.

13.4 Conclusioni

L'adeguatezza degli assetti organizzativi deve essere riferita anche alla capacità dei sistemi di controllo, di gestione e informativi di verificare la conformità dei comportamenti aziendali ai principi ESG.

La necessità da un lato di evitare rischi reputazionali e risarcitori legati al *greenwashing* e a comunicazioni incoerenti con gli obiettivi aziendali in termini di sostenibilità e, dall'altro lato, di agire in conformità delle Linee guida EBA e dalla normativa comunitaria in materia di regolamentazione e tassonomia ESG impone le necessità, per le imprese di ogni dimensione, di introdurre un sistema di reportistica e di analisi dei rischi ESG adeguato al contesto normativo europeo e alle esigenze di sostenibilità delle aziende, al fine di informare efficacemente gli *stakeholders* e di rispondere alle loro aspettative e comunicare in modo trasparente gli impatti dei temi ESG sul *business* aziendale e sul rischio di credito finanziario. La sostenibilità ambientale, sociale ed economica dell'impresa non rappresenta più, quindi, una scelta soggettiva dell'imprenditore legata a specifiche politiche di marketing ma deve rappresentare un fattore imprescindibile nella definizione degli obiettivi strategici e operativi dell'impresa.

La regolamentazione europea destinata alle banche e agli istituti di credito, nell'imporre alle imprese finanziate un onere informativo superiore al passato e qualitativamente più articolato, può rappresentare pertanto un elemento di svolta nel comportamento dell'impresa e uno stimolo molto opportuno per migliorare i suoi sistemi di gestione e di controllo, adeguandoli a finalità più evolute rispetto alla pur indispensabile rilevazione tempestiva dei segnali di crisi e all'immediata adozione delle misure idonee a superarla.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

Linee guida EBA e adeguati assetti societari

Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 14.1 Le nuove regole bancarie e la necessaria prospettiva forward looking – 14.2 Gli Orientamenti EBA – 14.3 La capacità attuale e prospettica di rimborso dell'indebitamento – 14.4 L'analisi della posizione finanziaria dell'impresa – 14.5 Analisi di sensibilità e stress test – 14.6 L'analisi del modello di business e della strategia aziendale – 14.7 La necessaria adozione di un adeguato assetto societario per un corretto dialogo e flusso informativo con gli istituti bancari

14.1 Le nuove regole bancarie e la necessaria prospettiva forward looking

La struttura finanziaria delle imprese italiane, e in particolare delle piccole-medie a conduzione familiare, è da sempre caratterizzata da una elevata dipendenza dal credito bancario. L'ingente indebitamento delle imprese nei confronti degli istituti di credito e il ruolo preponderante del debito rispetto al capitale di rischio, ha quale logica conseguenza la necessità di attivare un rapporto di fiducia e di costante scambio informativo con le banche. Ciò non solo nell'eventualità in cui si renda necessario l'adozione di strumenti, giudiziali o stragiudiziali, finalizzati alla riduzione e/o alla dilazione dell'indebitamento bancario, ma anche – e soprattutto – durante l'ordinaria conduzione dell'impresa. Tale rapporto di fiducia si attua attraverso un costante dialogo e scambio di informazioni attuali e prospettiche sull'andamento economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa, le quali rappresentano una variabile cruciale nella valutazione del merito creditizio e, di conseguenza, del mantenimento e/o concessione di linee di credito.

Questa esigenza di dialogo costante tra banca e impresa si è ulteriormente accentuata a seguito degli interventi normativi che si sono susseguiti in materia bancaria. Infatti, la costante evoluzione del quadro normativo, regolamentare e contabile, ha reso via via più complesso e articolato l'ambito entro il quale gli istituti di credito si trovano ad operare per gestire le obbligazioni creditizie.

Le indicazioni e i vincoli prodotti dagli interventi normativi (Basilea 2, IFRS 9, nuova definizione di *default*, Linee Guida EBA) hanno inciso significativamente sulla valutazione del merito di credito e sul monitoraggio dello stato di salute delle imprese, con rilevanti riflessi sulla capacità delle banche di erogare credito per soddisfare il fabbisogno finanziario delle imprese.

Come esaminato nelle pagine che seguono, l'instaurazione di un dialogo costante, fondato sulla condivisione di flussi informativi periodici riguardanti la situazione attuale e – soprattutto – prospettica dell'impresa, quali variabili cruciali ai fini della concessione e mantenimento di linee di credito o finanziamenti, è strettamente connessa con l'effettiva adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabili, ai sensi dell'art. 2086, secondo comma, Codice civile. Infatti, soltanto in presenza di un adeguato assetto societario, l'impresa è in grado di disporre di infor-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mazioni aggiornate circa la situazione economica, patrimoniale e finanziaria e, in particolare, sulla capacità prospettica della stessa di far fronte all'indebitamento bancario attraverso la generazione dei flussi di cassa derivanti dalla gestione caratteristica. In altre parole, l'adozione di un adeguato assetto societario, che consenta all'impresa di disporre di previsioni prospettiche formalizzate, semplifica e agevola notevolmente i rapporti – di fiducia – con gli istituti di credito: ciò permette infatti di fornire al ceto bancario le informazioni attuali e prospettiche che incidono sulla sostenibilità dell'indebitamento e, conseguentemente, sulle valutazioni del merito di credito sia in sede di concessione di nuovi prestiti sia nella fase di monitoraggio di quanto già erogato. Si tratta, quindi, di adottare una prospettiva *forward- looking*, fondata sull'adozione di procedure formalizzate di definizione delle previsioni, necessaria altresì nella ordinaria gestione dell'impresa, al fine di rilevare tempestivamente i segnali di crisi ed intervenire prontamente prima che si tramutino in insolvenza.

Il tema della necessità di ricorrere a dati prospettici, adottando una prospettiva *forward looking*, si rinviene nel principio contabile internazionale IFRS9 (*International Financial Reporting Standard* 9) recepito nella nuova versione dal Regolamento della Commissione Ue 2016/2067 del 22 novembre 2016, la cui adozione è divenuta obbligatoria per gli Stati membri dell'Unione a partire dal 1° gennaio 2018, e con il quale si è provveduto a sostituire il previgente principio contabile internazionale IAS 39 (*Financial Instruments: Recognition and Measurement*). Senza la pretesa e l'interesse di esaminare l'intero principio contabile, si vuole soltanto evidenziare come i cambiamenti normativi riguardanti il rapporto banca- impresa, anche di natura contabile, stiano progressivamente attribuendo un ruolo preponderante alle valutazioni prospettiche sulla capacità dell'impresa di generare flussi di cassa. Infatti, il nuovo approccio valutativo introdotto dall'IFRS9 – c.d. *expected loss* – prevede un modello caratterizzato da una visione prospettica, che può richiedere la rilevazione immediata di tutte le perdite previste nel corso della vita di un credito. Tali perdite devono essere stimate sulla base di informazioni che includano dati storici, attuali e prospettici. In tale contesto le perdite attese (intese come il valore attuale di tutti i futuri mancati incassi o pagamenti, rilevati mediante una stima pesata per le probabilità) possono dover essere contabilizzate subito indipendentemente dalla presenza o meno di un *trigger event*, e le stime devono essere continuamente adeguate anche in considerazione delle variazioni intervenute nel rischio di credito della controparte, sulla base non solo di fatti e dati consuntivi e presenti, ma anche e soprattutto di previsioni future, anche di tipo macroeconomico.

In estrema sintesi, in applicazione del cennato principio contabile, banche e intermediari sono chiamati ad applicare il principio della rappresentazione veritiera e corretta sia per la stima dei flussi di cassa futuri sia per la valutazione delle garanzie reali. Il valore recuperabile stimato deve corrispondere all'importo calcolato tramite i criteri seguenti:

a) il valore attuale dei flussi di cassa futuri stimati (escluse le perdite future non sostenute) attualizzato al tasso di interesse effettivo originale dell'attività finanziaria;
b) la stima del valore recuperabile di un'esposizione assistita da garanzia che riflette i flussi di cassa derivanti dalla liquidazione della garanzia stessa.

Tale approccio implica che le banche, per determinare i flussi di cassa futuri più realisticamente percepibili, sono tenute a svolgere un esame molto approfondito della situazione finanziaria del debitore, dei flussi di cassa disponibili, degli indicatori finanziari, dei piani aziendali e delle previsioni sottostanti. Ancora una volta, l'evoluzione normativa – in questo caso di natura contabile – evidenzia l'importanza dell'instaurazione di un rapporto tra banca e impresa fondato sulla condivisione costante e continua delle informazioni, essendo fondamentale la disponibilità di previsioni finanziarie per la valutazione delle esposizioni creditizie.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La capacità prospettica, fondata su previsioni realistiche ed attendibili, dell'impresa cliente di far fronte alle proprie obbligazioni costituisce un aspetto preponderante negli Orientamenti EBA in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti alle imprese. In questi, infatti, viene posta grande enfasi sulla stima realistica e sostenibile del reddito e del flusso di cassa futuro derivante dalla gestione caratteristica, mediante l'esame delle proiezioni finanziarie, accompagnate da opportune analisi di sensibilità, della struttura organizzativa, del modello di *business* e della strategia aziendale.

Il presente scritto inizia con l'esposizione dei principali elementi oggetto di valutazione secondo gli Orientamenti EBA in materia di concessione dei prestiti e monitoraggio delle esposizioni creditizie che hanno l'obiettivo di prevenire la generazione di *Non- Performing Loans* nel futuro, e si conclude con un'analisi degli stessi rispetto alla necessaria adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, ai sensi del riformato comma secondo dell'art. 2086 del Codice civile.

14.2 Gli Orientamenti EBA

Con decorrenza 30 giugno 2021 sono entrati in vigore gli Orientamenti EBA in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti. Le disposizioni contenute nel documento del giugno 2020, intitolato "*Final Report. Guidelines on Loan Origination and Monitoring*" della *European Banking Authority* si applicano alle prassi di gestione dei rischi, alle politiche, ai processi e alle procedure per la concessione dei prestiti e il monitoraggio delle esposizioni creditizie.

L'obiettivo perseguito dall'EBA è quello di "*promuovere un approccio proattivo al monitoraggio della qualità creditizia, individuando per tempo il credito in via di deterioramento e gestendo la qualità complessiva del credito e il relativo profilo di rischio del portafoglio, anche attraverso nuove attività di concessione del credito*" (§ 35).

In sintesi, le Linee guida forniscono indicazioni circa le informazioni, i dati e altri elementi probatori che gli istituti di credito dovrebbero considerare nell'effettuare le valutazioni di merito di credito in fase di concessione e/o rinnovo degli affidamenti, oltre che durante il monitoraggio dei prestiti erogati.

Il set documentale, richiesto con dettagli di profondità differenti a seconda che l'imprenditore rientri all'interno delle microimprese, piccole, medie e grandi imprese, è finalizzato a fornire un'accurata visione attuale e prospettica del cliente, che consenta di "*valutare la capacità del cliente di servire e rimborsare i propri impegni finanziari*" (§ 90).

Il presente elaborato si concentra unicamente sulle piccole e medie imprese, ossia quelle che, sulla base della Raccomandazione della Commissione Ue del 6 maggio 2003, occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

Le Linee guida EBA pongono grande importanza sulla stima realistica e sostenibile del reddito e del flusso di cassa futuro derivante dalla gestione caratteristica dell'impresa cliente, mediante l'esame delle proiezioni finanziarie, necessari per far fronte all'indebitamento contratto e accompagnata da opportune analisi di sensibilità volte ad indagare la capacità di rimborso della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

controparte in condizioni future peggiorative (c.d. *stress test*), della struttura organizzativa, del modello di *business* e della strategia aziendale.

14.3 La capacità attuale e prospettica di rimborso dell'indebitamento

Il primo aspetto sul quale si concentrano gli Orientamenti EBA è rappresentato dalla capacità attuale e prospettica dell'impresa di adempiere alle obbligazioni derivanti dal contratto di prestito stipulato con l'istituto bancario.

Tale valutazione deve essere svolta sia in fase di concessione e/o rinnovo degli affidamenti, sia durante il monitoraggio del prestito concesso.

Ai fini della valutazione della capacità attuale e prospettica dell'impresa nonché dell'analisi delle principali fonti di rimborso del prestito, deve essere posta particolare enfasi sul flusso di cassa generato dalle operazioni ordinarie, ossia dalla gestione caratteristica. Dunque, elemento decisionale ai fini della concessione e/o monitoraggio di prestiti bancari è rappresentato dal flusso di cassa che l'impresa è in grado di generare dal quotidiano svolgimento del suo *core business*. Tale flusso deve essere stimato in maniera realistica e sostenibile, ossia deve poggiare su ipotesi facilmente dimostrabili e documentabili.

Elemento, invece, ancillare nella fase di concessione dei prestiti bancari è rappresentato dalla presenza di una garanzia reale.

Infatti, precisano gli Orientamenti EBA, la garanzia reale non dovrebbe essere di per sé un criterio dominante per l'approvazione di un finanziamento e neppure per giustificare l'approvazione di un contratto di prestito. In altre parole, la garanzia non deve rappresentare la fonte primaria del rimborso del prestito, essendo quest'ultima rinvenibile dal flusso di cassa prodotto dalla gestione caratteristica, ma solo un elemento collaterale. La garanzia può costituire la seconda via d'uscita dell'istituto bancario in caso di *default* o di deterioramento significativo del profilo di rischio dell'impresa cliente.

Inoltre, l'EBA si concentra sui seguenti aspetti che dovrebbero essere oggetto di valutazione:

- la posizione finanziaria e il rischio di credito dell'impresa;
- la struttura organizzativa, il modello di *business* e la strategia aziendale;
- *credit scoring* o *rating* interno dell'impresa cliente;
- gli impegni finanziari dell'impresa, ivi comprese le linee di credito impegnate, indipendentemente che siano utilizzate o meno, le linee autoliquidanti, le esposizioni creditizie e la capacità di rimborso passata delle obbligazioni derivanti non solo dai rapporti con gli istituti di credito ma anche dalle imposte e contributi previdenziali.

Infine, ma non per ordine di importanza, viene posta attenzione sui fattori c.d. ESG (*Environmental, Social and Governance*), con particolare riferimento ai fattori ambientali e all'impatto sul cambiamento climatico e l'adeguatezza delle strategie di mitigazione.

14.4 L'analisi della posizione finanziaria dell'impresa

Un altro aspetto su cui si focalizzano ampiamente gli Orientamenti EBA è rappresentato dalla posizione finanziaria dell'impresa cliente. In particolare, gli stessi prestano particolare attenzione all'analisi attuale e prospettica della posizione finanziaria, compresi i bilanci, la struttu-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ra patrimoniale, il capitale circolante, i flussi reddituali, quelli di cassa e la relativa capacità di adempiere agli obblighi contrattuali, esaminando, come già anticipato, il flusso di cassa derivante dalla gestione caratteristica, quale primaria fonte di rimborso delle obbligazioni assunte. Altri elementi oggetto di valutazione sono il risultato netto di gestione, la redditività attuale e prospettica, la leva finanziaria, la distribuzione di dividendi e il profilo di esposizione fino alla scadenza.

Gli Orientamenti EBA raccomandano altresì l'impiego di *credit scoring* o *rating* interni volti ad indentificare la c.d. *probabilty of default*, ossia la probabilità di insolvenza del cliente, nonché l'utilizzo di opportune metriche e indicatori finanziari, avvalendosi anche di quelli esposti nell'Allegato 3 del documento oggetto di analisi (*v. riquadro 1*).

Nella verifica circa la ragionevolezza e la coerenza rispetto alle previsioni economiche e di mercato delle proiezioni finanziarie effettuate dall'impresa cliente, qualora l'istituto bancario nutra "*timori sostanziali riguardo all'affidabilità di tali proiezioni finanziarie, gli enti dovrebbero effettuare le proprie proiezioni sulla posizione finanziaria dei clienti e, se del caso, utilizzarle per mettere in discussione le proiezioni fornite da questi ultimi*".

In ultimo, ponendo ulteriormente enfasi sulla liquidità e quindi sulla capacità di adempimento delle obbligazioni, gli Orientamenti EBA si focalizzano sulla valutazione del ciclo di conversione di cassa dell'impresa, necessario per misurare il tempo occorrente per convertire l'investimento in scorte e altri apporti di risorse in disponibilità liquide attraverso la vendita di beni e servizi appartenenti al *core business*. Ciò è funzionale alla stima del fabbisogno di capitale circolante, quale variabile cruciale ai fini della valutazione della capacità di rimborso delle linee di credito autoliquidanti.

ALLEGATO 3 P.TO B – METRICHE PER LA CONCESSIONE E IL MONITORAGGIO DEL CREDITO

Nell'effettuazione delle analisi del merito di credito delle imprese, gli istituti bancari dovrebbero tenere in considerazione alcuni indicatori finanziari, tra cui:

- *Equity ratio* (capitale proprio/attività totali);
- *debt-to-equity ratio* (a lungo termine);
- EBITDA;
- *Debt yield* (risultato netto di gestione/importo del prestito);
- Debito gravato da interessi/EBITDA;
- *Enterprise value* (somma del valore di mercato delle azioni ordinarie, delle azioni privilegiate, dei debiti e degli interessi di minoranza, meno la liquidità e gli investimenti);
- *Capitalisation rate* (risultato netto di gestione/valore di mercato);
- Qualità dell'attivo;
- *Total debt service coverage ratio* (EBITDA/servizio del debito complessivo);
- *Cash debt coverage ratio* (flusso di cassa netto generato dall'attività operativa diviso la media delle passività correnti della società in scadenza entro un certo periodo di tempo);
- *Coverage ratio* (totale delle attività correnti diviso per il totale del debito a breve termine);
- Analisi dei flussi di cassa futuri;
- Rendimento delle attività totali;
- *Debt service*;
- *Loan to cost* (LTC);
- *Interest coverage ratio*;
- *Return on equity ratio* (utile al netto di interessi e imposte/media del capitale proprio);
- Redditività del capitale investito;
- Margine di profitto netto;
- Andamento del fatturato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.5 Analisi di sensibilità e stress test

Nelle pagine precedenti si è evidenziato come gli Orientamenti EBA pongano grande enfasi sull'analisi prospettica dei flussi di cassa, funzionale alla verifica della sostenibilità delle obbligazioni e, conseguentemente, alla valutazione del merito di credito dell'impresa cliente. Gli stessi Orientamenti EBA prevedono, inoltre, che tale valutazione di sostenibilità e di capacità di rimborso debba essere valutata non soltanto in coerenza rispetto alla situazione attuale dell'impresa e del mercato in cui opera, ma anche in condizioni "*potenzialmente avverse che potrebbero verificarsi nel corso della durata del contratto di prestito*".

In altre parole, si tratta di eseguire le c.d. analisi di sensibilità nella variante rappresentata dagli *stress test*. L'analisi di sensibilità (o *what if analysis*) presuppone la definizione di alcuni scenari, individuati configurando in diverse modalità le differenti variabili di *input* e associando ad esse un certo grado di probabilità. In particolare, si è in presenza di uno scenario base (c.d. *base case scenario*) quando le proiezioni sono costruite basandosi sulla valorizzazione delle componenti e sulle *assumptions* individuate in origine e quindi nell'ipotesi più verosimile. A partire da esso è possibile svolgere l'analisi di sensitività focalizzandosi su altri due scenari:

i) *best case scenario*, che può prevedere, ad esempio, un ciclo monetario particolarmente veloce, volumi o prezzi di vendita superiori a quelle previste nell'ipotesi base o una contrazione favorevole del prezzo della materia prima;

ii) *worst case scenario*, che può prevedere, a titolo esemplificativo, l'incremento del prezzo di acquisto delle materie prime, il rallentamento del ciclo monetario o volumi di vendita inferiori allo scenario base e in quello ottimistico.

Gli *stress test*, invece, rappresentano una particolare tipologia di analisi di sensitività basata su simulazioni che assumono andamenti particolarmente pessimistici. La finalità è quella di analizzare gli effetti derivanti da scenari peggiorativi sulle principali *assumptions* delle proiezioni per valutare se esso possa risultare percorribile sottostando ad ipotesi peggiori.

Lo *stress test* presenta un risultato positivo quando, nonostante cambiamenti estremamente negativi nelle ipotesi, la capacità di rimborso prospettica si dimostra in grado di reggere la variazione di determinate variabili critiche.

Gli Orientamenti EBA precisano che nello svolgimento delle analisi di sensibilità occorre tenere conto di tutti gli aspetti generali e specifici per classe di attività e prodotto, che potrebbero avere un'incidenza sul merito creditizio dell'impresa cliente. Tra questi, al § 158 viene individuato un elenco di eventi idiosincratici ed eventi di mercato, che dovrebbero essere attenzionati.

14.6 L'analisi del modello di business e della strategia aziendale

Ai fini della valutazione del merito di credito delle imprese, gli Orientamenti EBA prevedono la valutazione del modello di *business,* nonché la strategia aziendale adottata.

In particolare, le Linee guida si focalizzano sui seguenti elementi:

- conoscenze, esperienza e capacità dell'impresa di gestire le operazioni aziendali, le attività e gli investimenti per i quali viene richiesto il prestito bancario;
- fattibilità del piano aziendale e delle relative proiezioni finanziarie, in coerenza con le specificità del settore di riferimento;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› la dipendenza dell'impresa da contratti, clienti o fornitori chiave, l'eventuale concentrazione degli stessi, nonché l'influenza da questi esercitata sulla generazione di flussi di cassa.

14.7 La necessaria adozione di un adeguato assetto societario per un corretto dialogo e flusso informativo con gli istituti bancari

Nelle pagine precedenti si è cercato di dimostrare come le Linee Guida EBA richiedano alle banche l'elaborazione di dati prospettici finalizzati a una stima realistica della capacità del cliente di rimborsare i propri impegni finanziari.

Si tratta di un'attività che richiede ingenti sforzi e risorse agli istituti bancari, che può essere agevolata da un comportamento collaborativo e proattivo da parte dell'impresa cliente. In questo contesto, diviene quindi fondamentale instaurare un dialogo costante e uno scambio di informazioni adeguato con gli istituti bancari di riferimento, reso possibile soltanto in presenza di un adeguato assetto *ex* art. 2086, secondo comma, Codice civile, che consenta di disporre tempestivamente di informazioni previsionali affidabili. Queste ultime, infatti, costituiscono il set documentale preponderante per la definizione del merito di credito tanto nella fase di concessione di un presto quanto nella successiva fase di monitoraggio dell'esposizione creditizia.

Nelle pagine precedenti si sono richiamati indicatori e margini oggetto di analisi da parte degli istituti bancari ai fini della valutazione del merito di credito, che possono essere tempestivamente messi a disposizione dell'impresa cliente, sia nella prospettiva consuntiva sia previsionale, a condizione che abbia adottato un adeguato assetto societario: flusso di cassa della gestione caratteristica, capacità di rimborso dell'indebitamento, ciclo monetario, fabbisogno di capitale circolante, risultato netto di gestione, redditività attuale e prospettica, concentrazione di clienti e fornitori, leva finanziaria, piano aziendale, analisi di sensibilità e *stress test*.

La definizione di un adeguato scambio di informazione tra banca e impresa si rende altresì necessaria in quanto, qualora la banca ritenga che le proiezioni finanziarie effettuate dall'impresa non siano realistiche e ragionevoli, deve effettuare le proprie proiezioni sulla posizione finanziaria e sulla capacità di rimborso.

Per facilitare ed agevolare il rapporto tra l'impresa cliente e l'istituto di credito diviene, pertanto, fondamentale fornire un'adeguata informativa alla banca, garantendo flussi informativi periodici sull'andamento attuale e prospettico nonché sulle performance aziendali, evidenziandone gli aspetti positivi, le eventuali criticità e le manovre correttive pianificate per rimuoverle.

Ciò si evince altresì dalle disposizioni generali per il *framework* di monitoraggio del rischio di credito, in cui si legge che gli istituti bancari "*dovrebbero disporre di un framework di monitoraggio solido ed efficace, supportato da un'adeguata infrastruttura di dati, per assicurare che le informazioni relative alle loro esposizioni al rischio di credito, ai clienti e alle garanzie reali siano pertinenti e aggiornate, e che la segnalazione esterna sia affidabile, completa, aggiornata e tempestiva*". Tale *framework*, precisano le Linee guida, deve essere "*ben definito e documentato*".

In aggiunta, nell'ambito del monitoraggio delle esposizioni creditizie concesse alle imprese, gli istituti di credito dovrebbero monitorare e valutare "*in modo continuativo*" (§ 253) la qualità delle esposizioni creditizie, nonché la situazione finanziaria del cliente al fine di assicurare che le successive variazioni del rischio di credito possano essere identificate e quantificate.

Nell'ambito della revisione del merito creditizio, gli istituti bancari dovrebbero, inoltre, effettuare delle "*revisioni regolari*" (§ 257) al fine di individuare eventuali cambiamenti nel loro pro-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

filo di rischio, nella loro posizione finanziaria o nel loro merito di credito rispetto ai criteri e alle valutazioni effettuate al momento della concessione del prestito. A tale fine, gli istituti bancari dovrebbero aggiornare "*periodicamente*" (§ 259) le informazioni finanziarie sull'impresa cliente e valutare eventuali nuove informazioni.

INDICATORI DI PREALLERTA DEL DETERIORAMENTO DELLA QUALITÀ CREDITIZIA (§ 274)

- eventi macroeconomici avversi (tra cui, ad esempio, lo sviluppo economico, cambiamenti legislativi e minacce tecnologiche per un settore) che incidono sulla redditività futura di un settore, di un segmento geografico, di un gruppo di clienti o di un singolo cliente;
- variazioni sfavorevoli note della posizione finanziaria dei mutuatari, come un aumento significativo del livello di indebitamento o dei rapporti di servizio del debito;
- un calo significativo del fatturato o, in generale, del flusso di cassa ricorrente (inclusa la perdita di un importante contratto/cliente/affittuario);
- una significativa riduzione dei margini operativi o dell'utile di esercizio;
- uno scostamento significativo degli utili effettivi rispetto a quanto previsto o un ritardo rilevante nel piano aziendale di un progetto o di un investimento;
- variazioni del rischio di credito di un'operazione che comporterebbero termini e condizioni notevolmente diversi se l'operazione fosse nuovamente conclusa o eseguita alla data di riferimento del bilancio (come ad esempio la richiesta di garanzie reali o garanzie personali di importo più cospicuo, o una maggiore copertura dei proventi ricorrenti del cliente);
- una significativa diminuzione effettiva o attesa del rating del credito esterno dell'operazione principale o di altri indicatori di mercato esterni del rischio di credito per una particolare operazione o per un'operazione simile con la stessa vita attesa;
- cambiamenti nelle condizioni di accesso ai mercati, un peggioramento delle condizioni di finanziamento o riduzioni del sostegno finanziario fornito da terzi al cliente;
- un rallentamento dell'attività o tendenze sfavorevoli nelle operazioni del cliente che potrebbero causare un cambiamento significativo nella capacità del cliente di adempiere le proprie obbligazioni debitorie;
- un aumento sostanziale della volatilità economica o di mercato che potrebbe avere un impatto negativo sul cliente;
- per le operazioni assistite da garanzie reali, un peggioramento significativo del rapporto tra il loro importo e il valore della garanzia reale a causa di un andamento sfavorevole del valore di quest'ultima;
- un aumento significativo del rischio di credito su altre operazioni dello stesso cliente o cambiamenti sostanziali del comportamento di pagamento atteso del cliente, ove noti;
- un aumento significativo del rischio di credito dovuto a un aggravarsi delle difficoltà del gruppo al quale il cliente appartiene oppure a importanti sviluppi sfavorevoli nell'andamento del settore di attività economica del cliente;
- azioni legali note che potrebbero influire sensibilmente sulla posizione finanziaria del cliente;
- la consegna tardiva di un certificato di adesione, una richiesta di deroga o una violazione delle clausole restrittive, almeno per quanto riguarda le clausole finanziarie, se del caso;
- un declassamento interno effettivo o atteso del rating del credito/classificazione del rischio di credito per l'operazione o il cliente o una diminuzione del punteggio comportamentale utilizzato per la valutazione interna del rischio di credito;
- problemi sollevati nelle relazioni dei revisori esterni dell'ente o del cliente;
- un arretrato di 30 giorni su una o più linee di credito relative al cliente.

In relazione agli indicatori di preallerta, oltre a monitorare quelli di natura finanziari esposti nelle pagine precedenti, gli istituti bancari dovrebbero tenere conto delle informazioni di natura qualitativa, che potrebbero esercitare un'influenza significativa sulla capacità di rimborso del prestito e che quindi potrebbero essere sintomatici di un deterioramento della qualità creditizia (*si veda il riquadro 2 riportato a pagina precedente*).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In conclusione, è di tutta evidenza come le attività di valutazione del merito di credito che gli istituti bancari devono eseguire sia in fase di concessione di un prestito sia nella successiva fase di monitoraggio dello stesso, basandosi prevalentemente su dati finanziari prospettici, possono essere agevolate dall'instaurazione di un dialogo costante tra l'istituto stesso e l'impresa cliente, fondato sulla condivisione di informazioni periodiche aggiornate e tempestive, oltre che realistiche ed attendibili. Infatti, la valutazione richiesta, in modo continuo, regolare e periodico, agli istituti bancari può certamente essere rafforzata dalla condivisione tempestiva delle informazioni sullo stato di salute dell'impresa. La capacità dell'impresa di instaurare tale dialogo – e il conseguente rapporto di fiducia – con gli istituti bancari dipende prevalentemente dall'adozione di un adeguato assetto societario, come previsto dall'art. 2086, secondo comma, del Codice civile e, in particolare, dalla capacità dell'impresa di disporre di previsioni prospettiche formalizzate.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

Gli adeguati assetti nelle MPMI

Marco Biolchini

SOMMARIO: 15.1 La governance societaria dopo il Dlgs 14/2019 – 15.2 Gli assetti societari nelle MPMI –15.3 Gli assetti delle MPMI e la composizione negoziata –15.4 Conclusioni

15.1 La governance societaria dopo il Dlgs 14/2019

Con le modifiche all'art. 2086 del Codice civile, ora rubricato "*Gestione dell'impresa*", introdotte dal Dlgs 14/2019 sono stati esplicitati i doveri dell'imprenditore in ordine alla prevenzione della crisi e alla sua tempestiva emersione.

Tali obblighi erano già vigenti nel nostro ordinamento – quanto meno per alcuni tipi societari – in quanto insiti nelle previsioni degli artt. 2381 (rubricato "*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*") e 2403 Cc (rubricato "*Doveri del collegio sindacale*"), in tema di obblighi dell'organo amministrativo delle società per azioni e di verifiche dell'organo di controllo, nonché nel generico obbligo di amministrare l'impresa con diligenza di cui all'art. 2392 del Codice civile.

Il tenore del "nuovo" art. 2086 Cc ha tuttavia dissipato ogni dubbio circa l'esistenza di un **preciso dovere**, in capo a tutti i gestori di imprese societarie e collettive, di dotare l'ente amministrato di strutture e presidi idonei a rendicontare lo svolgimento dell'attività e la sua probabile evoluzione, anche con riguardo alla rilevazione di sintomi di crisi o insolvenza.

Con l'introduzione del secondo comma, infatti, gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva hanno l'obbligo 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*".

La previsione di cui sopra, come già anticipato, è obbligatoria per tutti gli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva, indipendentemente dalla loro dimensione, dal volume d'affari e dalla natura dell'impresa. I nuovi obblighi devono quindi applicarsi anche alle c.d. **micro, piccole e medie imprese** ("**MPMI**"). L'unica esenzione è identificabile in capo agli imprenditori individuali, che restano esclusi dal tenore letterale della norma.

In primo luogo risulta opportuno definire cosa si debba intendere per "**adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile**". Secondo il CNDCEC (si veda il documento le "*Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*", versione aggiornata al 12/01/2021), si tratta di quanto segue:

› **assetto organizzativo**: sistema di funzionigramma e di organigramma, con particolare ri-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ferimento al complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, nonché il complesso procedurale di controllo;

› **assetto amministrativo- contabile**: insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile (corretta rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione, produzione di informazioni valide, produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio di esercizio).

Il novellato art. 2086 Cc specifica che, in ogni caso, il grado di complessità degli adeguati assetti dovrà essere **parametrato alla natura** e **alle dimensioni dell'impresa**. Sempre secondo il CNDCEC (si veda il documento "*Crisi d'Impresa. Gli Indici dell'Allerta*" del 20/10/2019) "*la capacità di ciascuna impresa di implementare un adeguato assetto organizzativo che consenta un frequente calcolo degli indicatori di crisi dipende dalla dimensione, dalla complessità e dalla qualità dell'organizzazione aziendale, degli strumenti disponibili e, in ultimo, delle risorse umane impiegate*".

In generale, a una maggiore dimensione dell'impresa corrisponde una struttura più articolata e una più accurata formalizzazione delle procedure e delle responsabilità. Viceversa, nelle MPMI si rinvengono solitamente una contrazione dei passaggi decisionali e una **semplificazione** dei processi esecutivi.

Il legislatore del CCI ha voluto chiaramente indicare che gli obblighi in tema di adeguati assetti devono essere estesi a tutti i tipi societari e ai loro **organi gestori**. Infatti, l'art. 377 CCI, così come integrato dalle previsioni del Dlgs 147/2020, propone sistematicamente il richiamo all'art. 2086 Cc nelle principali norme che disciplinano il funzionamento degli organi amministrativi delle società di persone (art. 2257 Cc) e di capitali (artt. 2380 *bis*, 2409 *novies*, 2475 Cc). Per pressoché tutti i tipi societari viene stabilito che **la gestione debba svolgersi nel rispetto delle previsioni dell'art. 2086 Cc** e che l'istituzione degli adeguati assetti **competa all'organo gestorio**.

In particolare, per quanto riguarda le MPMI, i novellati artt. 2257 e 2475 Cc, applicabili rispettivamente alle società di persone e alle società a responsabilità limitata, prevedono che "*L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta* ***esclusivamente*** *agli amministratori*".

Il CCI ha inoltre stabilito che l'art. 2381 Cc. (in vigore per le società per azioni) debba applicarsi, in quanto compatibile, anche alle **società a responsabilità limitata**. Tale norma dispone che il consiglio di amministrazione sia tenuto a una periodica analisi del funzionamento degli assetti dell'impresa, attraverso una sistematica valutazione della "***adeguatezza*** *dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*", oltre che all'esame de "*i* ***piani strategici, industriali e finanziari***" e alla valutazione del "*generale* ***andamento della gestione***".

Anche sugli amministratori delegati incombono specifici obblighi di gestione e di rendicontazione al consiglio di amministrazione e all'organo di controllo. Infatti il quinto comma dell'art. 2381 Cc dispone che gli organi delegati sono tenuti a verificare periodicamente "*che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia* ***adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa***" e a riferire "*al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso* ***almeno ogni sei mesi****, sul* ***generale andamento della gestione*** *e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle* ***operazioni di maggior rilievo****, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate*".

Pertanto, nel contesto normativo attuale, gli amministratori delle società a responsabilità limitata, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa, sono espressamente tenuti a **valutare e analizzare periodicamente** l'andamento della gestione aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'intento dichiarato del legislatore, come emerge dalla Relazione illustrativa del 10/01/2019, è quello di **favorire l'emersione anticipata della crisi**: gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, di cui l'impresa societaria si deve dotare in forza dell'obbligo di legge, erano del resto espressamente citati nell'originaria formulazione del CCI come strumenti di allerta per la tempestiva emersione di indizi di crisi e per l'adozione di misure idonee alla composizione (previgente art. 12 CCI).

Alla data di redazione del presente articolo, risulta approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della Direttiva (Ue) 2019/1023 (d'ora in avanti "Dlgs.2022"). Ancorché tale novella sia ancora in corso di studio e approfondimento da parte degli addetti ai lavori, si ritiene necessario tenerne debita considerazione nella prosecuzione della trattazione, in quanto foriera di ulteriori disposizioni e considerazioni per quanto riguarda l'istituzione degli adeguati assetti societari.

Per quanto rilevante per gli argomenti trattati in questa sede, è necessario rappresentare che il Dlgs.2022 abroga di fatto le procedure di allerta e gli indicatori della crisi previsti originariamente dagli artt. 12 e seguenti CCI (e in realtà mai entrati in vigore), introducendo in sostituzione una normativa in gran parte coincidente quella sulla composizione negoziata della crisi di cui Dl 118/2021 (che sarà contestualmente abrogato in larga parte).

Sul fronte terminologico, i segnali sintomatici dello stato di crisi o insolvenza saranno definiti come "segnali per la previsione tempestiva della crisi" (art. 2 Dlgs.2022) e non più come "indicatori della crisi". La citata – ulteriore – novella in materia di crisi d'impresa non appare destinata, in ogni modo, a modificare il complessivo impianto normativo, in quanto si prefigge, così come l'originario CCI, di dettagliare procedure e parametri idonei a identificare preventivamente la probabile evoluzione negativa della gestione imprenditoriale.

Il primo comma dell'art. 3 CCI, rimasto immutato anche nelle previsioni del Dlgs.2022, prevede infatti che l'imprenditore "***individuale*** *deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*" mentre il secondo comma dispone che che l'imprenditore "***collettivo*** *deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*".

Le principali novità apportate dal Dlgs.2022 alla tematica degli adeguati assetti societari consisteranno invece nelle dettagliate previsioni del nuovo comma 3, il quale sarà formulato come segue: "*3. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico- finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di allarme di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, comma 2.*".

Secondo la nuova norma, quindi, tutti gli imprenditori – individuali e collettivi, stante il richiamo ad entrambi i precedenti commi – saranno obbligati ad approntare presidi e strumenti idonei a:

› restituire una corretta ed esaustiva informativa patrimoniale, economica e finanziaria, da porsi a base delle valutazioni circa l'approssimarsi dello stato di crisi;› identificare se nei dodici mesi successivi l'impresa potrebbe trovarsi in situazione di squilibrio tale da perdere la continuità aziendale ovvero non essere in grado di far fronte ai debiti contratti;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› fornire i dati e le informazioni necessarie per l'eventuale avvio della procedura di composizione negoziata della crisi oggi prevista nel Dl 118/2021.

La novella di cui al Dlgs.2022 prevede anche l'inserimento di un quarto comma all'art. 3 CCI, destinato a descrivere i "segnali previsione tempestiva della crisi". Gli indicatori in parola tendono a legare lo stato di crisi d'impresa con la ricorrenza di determinate soglie di indebitamento scaduto riguardo alle passività verso i lavoratori dipendenti, i fornitori, gli intermediari finanziari e i creditori qualificati (Erario, enti previdenziali/assistenziali). Si presume che l'elenco dei segnali di allarme potrà essere revisionato in futuro, in quanto l'attuale elencazione comprende parametri tendenzialmente sintomatici di una crisi già conclamata e non predittivi della probabile evoluzione negativa dell'attività.

Alla luce delle novità introdotte dal CCI e di quelle apportate dal Dlgs.2022, è di tutta evidenza come la mancata adozione degli adeguati assetti e il mancato rispetto delle previsioni in ordine all'agire informato possano costituire, in caso di successiva crisi o insolvenza, circostanza foriera di **responsabilità per gli organi societari**. Del resto il CCI, con l'art. 378, è intervenuto anche per disciplinare i criteri di quantificazione del danno risarcibile dagli amministratori in caso di mancata rilevazione di una causa di scioglimento, la cui sussistenza dovrebbe invece emergere in caso di sistema informativo adeguato. Il danno risarcibile dagli amministratori, nell'eventualità in parola, è quantificabile con la differenza tra il patrimonio netto alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento e quello esistente alla data di apertura della procedura concorsuale; ovvero, in assenza di scritture contabili idonee a ricostruire i netti patrimoniali, in misura "*pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*" (art. 2486 Cc).

Ma il Dlgs 14/2019 non ha inciso solo sulla disciplina degli organi amministrativi. L'art. 379 CCI introduce, infatti, una significativa novità per quanto attiene all'organo di controllo, la cui istituzione viene prevista anche in imprese di dimensione più contenuta. L'organo di controllo, del resto, è indicato, nell'architettura del codice, come uno dei soggetti deputati alla rilevazione degli indicatori di crisi e all'avvio delle procedure connesse.

L'originaria formulazione dell'art. 379 CCI avrebbe introdotto l'obbligo di dotarsi di organo di controllo o di revisore per tutte le società a responsabilità limitata che superassero parametri dimensionali particolarmente contenuti (attivo di stato patrimoniale: euro 2 milioni; ricavi delle vendite e delle prestazioni: euro 2 milioni; numero medio dipendenti annuo: 10 unità). La suddetta previsione normativa ne avrebbe imposto l'adozione per un numero molto elevato di realtà imprenditoriali di contenute dimensioni (circa 160 mila, secondo le stime del CNDCEC), entro 9 mesi dall'entrata in vigore dell'articolo 379 CCI.

Il successivo intervento normativo di cui all'art. 2 *bis*, co. 2, Dl 32/2019 (c.d. "Sblocca cantieri"), convertito in legge 55/2019, ha innalzato i citati limiti dimensionali, con la conseguenza che attualmente la **nomina dell'organo di controllo o del revisore nelle società a responsabilità limitata** si rende necessaria – oltre che nei casi di redazione del bilancio consolidato e di controllo su una società obbligata – quando per due esercizi consecutivi sono superati almeno due dei seguenti parametri:

› totale dell'attivo di stato patrimoniale: euro 4 milioni;
› ricavi delle vendite e delle prestazioni: euro 4 milioni;
› dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

Si rappresenta che l'intervento del Dl 118/2021 ha ulteriormente prorogato il termine entro il quale le società dovranno adeguarsi alla novella, e quindi nominare l'organo di controllo o il revisore, fissando il nuovo termine all'approvazione del bilancio dell'esercizio 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come noto, anche l'organo di controllo è sensibilmente inciso dall'adozione degli adeguati assetti: l'art. 2403 Cc, applicabile anche alle società di più contenute dimensioni, come le società a responsabilità limitata, dispone infatti che "*Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare* ***sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*** *adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*".

Come rappresentano le già citate "Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate", la valutazione di adeguatezza cui sono chiamati i sindaci è un "*giudizio professionale emesso sulla base di un'analisi delle caratteristiche del sistema come desumibili dai flussi informativi acquisiti*".

Si ricorda che, contrariamente a quanto previsto per la parte preponderante del CCI, la cui entrata in vigore è stata più volte rimandata anche a causa delle ripercussioni economiche generate dalla pandemia, le modifiche apportate dagli artt. 375, 377, 378 e 379 CCI al Codice civile **sono entrate in vigore nel marzo 2019** e risultano, allo stato attuale, pienamente operative.

La giurisprudenza di merito ha immediatamente recepito l'intervento normativo. Si riporta l'esempio del Tribunale di Milano, che con pronuncia del 18/10/2019 ha accolto la denuncia del collegio sindacale in ordine a gravi irregolarità gestorie e proceduto a revoca dell'amministratore unico di due società per azioni, ravvisando come l'incapacità del *management* di produrre una situazione contabile aggiornata e veritiera fosse da intendere quale sintomo della mancata istituzione di assetti gestionali adeguati e, quindi, della negligenza dell'organo amministrativo.

Stabilisce infatti il Tribunale meneghino che "*Tale condotta dell'attuale amministratore, risolvendosi nella negazione dell'obbligo di verificare puntualmente la sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente nonché dell'obbligo di attivare al più presto i necessari rimedi, risulta quindi ad avviso del Tribunale configurabile quale grave irregolarità, palesemente foriera di pregiudizio – oltre che per gli interessi dei creditori – per entrambi gli enti,* ***le cui prospettive di ordinata "uscita dalla crisi" ne risultano compromesse in modo rilevante****. Per quanto fin qui detto reputa dunque il Tribunale, conclusivamente, la ricorrenza dei presupposti ex art. 2409 Cc per l'adozione – senza necessità di procedere ad ispezione – del provvedimento di revoca dell'organo amministrativo delle due SPA e di nomina di amministratore giudiziario per entrambi gli enti*".

15.2 Gli assetti societari nelle MPMI

Premesso quanto sopra in ordine al mutato quadro normativo, destinato a essere ulteriormente inciso dalle previsioni del Dlgs.2022, e agli orientamenti giurisprudenziali in tema di adempimenti degli amministratori, è innegabile che la portata della novella di cui all'art. 2086 Cc possa aver sollevato problematiche operative soprattutto nelle imprese dimensionalmente più contenute, le quali peraltro rappresentano la quota preponderante del panorama imprenditoriale nazionale.

Giova rammentare che, secondo la normativa comunitaria di riferimento (Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* L. 124 del 20/05/2003, pagg. 36 e segg., recentemente richiamata anche nella *Guida dell'utente alla definizione di PMI*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2020), le **micro, piccole e medie imprese** possono essere classificate come segue:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- **micro imprese**, quelle imprese che presentano: un numero medio dei dipendenti inferiore 10 unità, unitamente a un fatturato annuo (ovvero un "totale di bilancio annuo", da intendersi come valore dei principali attivi di bilancio e, quindi, sostanzialmente coincidente con l'attivo di stato patrimoniale) non superiore a euro 2 milioni;
- **piccole imprese**, quelle imprese che presentano: un numero medio dei dipendenti inferiore 50 unità, unitamente a un fatturato annuo (ovvero un totale di bilancio annuo) non superiore a euro 10 milioni;
- **medie imprese**, quelle imprese che presentano: un numero medio dei dipendenti inferiore 250 unità, unitamente a un fatturato annuo non superiore a euro 50 milioni ovvero un totale di bilancio annuo non superiore a euro 43 milioni, con la precisazione che i limiti dimensionali di cui sopra devono essere valutati, in ogni caso, con riguardo alla possibile appartenenza dell'impresa a gruppi societari più estesi, secondo i valori di compartecipazione stabiliti nella normativa comunitaria (in particolare, si ravvede la qualifica di **imprese "associate"** laddove l'una possegga almeno il 25% del capitale sociale dell'altra).

Con riferimento al contesto nazionale, si registra la presenza di numerose micro e piccole imprese, anche costituite in forma di società di capitali (e quindi principalmente come **società a responsabilità limitata**), che si caratterizzano per:

- una **ristretta base societaria**, non di rado riconducibile al medesimo nucleo famigliare;
- la sostanziale coincidenza tra compagine sociale e organo amministrativo, con accentramento dei poteri decisionali in capo all'imprenditore o amministratore unico;
- il ricorso a professionisti esterni per la tenuta della contabilità e per gli adempimenti fiscali, non disponendo di personale e risorse interne idonei ad espletare integralmente i processi gestionali descritti;
- l'assenza di **sistemi di reportistica e controllo interno**, ovvero – quando presenti – aventi carattere di informalità e sinteticità, anche in ragione dell'accentramento di tutte le funzioni in capo a un numero limitato di soggetti;
- l'**adesione a regimi semplificati di rendicontazione civilistica**, tra i quali si segnalano in particolare:
  1. la redazione del **bilancio in forma abbreviata** *ex* art. 2435 *bis* Cc, il quale permette l'adozione di schemi di stato patrimoniale e conto economico semplificati e consente l'esonero dalla redazione del rendiconto finanziario e (con il rispetto delle condizioni di cui all'art. 2428 Cc in ordine alla rendicontazione delle movimentazioni delle azioni proprie e delle azioni di società controllanti) dalla redazione della relazione sulla gestione;
  2. la redazione del **bilancio per le c.d. "micro-imprese"** *ex* art. 2435 *ter* Cc, il quale permette l'adozione di schemi di stato patrimoniale e conto economico semplificati e consente (con il rispetto delle condizioni di cui all'art. 2427 Cc per quanto riguarda impegni e garanzie non risultanti dallo stato patrimoniale e compensi di amministratori e sindaci, nonché dell'art. 2428 Cc in ordine alla rendicontazione delle movimentazioni delle azioni proprie e delle azioni di società controllanti) l'esonero dalla redazione della nota integrativa, del rendiconto finanziario e della relazione sulla gestione;
- l'**adesione a regimi fiscali agevolativi**, tra i quali si segnalano in particolare:
  1. la contabilità semplificata *ex* art. 18 Dpr 600/1973, adottabile dalle imprese individuali e dalle società di persone, la quale comporta – in conseguenza di una serie di esenzioni dalla tenuta delle scritture obbligatorie – la facoltà di non predisporre la contabilità dello stato patrimoniale;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2. la facoltà di non adottare le scritture ausiliare di magazzino di cui all'art. 14 Dpr 600/1973 e art. 1 Dpr 695/1996 (c.d. "magazzino fiscale"), le quali comporterebbero l'obbligo di monitorare in forma sistematica le variazioni tra le consistenze del magazzino anche in corso di esercizio;

› la **frequente assenza** dell'organo di controllo o del revisore, in virtù del mancato superamento delle soglie dimensionali che ne impongono l'adozione;
› la frequente assenza del modello organizzativo *ex* Dlgs 231/2001 e dell'Organismo di vigilanza.

Alla luce di quanto sopra in ordine alle caratteristiche delle MPMI, il problema operativo che affligge imprenditori e professionisti spesso consiste nel decidere come conciliare gli obblighi civilistici di istituzione degli adeguati assetti con le limitazioni – di struttura, di personale ed economiche – delle imprese di limitata dimensione.

Ribadendo come la norma consenta di adattare la complessità degli assetti alla natura e alla dimensione dell'impresa (purché ovviamente vi sia coerenza tra le impostazioni assunte e l'effettiva conformazione dell'ente), si riportano di seguito alcuni accorgimenti di cui le imprese interessate dalla novella del CCI, anche qualificabili come MPMI, dovrebbero valutare l'adozione al fine di non incorrere in violazioni della norma civilistica:

› predisposizione di un **manuale interno**, approvato dagli amministratori o dall'imprenditore, in cui siano descritti l'oggetto sociale, l'attività svolta dall'impresa e il settore di riferimento;
› predisposizione di un **organigramma** e un **mansionario** aziendale, da cui risultino chiaramente le funzioni e le responsabilità di tutti i soggetti che operano nell'impresa;
› formalizzazione per iscritto delle decisioni e delle delibere dell'organo amministrativo;
› redazione di **situazioni economiche, patrimoniali e finanziarie infrannuali** (in genere almeno ogni 3/6 mesi, tenuto conto anche delle esigenze di monitoraggio della continuità aziendale), anche ricorrendo a stime e semplificazioni contabili laddove vi siano voci di non particolare rilievo o costanti nel tempo (ad esempio: conteggio forfettario degli ammortamenti, valorizzazione non puntuale del magazzino);
› monitoraggio periodico degli **indici di bilancio**, dei **modelli di *scoring*** e degli **indicatori della crisi** (ovvero dei futuri segnali di allarme), da verificarsi sulla base delle situazioni contabili periodiche di cui al punto precedente;
› predisposizione e aggiornamento del ***budget* di cassa**, da intendersi come prospetto riepilogativo delle entrate e delle uscite monetarie previste in un determinato periodo di tempo, sulla base degli incassi e dei pagamenti attesi, al fine di identificare preventivamente i momenti di possibile tensione finanziaria e prendere gli opportuni provvedimenti;
› esecuzione del c.d. "**test pratico**" previsto dal Dl 118/2021, fruibile gratuitamente sul portale dedicato di Unioncamere, che costituisce strumento previsto dalla normativa per verificare la probabile tempistica di rientro dell'esposizione debitoria e percepire eventuali situazioni patologiche di crisi;
› per le realtà più articolate: predisposizione di **bilanci previsionali**, avendo cura di proiettare nel tempo non soltanto i risultati economici attesi, ma anche i dati patrimoniali e finanziari;
› per le realtà più articolate: costituzione di un ***team*** di professionisti, consulenti e/o *advisor* esperti in pianificazione industriale e finanziaria, che possano essere di ausilio al *management* nella costruzione e nel costante monitoraggio degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

15.3 Gli assetti delle MPMI e la composizione negoziata

Il Dl 118/2021, convertito con modifiche con la legge 147/2021, ha introdotto l'istituto della **composizione negoziata della crisi** (anche "**CNC**"), avente carattere prevalentemente stragiudiziale e finalizzato alla composizione della crisi d'impresa attraverso l'intervento di un esperto indipendente nominato da una commissione istituita presso la Camera di Commercio.

Come già ampiamente descritto in precedenza, la disciplina del vigente Dl 118/2021 è stata pressoché recepita integralmente nel CCI, per il tramite del Dlgs.2022.

Il nuovo istituto costituisce una significativa opportunità per le imprese in stato di tensione economica e finanziaria, anche in termini di benefici conseguenti all'avvio della procedura e dlimitazioni di responsabilità per gli organi societari.

La CNC si rivolge a tutti gli imprenditori commerciali e agricoli, comprese le MPMI, tanto che all'art. 3 Dl 118/2021, relativo all'istituzione della piattaforma telematica nazionale, si indica esplicitamente che "*Sulla piattaforma sono disponibili una lista di controllo particolareggiata, **adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese**, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento [...]", un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati, e un protocollo di conduzione della composizione negoziata [...]*".

Con particolare riferimento al menzionato **test pratico**, esso costituisce lo strumento deputato a confrontare la complessiva esposizione debitoria dell'impresa e le risorse finanziarie destinabili ogni anno alla sua copertura. Il risultato del rapporto tra indebitamento e flussi di cassa normalizzati restituisce l'arco temporale, in anni, necessario per il ragionevole soddisfacimento delle passività. Secondo il legislatore, quando l'arco temporale è **inferiore a due anni**, l'impresa è ritenuta in grado di far fronte ai debiti mediante la prosecuzione della propria attività. Quando si colloca tra **due e quattro anni**, l'impresa è considerata in stato di tensione finanziaria e si ritiene necessario il ricorso a nuove politiche strategiche e industriali. Quando, invece, è **superiore a quattro anni**, l'impresa è ritenuta in situazione di rilevante squilibrio finanziario e la stessa dovrebbe ricorrere a soluzioni in discontinuità con la gestione corrente, quali la cessione di cespiti o di rami d'azienda, nonché valutare l'accesso a strumenti di composizione della crisi. L'attuale formulazione del test pratico contiene alcune incongruenze nella determinazione degli aggregati, come la commistione di grande flusso e *stock* e il diverso trattamento di debiti oggetto di moratoria (da considerarsi per intero nel calcolo) e dei debiti per mutui e finanziamenti (di cui bisogna considerare solo le rate in scadenza nel successivo biennio). Per tale ragione, si ritiene probabile un successivo intervento tecnico per l'armonizzazione delle grandezze coinvolte. Ciò premesso, è di tutta evidenza come il dato letterale della norma imponga a **tutti gli imprenditori** la capacità di ottenere le grandezze patrimoniali, economiche e finanziarie necessarie per l'elaborazione del citato test pratico, da utilizzarsi anche in ottica preventiva, al fine di cogliere l'aggravamento della posizione finanziaria dell'impresa.

Quanto all'accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi, esso è subordinato al deposito di documentazione che, anche per le MPMI, può essere più agevolmente reperita se presso l'azienda sono presenti adeguate strutture di **ricezione ed elaborazione dell'informativa contabile e aziendale**. In particolare, l'art. 5 Dl 118/2021 richiede che l'istanza di nomina dell'esperto sia accompagnata, tra gli altri, dai seguenti documenti:

a. " *i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e dell'Iva degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una ***situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza****;*

b. una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un ***piano finanziario*** *per i successivi sei mesi e le* ***iniziative industriali*** *che intende adottare*".

Con particolare riferimento alla redazione del piano di risanamento nelle MPMI, è utile rammentare che il documento "***Principi per la redazione dei piani di risanamento***", recentemente pubblicato dal CNDCEC nella versione aggiornata al 2022, riporta un paragrafo appositamente dedicato alla redazione del piano nelle MPMI, mentre la precedente versione del 2017 conteneva anche a **tavole sinottiche** indicanti il livello di applicabilità del principio alle imprese di limitate dimensioni.

Per quanto riguarda i doveri e le **responsabilità dell'organo di controllo**, il decreto ha previsto un esplicito obbligo di segnalazione in capo allo stesso, onerato di rappresentare all'imprenditore la ricorrenza delle condizioni per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto indipendente (art. 15 Dl 118/2021, poi trasposto nel futuro art. 25 *octies* CCI).

Il rispetto di tale obbligo è elemento che attenua i profili di eventuale responsabilità dell'organo di controllo, come indicato dal secondo comma dell'articolo: "*La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del Codice civile*".

15.4 Conclusioni

In conclusione, dopo aver esaminato il quadro normativo di riferimento, le caratteristiche degli assetti organizzativi societari delle MPMI, gli strumenti da esse adottabili e le novità introdotte dal Dl 118/2021, preme rappresentare come l'osservanza degli obblighi di cui all'art. 2086 Cc possa costituire anche **un'opportunità per la piccola impresa.** La possibilità di avere costantemente sotto mano un cruscotto di indicatori dell'andamento aziendale, per quanto semplificato in ragione delle dimensioni contenute dell'impresa, è elemento utile per l'**individuazione delle criticità** del *business* e dei possibili sviluppi, oltre che elemento necessario per poter correttamente individuare i sintomi di crisi e appontare le necessarie contromosse, come previsto proprio dall'art. 2086 Cc.

Inoltre, la possibilità di poter velocemente reperire informazioni e dati sull'andamento dell'attività aziendale diviene elemento utile, se non indispensabile, per il repentino avvio della **procedura di composizione negoziata della crisi** introdotta nel nostro ordinamento con il Dl 118/2021 e destinata a essere recepita nel corpo del CCI, con tutti i conseguenti benefici, anche in termini di limitazione delle responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle MPMI.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 16

Adeguati assetti e valutazione del rischio di crisi nelle controllate pubbliche

Francesco Aliprandi, Cristian Carini, Michele Leali, Claudio Teodori

SOMMARIO: 16.1 Gli adeguati assetti societari e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 16.2 Relazione sul Governo societario e Programma di valutazione del rischio di crisi aziendale – 16.3 Indicazioni sul Programma di valutazione del rischio aziendale

16.1 Gli adeguati assetti societari e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

L'art. 2086 del Codice civile ha introdotto, per l'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche per intercettare tempestivamente i primi segnali di crisi e di perdita della continuità con la finalità di attivarsi per porvi rimedio.

Tale disposizione normativa si deve raccordare con quanto già disciplinato dal Dlgs 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP), il quale è stato emanato nell'ambito dell'opera di riorganizzazione normativa in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Nell'ambito del variegato panorama delle società a partecipazione pubblica, l'attenzione è orientata alle società a controllo pubblico identificate, nell'art. 2 comma 1 lettere b) e m), nelle società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano i poteri di controllo *ex* art. 2359 Codice civile.

Sono considerate società controllate:
1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Considerata la dimensione pubblica, le fattispecie di interesse sono estese anche a quelle situazioni in cui per le decisioni finanziarie e gestionali di natura strategica relative all'attività

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sociale, in applicazione di norme di legge, statutarie o di patti parasociali, viene richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Gli aspetti più importanti emergono dalla lettura degli artt. 4 e 6 del TUSP. In particolare, il primo rappresenta uno dei perni su cui si fonda la riforma della più ampia categoria delle società a partecipazione pubblica, tesa al raggiungimento di una maggiore efficienza ed efficacia delle amministrazioni stesse. Mentre il secondo, strettamente collegato al concetto di rischio di crisi, evidenzia l'opportunità per le società a controllo pubblico di integrare strumenti di governo societario.

PREVENIRE AGGRAVAMENTI, CORREGGERE LE CAUSE DELLA CRISI ED ELABORARE IDONEI PIANI DI RISANAMENTO

Ai commi 3 e 4 dell'art. 14 del Testo unico si precisa che "*Quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del Codice civile*" e che "*Non costituisce provvedimento adeguato [...] la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o a un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5*". Tale ultimo comma dispone che "*Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482 ter del Codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti di capitale, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte di conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta dell'amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma*".

Inoltre, gli articoli 6 comma 2, e 14 comma 2, possono essere considerati disposizioni anticipatorie in materia di prevenzione della crisi, rispetto al novellato art. 2086 Codice civile che abbraccia l'intera platea delle società, sia private sia a partecipazione pubblica.

In particolare, i sopra menzionati articoli del TUSP hanno fatto obbligo alle società controllate dalle amministrazioni pubbliche, di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale con l'obiettivo, attraverso indicatori (qualitativi e quantitativi), di intercettare possibili segnali di crisi aziendali e adottare senza indugio i provvedimenti necessari per prevenire aggravamenti, correggere le cause della crisi ed elaborare idonei piani di risanamento (in merito si veda quanto riportato nel box a pagina seguente). Tuttavia, il Legislatore non specificando il contenuto dei programmi di valutazione del rischio e gli indicatori funzionali al monitoraggio dello stato di salute delle controllate pubbliche, ha rimesso alle medesime società la definizione e l'implementazione di specifici programmi finalizzati alla prevenzione della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sul punto, al fine di fornire un ausilio a tali società, si possono richiamare due rilevanti documenti: i) il primo intitolato "*Relazione sul Governo Societario contenente Programma di Valutazione del Rischio di Crisi Aziendale*" pubblicato nel marzo 2019 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC); ii) il secondo, del gennaio 2021, predisposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ed oggetto di pubblica consultazione, denominato "*Indicazioni sul Programma di Valutazione del Rischio Aziendale*".

16.2 Relazione sul Governo societario e Programma di valutazione del rischio di crisi aziendale

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili nel marzo del 2019 ha fornito una serie di raccomandazioni (v. "relazione sul governo societario *ex* art. 6, co. 4, Dlgs 175/2016") per la scelta e selezione di appositi strumenti volti alla valutazione e monitoraggio del rischio di crisi aziendale. Concetto di crisi che, in tale ambito, "*non coincide con quello che funge da presupposto – in ambito concorsuale – per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo: non si tratta, quindi, di un contesto tale da far considerare ormai prossima (e inevitabile) l'insolvenza, bensì di una situazione che si colloca in una fase anteriore e che è tale da imporre provvedimenti adeguati a determinarne la reversibilità, al fine di scongiurare l'attivazione della procedura concorsuale*".

Stante l'atteggiamento inerte del "*law-maker*" la ratio ispiratrice del documento del Consiglio è stata quella di mettere a disposizione degli operatori (società a controllo pubblico) un apposito format in grado di facilitare l'adempimento degli obblighi di legge e di favorire la tempestiva emersione di situazioni di deficit economico-finanziari, "*sul presupposto che questi non raggiungano un grado di irreversibilità tale da non consentire un'inversione di rotta*". Pertanto, in tale ottica, il CNDCEC ha previsto un utilizzo combinato di dati prospettici (ottica *early warning*) e di dati consuntivi (visione retrospettiva), dove ai primi viene riconosciuta una veste di prioritaria importanza, mentre ai secondi viene attribuita una funzione residuale. In altri termini, "*l'attività introdotta ex art. 6, commi 2 e 4 del Dlgs 175/2016 non può fondarsi solo su modelli di valutazione imperniati sull'utilizzo di valori iscritti in bilancio: un'impostazione backward looking, basata sull'esperienza passata cristallizzata nei prospetti contabili, appare insufficiente in quanto non consente di scontare le aspettative di evoluzione futura dell'azienda*".

In luogo di tale premessa, più volte si sottolinea l'importanza del concetto di programmazione e controllo in quanto solo grazie ad un piano pluriennale rigoroso e adeguato rispetto a dimensioni, complessità e contesto aziendale è possibile monitorare e prevenire le situazioni di difficoltà economico- finanziarie e patrimoniali. Di fatto, "*il piano costituisce il più efficace assetto organizzativo di governo finanziario dell'impresa e di tempestiva rilevazione del rischio di crisi*". Di conseguenza, viene auspicato di partire dai dati storici, per poi impiegarli nella fase di pianificazione aziendale al fine di verificarne tanto la corrispondenza quanto l'attitudine a cogliere deficienze. Da ciò rileva che il piano:

- è in grado di apprezzare la continuità aziendale;
- permette di identificare con precisione la sostenibilità del debito;
- fornisce le informazioni *ex ante* per la misurazione del fabbisogno finanziario e le risorse disponibili per la sua copertura;
- individua le azioni da adottare. Appare però evidente che un piano, per ritenersi credibile,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

può essere costruito solo disponendo di un sistema di controllo di gestione che permetta di ottenere dati affidabili.

Entrando nel merito degli indicatori, l'impostazione seguita dal Consiglio Nazionale ricalca quella alla base degli indici di allerta della crisi d'impresa, di cui all'art. 13 del Dlgs 14/2019, con gli opportuni adattamenti alle realtà societarie oggetto di trattazione.

In primo luogo, l'unico strumento di valutazione prospettica previsto dal Consiglio Nazionale è rappresentato dal DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*), il quale esprime la (in)capacità dell'impresa di fronteggiare le uscite di cassa previste nei dodici mesi successivi ed è calcolato come il rapporto tra i flussi liberi al servizio del debito e il debito finanziario che da essi deve essere servito. Pertanto, al numeratore vi sono le disponibilità future di cassa e al denominatore le quote di rimborso (capitali e interessi) dei debiti finanziari (comprensivo di eventuali scaduti patologici).

Valori superiori ad 1 indicano l'esistenza di equilibrio finanziario mentre grandezze inferiori all'unità evidenziano la non sostenibilità del debito all'interno dell'arco temporale di analisi. Ai fini pratici, dunque, i presupposti per il calcolo del suddetto indicatore sono: i) la presenza di un budget/piano di 3-5 anni (o annuale nell'ipotesi di realtà di minore dimensione) in grado di identificare gli scostamenti tra situazioni attuali e prospettive future; ii) l'attendibilità delle informazioni contenute nello stesso.

In secondo luogo, vi è il monitoraggio del valore "economico" del patrimonio netto, esprimibile anche come la sommatoria, in assenza di surplus assets, tra l'*enterprise value* e la posizione finanziaria netta (PFN). Nello specifico, infatti, "*se il valore attuale dei flussi al servizio del debito è inferiore al debito finanziario netto, il debito non è sostenibile e l'impresa presenterebbe un patrimonio netto negativo*".

Pertanto, la valutazione dell'andamento del patrimonio netto risulta rilevante in quanto capace di intercettare perdite di esercizio, anche protratte nel tempo, che costituiscono chiaramente un pregiudizio sulla continuità aziendale.

In terzo luogo, essendo che il presupposto alla base del calcolo del DSCR è l'impiego di dati prognostici, nell'ipotesi in cui questi non siano disponibili o comunque siano non attendibili, assumono rilevanza gli indicatori sintetici. Questi ultimi, intesi come "*grandezze singole o più frequentemente parametri, costituiti dal rapporto tra due grandezze, che costituiscono il limite oltre il quale si ritiene convenzionalmente compromesso il raggiungimento dell'equilibrio finanziario*".

In tale ambito, gli indicatori che secondo il CNDCEC meglio esprimono la sfera della liquidità, solidità e redditività sono:

- il rapporto tra la posizione finanziaria netta (o indebitamento finanziario netto) e l'EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) o MOL (Margine operativo lordo);
- il rapporto tra posizione finanziaria netta (o indebitamento finanziario netto) e il NOPAT (*Net Operating Profit After Taxes*) coincidente con l'EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*) o MON (Margine Operativo Netto), in quanto grandezza più prossima al *Free Cash Flow from operation,* che misura i flussi liberi al servizio del debito;
- il rapporto tra debito ed equity (D/E);
- il rapporto tra gli oneri finanziari e il margine operativo lordo;
- lo scaduto nei confronti dei dipendenti, fornitori, erario ed enti previdenziali (overdue);
- l'utilizzo di ulteriori indici di bilancio e indicatori di performance industriale tipici del settore in cui opera l'impresa.

La scelta di ulteriori indicatori o comunque di parametri differenti rispetto a quelli previsti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rimane pur sempre ammessa ed è rimessa all'organo amministrativo, il quale essendo il diretto interessato (soggetto a cui è rivolto il format del Consiglio Nazionale), sarà chiamato a: i) adottare degli indicatori idonei alle caratteristiche e specificità dell'impresa, in ragione del settore e dell'area di attività; ii) definire le soglie/livelli di rilevanza per ciascun indice, con l'identificazione del livello di rischio "ponderato e ragionevole", al fine di permettere un tempestivo intervento per la risoluzione dello stato di crisi.

Elemento che trova non poche criticità, in ragione dell'elevato grado di discrezionalità e soggettività che potrebbe incidere significativamente sulla qualità dei risultati raggiunti; iii) stabilire quanti indici devono presentare un valore non ottimale per ritenere l'impresa in stato di deficit.

16.3 Indicazioni sul Programma di valutazione del rischio aziendale

Il secondo contributo volto a fornire un ausilio concreto alle società rientranti della disciplina contenuta nel TUSP è rappresentato dal documento pubblicato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nel gennaio 2021, che, ad oggi, è ancora in versione "bozza per la consultazione". Tale elaborato definisce i principali contenuti di un Programma-tipo di valutazione del rischio di crisi aziendale fornendo indicazioni sulle modalità di monitoraggio delle aree di rischio e ponendosi in rapporto di complementarità con le disposizioni civilistiche ed in particolare con il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Il programma di valutazione del rischio aziendale, definito dal documento come la probabile manifestazione dello stato di difficoltà di un'impresa, non solo per il profilo economico- finanziario (inteso come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate), ma – più in generale – aziendale, dovrebbe consentire: i) ai soci pubblici di analizzare e valutare lo stato di salute delle società partecipate e, quindi, tra l'altro, la convenienza economico- finanziaria di tale modalità di gestione del servizio rispetto ad altre alternative possibili; ii) all'organo amministrativo di assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne.

In tale contesto risulta fondamentale implementare un sistema efficiente di risoluzione delle difficoltà che permetta il contenimento delle esternalità negative derivanti da possibili inefficienze gestionali e garantisca il mantenimento della continuità aziendale, a vantaggio sia delle molteplici istanze di tutela che ruotano attorno alle società a controllo pubblico sia della collettività in generale. In particolare, il TUSP (art. 6, comma 3) richiede di valutare l'opportunità di integrare, in base alle dimensioni e alla complessità della società, i seguenti strumenti di governo societario:

- regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale;
- un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmettendo periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;
- codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi ad oggetto la

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società;
› programmi di responsabilità sociale d'impresa.

In tale contesto il documento del MEF fornisce un modello di struttura del programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, attraverso l'identificazione di indicatori volti all'individuazione tempestiva di possibili squilibri economico- finanziari e patrimoniali. Tale modello, se correttamente implementato, dovrebbe consentire di monitorare costantemente lo stato di salute della società a controllo pubblico e anticipare l'emersione di crisi, consentendo all'organo gestorio di attivarsi con urgenza prima che la crisi diventi irreversibile.

Il modello si struttura principalmente in due sezioni: i) la prima in cui è inserita la descrizione del sistema di controllo interno e gestione dei rischi aziendali, volto all'identificazione del processo di valutazione del rischio adottato dalla società, della mappatura delle principali tipologie di rischio, dei soggetti aziendali coinvolti e delle funzioni svolte da ognuno di essi per la gestione del rischio; ii) la seconda il cui obiettivo è l'individuazione degli indicatori/ indici qualitativi e quantitativi per analizzare lo stato di salute dell'impresa e delle soglie di allarme oltre le quali è necessario un tempestivo intervento da parte dell'organo amministrativo.

Inoltre, la verifica di tali indicatori dovrebbe essere effettuata costantemente con periodicità almeno semestrale e sintetizzata in una relazione (relazione sul monitoraggio).

Il documento del Ministero fornisce altresì un elenco di indicatori funzionali all'analisi del rischio di crisi, sia di tipo qualitativo sia quantitativo.

I primi si differenziano a seconda dell'area e della tipologia di rischio in cui potrebbe incorrere la società. In particolare, il modello dovrebbe definire non solo i rischi aziendali ma anche la probabilità di manifestazione degli stessi e di conseguenza le strategie gestionali per farvi fronte. Le aree di rischio esemplificate nel documento ministeriale sono le seguenti:

› strategica in cui le tipologie di rischio illustrate riguardano la sfera gestionale e strategica dell'azienda come il rischio economico-finanziario, politico, legislativo, ambientale, di gestione degli investimenti e del patrimonio;
› di processo che attiene principalmente alle procedure e i processi interni aziendali come, a titolo esemplificativo, i rischi inerenti alla contrattualistica, la privacy e le disposizioni interne;
› *Information Technology*, attinente alla sicurezza e attendibilità dei dati e più in generale ai sistemi informatici aziendali;
› finanziaria, in cui le principali tipologie di rischio si riferiscono alla gestione della liquidità, dei finanziamenti e investimenti aziendali.

Per quanto attiene agli indicatori di tipo quantitativo, il documento ministeriale sintetizza una serie di indicatori di natura patrimoniale- finanziaria e di redditività, che si pongono in continuità con quanto esemplificato dal Consiglio Nazionale:

› patrimonio netto che indica il livello di patrimonializzazione della società;
› DSCR funzionale alla verifica della capacità dell'azienda di generare risorse finanziare e la conseguente sostenibilità del livello di indebitamento;
› indice di liquidità che esprime la capacità di far fronte agli impegni finanziari di prossima scadenza attraverso le disponibilità liquide aziendali;
› perdite di valore delle attività materiali e immateriali che riducono la capacità delle stesse di generare flussi di cassa futuri;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- rapporto tra PFN ed Ebitda che approssima il flusso di cassa annuale al servizio del debito con la finalità di fornire una prima indicazione del periodo di tempo necessario per rimborsare il debito;
- rapporto tra PFN e Nopat che identifica i flussi liberi al servizio del debito;
- rapporto tra debito ed equity al fine di valutare il grado di equilibrio tra mezzi propri e di terzi;
- rapporto tra gli oneri finanziari e il MOL che esprime la capacità economica di sostenere il costo dell'indebitamento;
- analisi del debito scaduto (azioni esecutive, rateazioni, ecc);
- gestione operativa della società verificando il trend temporale di negatività o positività;
- risultato d'esercizio al fine di verificare eventuali perdite di patrimonio;
- Roi che esprime la redditività delle risorse investite in azienda;
- Roe che misura il rendimento di ogni euro di capitale di rischio investito nella gestione dell'impresa.

Non si entra, per ragioni di spazio, nel merito degli indici proposti: alcuni sono duplicazioni mentre altri non sono facilmente determinabili, utilizzabili o la loro interpretazione non è univoca.

Il documento non definisce né le modalità di calcolo di tali indicatori (per ridurre la soggettività), né le soglie oltre le quali l'organo gestorio dovrebbe attivarsi al fine di rimuovere potenziali rischi di crisi aziendale. Inoltre, nulla viene specificato sui criteri alla base della loro scelta.

Gli indici di bilancio rappresentano un potente strumento per valutare il livello di rischio complessivo di un'impresa, certamente abbinanti ad altri strumenti. Tali indici, se correttamente selezionati, permettono l'identificazione anticipata di possibili situazioni di difficoltà finanziaria. Appare, tuttavia, poco opportuno il riferimento al passato sia perché parziale, sia perché gli indici potrebbero essere calcolati anche sui valori prospettici. Inoltre, le società a controllo pubblico presentano peculiarità condizionate dalla natura del socio pubblico. Basti pensare alle interdipendenze economiche e finanziarie con l'ente pubblico. I ricavi, in talune situazioni, derivano da tariffe orientate ai fabbisogni degli utenti. Non mancano situazioni in cui l'equilibrio reddituale e finanziario è dipendente dai contributi erogati dall'ente locale socio. Ancora, la dimensione politica potrebbe influire su talune scelte di investimento nonché sull'ammontare dei dividendi distribuiti all'ente pubblico, anche considerando che gli stessi in non poche situazioni sono funzionali all'equilibrio di bilancio dell'ente pubblico stesso.

In conclusione, è di tutta evidenza come la costruzione di un programma di valutazione del rischio di crisi aziendale dipende dalla capacità dell'impresa di adottare un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, come previsto dall'art. 2086, secondo comma, del Codice Civile e, in particolare, di disporre di previsioni prospettiche formalizzate e idonee a contemperare le possibili influenze del socio pubblico con l'esigenza di continuità aziendale. Il tema assume maggiore rilevanza nell'attuale contesto in cui la consultazione pubblica proposta dal MEF è caratterizzata da una significativa modifica del Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE II

Mediazione e negoziazione nella soluzione della crisi d'impresa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

Autonomia delle parti e buona fede nelle trattative

Cristina Coppola

Che la buona fede sia diventata, nell'ottica della più recente giurisprudenza, di merito e di legittimità, una vera e propria leva per vigilare sull'equilibrio contrattuale e, in generale, sull'esatta esecuzione delle obbligazioni, si palesa ormai cristallino. Si tratta, per la verità, del culmine di un processo ideologico-interpretativo, avviato, come spesso accade, grazie alla spinta innovatrice della dottrina, che poi è sceso nelle fattispecie concrete e ha trovato piena realizzazione nelle vicende contrattuali, attraverso le pronunzie dispiegatesi, almeno indicativamente, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso (v., specialmente, *Cass., 20 aprile 1994, n. 3775*), con risvolti sempre più incisivi, fino ad oggi. E non è da escludersi, peraltro, che si assista a ulteriori evoluzioni sul punto.

Come è noto, la buona fede intesa in senso oggettivo, come correttezza e reciproca lealtà delle parti, riveste un ruolo chiave dell'intera materia delle obbligazioni (art. 1175 Cc) e massimamente regola ogni fase dell'accordo contrattuale, dal suo sorgere (art. 1337 Cc) alla sua efficacia (artt. 1358, 1375 Cc), alla sua interpretazione (art. 1366 Cc) e al suo eventuale scioglimento (art. 1460 Cc); ancorché il contratto concreti soltanto una delle possibili fonti dell'obbligazione, costituisce certamente il terreno privilegiato di applicazione della regola. Va sottolineato, però, che essa non assume più, per così dire, il sapore etico e metagiuridico che le attribuiva in prevalenza la giurisprudenza più risalente e nemmeno configura un mero parametro di valutazione della condotta delle parti. L'obbligo di comportarsi con correttezza non è «*un generico dovere di altruismo o di beneficenza, ma costituisce completamento di obbligazioni già esistenti*» (*Cass., ord., 26 settembre 2018, n. 23069*).

Costituisce, infatti, un approdo maturo e ben consolidato, ormai, che la buona fede, prevista dal Codice civile in materia di disciplina del rapporto obbligatorio e contrattuale, vada considerata un'espressione del dovere di solidarietà sociale, imposto a tutti i consociati e in tutte le vicende della loro vita di relazione, anche sul piano economico-giuridico, da una norma di livello costituzionale, l'art. 2 Cost. (così già *Cass., 20 aprile 1994, n. 3775*; di recente e limpidamente, v., per tutte, *Cass., ord., 2 aprile 2021, n. 9200*).

Così, dal lato passivo, la buona fede si è ora tradotta in veri e propri doveri integrativi del debitore, idonei a plasmare e arricchire il contenuto della prestazione principale - anche a prescindere dalla sussistenza di espresse previsioni normative o contrattuali -, in termini di obblighi accessori di protezione nei confronti del creditore, vale a dire, a mero titolo esemplificativo: di informazione, di avviso (cfr. *Cass., ord., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass., 6 maggio 2015, n. 9006;*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Cass., 12 luglio 2016, n. 14188; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22860), di segreto o di custodia (cfr. *App. Roma, 19 gennaio 2006*). Se alcune pronunzie, in passato, hanno richiamato al riguardo il dettato dell'art. 1374 Cc, oggi la giurisprudenza è incline ad attribuire alla buona fede il rango di autonomo criterio di determinazione della prestazione contrattuale, diverso sia dalla fonte eteronoma suppletiva, di cui alla norma da ultimo menzionata, sia dalla fonte cogente *ex* art. 1339 Cc, di integrazione del comportamento dovuto (*Cass., ord., 2 aprile 2021, n. 9200; Cass., ord., 5 giugno 2020, n. 10822*). I doveri integrativi in parola, tranne che per i sommi capi indicati, non sono catalogabili *a priori*, giacché vengono plasmati dagli elementi e dalle specificità del caso concreto, e sono rintracciabili, oltre che dalle parti, anche, *a posteriori*, dal giudice, avendo riguardo alla natura del rapporto, alla qualità dei soggetti coinvolti e, ove si tratti di fonte contrattuale, alla stregua della causa concreta dell'accordo (cfr. *Cass., ord., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071*). Sempre di più, sotto tale profilo, il concetto di buona fede è stato correttamente dissociato da quello di diligenza (art. 1176 Cc): la diligenza oggi non designa un dovere, bensì, piuttosto, rappresenta la misura, il parametro massimo dello sforzo legittimamente richiesto al debitore nell'adempimento dell'obbligazione, ossia l'area di esigibilità della prestazione da parte del creditore, segnata da quel complesso di regole di cura, prudenza, perizia che il debitore non può non conoscere in relazione all'assunta obbligazione e che si trovano in rapporto di diretta proporzionalità con il tipo di attività, spesso professionale, da quest'ultimo svolta (cfr., a titolo di esempio, *Cass., 29 agosto 2019, n. 21775, e Cass., 15 giugno 2018, n. 15732*).

La teorica della buona fede, così inquadrata nei valori della Costituzione, ha assunto connotati per certi versi ancora più sorprendenti e inattesi, quando la giurisprudenza della Suprema Corte ha stabilito di tradurla anche in limiti alla posizione attiva del rapporto obbligatorio e quindi alla pretesa del creditore, imponendogli, di fatto, di osservare modalità di esercizio del diritto rispettose di un assetto di interessi tra le parti non eccessivamente squilibrato.

La lotta al così detto abuso del diritto - concetto non tipizzato in termini generali da alcuna norma, ma comunque già vivo nel sistema in ipotesi isolate, tese a sanzionare quei comportamenti del titolare, eccedenti rispetto alle finalità e alla *ratio* di disposizioni attributive di diritti (cfr. artt. 833 e 1438 Cc) - si è combattuta, dapprima, in riferimento a circoscritte categorie di fattispecie, soprattutto in ambito societario e bancario, e poi, in un'ottica allargata di vasto respiro, iniziandosene a delineare aspetti costanti, che, se ricorrenti nel caso concreto, possono ben condurre alla condanna del creditore al risarcimento del danno nei confronti del debitore (v., al riguardo, la ricostruzione storica e l'*iter* argomentativo seguito da *Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*: l'importante decisione, relativa a un noto caso italiano di concessioni di vendita di autoveicoli, ha costituito un punto di svolta nella materia ed è scaturita dal vaglio della legittimità dell'esercizio del diritto di recesso *ad nutum,* pur previsto nelle pattuizioni delle parti a favore di una di esse; *Cass., ord., 29 maggio 2020, n. 10324; Cass., 23 novembre 2020, n. 26568*).

Più specificatamente, anche in tempi recenti, è stato chiarito che l'abuso del diritto, pur non realizzando una violazione in senso formale, si manifesta attraverso alcuni elementi elusivi sintomatici:

1. la titolarità di un diritto soggettivo in capo a un soggetto;
2. la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
3. la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4. la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte (*Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*; v. pure *Cass., ord., 30 settembre 2021, n. 26541*, in ordine a un contratto di comodato della casa familiare).

Ciò, in ossequio al principio, secondo cui a ciascuna delle parti si impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi dell'altra, sempre che questo non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio, ossia che tali comportamenti non sconfinino in attività gravose o eccezionali, o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti privazioni; né tale obbligo di cooperazione può estendersi fino al punto di ricomprendere quello di attivarsi per sopperire alle manchevolezze o alle negligenze della controparte contrattuale (v., al riguardo, *Cass., ord., 26 settembre 2018, n. 23069*, secondo la quale, in quest'ottica, il dovere di correttezza non si spinge fino a imporre al debitore di avvertire il creditore dell'imminente scadenza del termine di prescrizione del suo credito, avente a oggetto, nel caso di specie, l'indennizzo spettantegli in base a una polizza assicurativa).

Quanto alla questione dell'operare della buona fede, intesa nei termini così tratteggiati, durante la fase, ancora propriamente non contrattuale, delle trattative prodromiche alla conclusione dell'accordo, la giurisprudenza italiana, nel tempo, ha risolto, o tentato di risolvere soprattutto tre considerevoli nodi, lasciati scoperti dalla lacunosa disciplina codicistica (artt. 1337 e 1338 Cc): quali condotte possano configurarne una violazione; quale natura giuridica assuma la responsabilità di chi le tenga; se anche la Pubblica amministrazione, intrattenendo *iure privatorum* trattative con una controparte individuata, possa incorrervi.

Con riguardo alla prima delle questioni prospettate, l'orientamento consolidato della Suprema Corte insegna che la regola contenuta nell'art. 1337 Cc non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo puntuale e implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti, e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini del perfezionamento del contratto: ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, assume rilievo non solo in caso di mancata conclusione del contratto, o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto (cfr., in luogo di tante, *Cass., ord., 21 ottobre 2013, n. 23873*), quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti, le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto a una diversa conformazione del contratto stesso (*Cass., 23 marzo 2016, n. 5762*). Pertanto, le fattispecie astrattamente riconducibili alla violazione della buona fede in sede di trattative possono sconfinare in ipotesi di dolo così detto "incidente" (art. 1440 Cc).

Appare evidente, comunque, che la gamma dei comportamenti idonei a violare la buona fede sia piuttosto ampia e vari a seconda del contenuto dell'accordo in divenire e alle circostanze di fatto verificatesi nella realtà: dalla condotta, smaccatamente sleale, di chi aliena a terzi il bene oggetto di trattative (*Cass., ord., 2 novembre 2018, n. 28052*) alla richiesta di differimento della stipula del contratto, comunicata in una fase avanzata delle trattative, sempre però che tale istanza abbia ingenerato nella controparte l'idea di una rottura immotivata delle stesse, valutazione per la quale non si può prescindere dal comportamento tenuto anche da quest'ultima (cfr. *Cass., ord.,*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12 luglio 2019, n. 18748, che ha escluso la responsabilità precontrattuale in capo alla parte che, quando l'accordo sembrava ormai raggiunto, aveva chiesto di rinviare a dopo le ferie la stipula di un contratto di locazione immobiliare: la richiesta non era stata rifiutata dal promittente locatore, il quale anzi si era ripromesso di valutarla dopo il periodo feriale e, trascorso tale periodo, le trattative si erano arenate senza che alcuna delle parti avesse espressamente deciso in tal senso).

Va ricordato, inoltre, come le Sezioni Unite della Suprema Corte abbiano ascritto l'omissione dei doveri di informazione al cliente e la violazione del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con lo stesso o inadeguate al suo profilo patrimoniale, secondo quanto imposto dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, proprio all'area dei comportamenti, che, se tenuti nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, si rivelano contrari alla buona fede: in tali ipotesi, dunque, la conseguenza è la risarcibilità del danno, e non la nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative (*Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725*).

Anche il quesito attinente alla responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione ha trovato una risposta univoca in una pronunzia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (*Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 10413*), la quale l'ha sancita in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principii della correttezza e della buona fede; in particolare, il recesso dalle trattative è sindacabile ai sensi dell'art. 1337 Cc, ove l'ente pubblico sia venuto meno ai doveri di lealtà, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto l'ente a interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione del contratto. In questi casi, è predicabile il sindacato del giudice ordinario circa l'idoneità del comportamento della Pubblica amministrazione a ingenerare nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto; la giurisdizione del giudice ordinario persiste a prescindere dalle ragioni che hanno indotto l'amministrazione a interrompere le trattative, ragioni tutt'al più rilevanti per l'espressione del giudizio in merito alla correttezza o meno dell'agire della Pubblica amministrazione in sede precontrattuale, non certo per trasferire al giudice amministrativo la cognizione della controversia.

Meno pacifica appare, invece, la posizione della giurisprudenza di legittimità circa la natura della così detta responsabilità precontrattuale. È vero che l'orientamento più consistente propende per ricondurre l'obbligazione di risarcimento del danno, che scaturisca da uno di quei comportamenti sleali, tenuti prima della conclusione dell'accordo, a una fonte extracontrattuale, con la conseguenza, sul piano processuale, che non graverà sull'autore di tale condotta l'onere della prova che essa corrisponda ai canoni di correttezza, ma incomberà, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che la stessa esuli dai limiti della buona fede (cfr., in luogo di tante e di recente, *Cass., 3 ottobre 2019, n. 24738*). Di contro, però, potrebbe essere in atto un ripensamento di queste conclusioni. Non va taciuto, infatti, che una nota, seppure finora isolata, pronunzia di legittimità (*Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648*), ha ricondotto la responsabilità precontrattuale a un'ipotesi di contatto sociale tra i soggetti della trattativa, così ipotizzando una fonte di obbligazione derivante dalla legge, compresa tra quelle indicate nella terza categoria dell'art. 1173 Cc: si tratterebbe di una responsabilità contrattuale in senso lato, o comunque da obbligazione preesistente, in forza della quale il danneggiato deve, più agevolmente, dimostrare - oltre al danno sofferto - solo la condotta antigiuridica e non anche la colpa della controparte.

Di recente, per la verità, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una sentenza di ampio respiro, suscettibile di coprire, almeno a parere di chi scrive, anche i casi di eventuali trat-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tative precontrattuali intrattenute dalla Pubblica amministrazione, hanno affermato che la responsabilità, che grava su quest'ultima per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa, non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma da un rapporto tra soggetti - la Pubblica amministrazione, appunto, e il privato che con questa sia entrato in relazione - che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non affidarsi alla correttezza della Pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che sorge dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, a sua volta da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale (*Cass., Sez. Un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236*).

Qualsivoglia tesi si reputi e si reputerà di accogliere circa la natura della responsabilità per violazione dell'art. 1337 Cc, parrebbe restare immutato, peraltro, il criterio di risarcimento dell'intero danno, nelle sue due componenti indicate dalla legge (art. 1223 Cc), sempre che il danno stesso sia in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento, e non del contratto; ed è, appunto, in questo significato specifico e circoscritto che si suole parlare di tutela dell'interesse negativo.

La giurisprudenza ha specificato che devono essere risarcite sia le spese sostenute dal contraente in buona fede, sia il lucro cessante cagionato dalla stessa vicenda e costituito dalle occasioni mancate a causa dell'affidamento riposto nella sua valida conclusione, mentre rimane escluso quanto sarebbe stato dovuto in forza del contratto non concluso (*Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648*). Il risarcimento può estendersi al danno per il pregiudizio economico derivante dalla rinunzia a stipulare un contratto, ancorché avente contenuto diverso, rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative, se la sua mancata conclusione si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte, che ha lasciato cadere le dette trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse (*Cass., 10 marzo 2016, n. 4718*).

Giova qui toccare - senza pretesa di esaurire l'argomento, da tempo oggetto di un vivace dibattito anche dottrinale - anche l'aspetto dell'eventuale rinegoziazione del contratto, aspetto che, come si sa, è di stretta attualità dopo le vicende legate alla recente pandemia Covid-19. Si tratta, per la verità, di un aspetto che non concerne la fase precontrattuale, ma è connesso all'esecuzione di un contratto già in essere; purtuttavia alcune decisioni di merito, che si sono occupate della questione durante l'emergenza sanitaria, prevalentemente in riferimento a contratti di locazione di immobili, hanno individuato, come corollario del dovere di buona fede nella fase esecutiva del contratto ai sensi dell'art. 1375 Cc, un obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative, al fine di riportare l'equilibrio negoziale entro l'alea normale del contratto: in tale senso, alla buona fede è stata attribuita una funzione integrativa cogente, per i casi in cui si verifichino dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento del sorgere del rapporto (*Trib. Roma, 27 agosto 2020; Trib. Milano, 21 ottobre 2020; Trib. Lecce, 24 giugno 2021*). Di contro, altre pronunzie hanno negato che il giudice, in assenza di copertura normativa o di clausole pattizie che prevedano l'obbligo di rinegoziazione a carico delle parti, da cui si desuma almeno il criterio di riparto dei relativi rischi, possa fare applicazione del criterio della buona fede integrativa al fine di addivenire ad una rimodulazione degli obblighi negoziali a carico dei contraenti, salvo incorrere in un'inammissibile violazione dell'autonomia contrattuale delle parti (*Trib. Roma, 19 febbraio 2021; Trib. Biella, 17 marzo 2021*).

D'altro canto, si è ritenuto che un tale intervento giudiziale sia possibile, concorrendone i

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

presupposti e senza fare un sovrabbondante ricorso alla generale clausola di buona fede, anche solo in ragione dei poteri equitativi concessi al giudice dall'art. 1374 Cc, con onere per le parti di invocarne e provarne correttamente i motivi di applicazione o esclusione (*Trib. Treviso, 21 dicembre 2020*).

Specie quest'ultima notazione può indurre ad alcune riflessioni conclusive: quanto mai oggi, l'intero rapporto obbligatorio, e non soltanto ove la fonte sia il contratto, deve tendere alla realizzazione di quei valori dell'ordinamento, che informano e modellano il nostro come Stato sociale, primo tra tutti il dovere di solidarietà tra i consociati. Le relazioni tra le parti diventano, almeno idealmente e nella ricostruzione che ne sta fornendo la giurisprudenza passo dopo passo, riflesso del più alto disegno tracciato dalla Costituzione, le cui norme svelano qui, in maniera sempre più evidente, la loro potenza precettiva e l'efficacia diretta nei rapporti tra i privati.

Le scelte negoziali devono giocoforza ormai tenere conto di tutte quelle implicazioni non cristallizzate né in specifiche norme giuridiche, né nelle clausole del negozio giuridico stesso, di tutti quei comportamenti, in altre parole, che possano venire richiesti per il regolare ed equilibrato andamento e la realizzazione piena del vincolo obbligatorio.

Buona fede ed equità, allora, assurgono a due facce di una stessa medaglia: meccanismi legali, di fonte stragiudiziale il primo, giudiziale il secondo, la cui funzione ultima, in entrambi i casi, è quella, al contempo, integrativa del regolamento negoziale e correttiva delle storture che possano investire l'obbligazione. Binari inevitabili, nei quali l'autonomia privata viene convogliata, in un mondo sempre più complesso e caratterizzato da intrecci di contrapposti interessi, che richiedono valutazioni analitiche e circostanziate.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

La centralità del negoziato e della mediazione

Maria Paola Tagliaferri

Dai contesti più complessi e macroscopici ai micro sistemi di relazione umana, il dialogo rappresenta la modalità più proficua di relazione e di risoluzione delle controversie. Entrare in relazione con l'altro è un'esigenza profonda dell'individuo e l'attitudine ad entrare in relazione in un modo che sia generativo di nuove dinamiche e nuove soluzioni è tipico di chi aumenta l'impatto dell'intelligenza, che attraverso il dialogo si sviluppa in ogni individuo coinvolto e genera nuove idee e soluzioni. Questo è lo strumento principale di ogni mediazione, di ogni negoziato.

Tutti noi negoziamo in ogni contesto, ogni giorno, tutti i giorni, per tutta la vita e, infatti, tutti i contesti della nostra esistenza quotidiana, famiglia, scuola, lavoro, associazioni, spazi di condivisione e pubblici, sono attraversati da conflitti, frutto di relazioni in crisi, difficoltose o nelle quali l'altra persona non è percepita come soggetto con cui entrare in relazione, da incontrare o ascoltare, ma è piuttosto da utilizzare per fini egoistici. Se questa è la realtà che ci si trova a gestire, occorre avere il coraggio di mediare e quindi di non temere di aiutare le parti a tornare a comunicare. La mediazione e il negoziato si pongono come una strada per ristabilire il dialogo, per pensarsi parte di un sistema che si condiziona e da cui si viene profondamente condizionati, per cercare soluzioni generative e pacifiche alle dispute, accettando che la diversità possa essere un'opportunità di confronto e che anche le proprie chiusure o convinzioni limitanti possano diventare strumenti di apertura o riapertura del ragionamento.

In questo contesto si sta sviluppando in modo silenzioso, progressivo, ma con una continuità e una costanza disarmante, una nuova cultura della mediazione e del negoziato, che sembrano essere diventati gli unici strumenti che possono rispondere alle esigenze del nostro tempo, salvaguardando le potenziali fecondità del conflitto e della diversità, poiché è evidente l'impegno nella ricerca di soluzioni eque e rispettose delle esigenze degli interessati, restituendo alle parti il potere di decidere del loro conflitto, di autodeterminarsi, di riappropriarsi della responsabilità della comunicazione e dei suoi esiti.

Un'attività dalle radici antiche, ma che diviene un'epistemologia, una metodologia e una tecnologia con procedure sempre più istituzionalizzate di risoluzione dei conflitti nel mondo del lavoro, delle imprese e di tutte le unità produttive o erogatrici di servizi, per poi estendersi all'ambito familiare e ad altre situazioni in cui si sperimentano conflitti sociali ed interpersonali.

Nell'ambito familiare, la mediazione ha una funzione fondamentale di ampliamento del campo di percezione e comprensione della realtà, proprio perché si è obbligati a considerare un punto, ma anche più punti di vista differenti e quindi, anziché evitare il conflitto, nella mediazione si impara ad attraversarlo e a gestirlo, al fine di conservare la relazione anche quando c'è disaccordo nel preminente interesse dei figli, il cui benessere dipende in larga parte dal livello di conflitto dei genitori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

"La mediazione - scrive il Prof. Fulvio Scaparro - *non è soltanto una tecnica né soltanto un'utopia.* È *una tecnica fortemente carica di utopia. Richiede al mediatore e alle parti in conflitto coraggio, praticità, pazienza, ma anche la capacità di sognare e desiderare uno scenario diverso da quello che oggi ci vede in lotta".*

Per condurre ragionevolmente e proficuamente una trattativa occorre predisporsi alla generazione di una realtà terza di mediazione tra le parti in conflitto per la costruzione e il consolidamento di obiettivi comuni.

Gestire lo strumento della negoziazione significa saper generare una realtà in cui le parti possano governare il processo decisionale che li riguarda, con la costruzione condivisa di proposte progettuali di mediazione e giustizia riparativa, in ogni contesto del diritto e della realtà di relazione.

La mediazione e il negoziato entrano tanto silenziosamente, quanto inarrestabilmente in ogni contesto di relazione: dalla mediazione civile e commerciale alla mediazione penale e alla giustizia ripartiva, dalla mediazione familiare alla figura dell'esperto negoziatore nella gestione della crisi d'impresa, dalla mediazione scolastica a quella interculturale, vi sono numerosi contesti in cui vengono stimolate le parti a una forma alternativa, o meglio appropriata, di gestione del conflitto che passa attraverso vere e proprie tecniche e processi di gestione delle dinamiche e delle strategie di gestione del conflitto per consentire un diverso approccio ai problemi per una soluzione rapida e utile delle controversie.

Per un approccio di questo tipo, che risulta quantomai necessario e auspicabile nel contesto globalizzato che ci troviamo a vivere quotidianamente, occorre comprendere che il conflitto è una dinamica di relazione che può essere gestita senza averne paura; educare alla pace significa anche far comprendere che il conflitto non può e non deve far paura e può essere affrontato con strumenti di collaborazione e non necessariamente competitivi o distruttivi.

La mediazione può consentire di educare a una pace duratura perché basata sugli interessi e i bisogni delle parti, che in modo maturo, consapevole e responsabile possono assumersi la responsabilità di collaborare per trovare una soluzione.

È complicato? È doloroso? Occorre distruggere o destrutturare qualche propria convinzione granitica? Spesso sì: è difficile il processo di cambiamento, è doloroso rendersi conto che si può sbagliare, può essere faticoso fare un lavoro su se stessi per accogliere l'altro, per ascoltarlo, per non giudicare, per mettersi "nelle sue scarpe", per rielaborare il proprio pensiero in funzione delle risposte dell'altro in un dialogo che genera ciò che prima non si immaginava nemmeno possibile, tuttavia ciò permette anche di rendersi conto che la soluzione trovata è la propria soluzione e che per arrivarci non vi è stata una delega di responsabilità o di potere, ma che quel risultato è stato frutto di una propria rielaborazione, di una propria presa di coscienza e di un proprio cambiamento, che porta a una soddisfazione enormemente più significativa e duratura.

La soluzione è frutto infatti del proprio lavoro, del proprio sforzo di relazione, di essere riusciti a vincere le proprie paure e i propri istinti di prevaricazione e, di conseguenza, la vittoria che ne deriva nel reperimento di una soluzione affonda le proprie radici nella coscienza profonda di avere fornito un contributo decisivo e fondamentale.

Per questa ragione, quella soluzione, frutto di un processo dinamico e sistemico di dialogo, viene difficilmente messa in discussione da chi ha partecipato al negoziato o alla mediazione.

Come scrive il Dott. Daniele Novara, con riguardo alla mediazione educativa e scolastica, *"l'educazione alla pace attraverso la mediazione permette di costruire la capacità di stare dentro il conflitto e vivere autentiche relazioni umane nonostante divergenze e resistenze".*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nella sua analisi delle dinamiche del conflitto, presenta i sei atteggiamenti positivi, indispensabili per una corretta educazione alla pace: considerare la situazione conflittuale come un problema da gestire e non come una guerra da combattere; sviluppare la tecnica antica di "contare fino a dieci" prima di agire per evitare le reazioni impulsive e compulsive; sdrammatizzare le tensioni evitando il "muro contro muro"; rispettare i contenuti del conflitto; sperimentare la critica costruttiva in una dimensione di ascolto; saper dire di no quando occorre per non cedere al conformismo e assumersi una responsabilità adulta.

Educare al conflitto e alla sua gestione attraverso il dialogo è un'esigenza che occorre venga sempre più considerata e sviluppata in ogni contesto educativo e di relazione.

Occorre quindi considerare anche i conflitti di vicinato, di quartiere, familiari, scolastici, interculturali, d'ambiente, sul posto di lavoro, ma anche i conflitti etnici e le tensioni tra culture, quelli tra gruppi, strati o classi sociali. Fondamentale è approfondire le tecniche utili a mediare e negoziare, l'incontro tra individui in contrasto, ma anche tra gruppi in contrasto.

Nell'ambito della mediazione penale, la giustizia riparativa ci fornisce un un modello di intervento sui conflitti, che non si avvale della pena o di alcune delle modalità sanzionatorie tradizionali, ma di strumenti che promuovono la riparazione del danno cagionato dal fatto delittuoso e la riconciliazione tra autore e vittima, con una centralità della persona offesa dal reato che, nel sistema sanzionatorio penale, ha una funzione secondaria.

Questo modello d'intervento, in ambito penale, apre la via a una una vera e propria rivoluzione nella concezione di giustizia.

Le questioni di importanza fondamentale non gravitano più su chi debba o meriti di essere punito e con quali pene o sanzioni, ma sui veri attori coinvolti nel conflitto, su quali siano i loro reali interessi e bisogni e su quali siano le modalità e le azioni da intraprendere per riparare i danni provocati dal reato, quando "riparare" ha un'accezione ampia che comprende gli interessi e i bisogni profondi della vittima, che ha prima di tutto l'esigenza di sentirsi ristorata del danno subito, non solo a livello economico. Attraverso azioni concrete e positive, che affondano le proprie radici nel percorso di mediazione che la precede, la riparazione assume una valenza molto più profonda e uno spessore etico che la rende ben più complessa del mero risarcimento.

Vi sono forti resistenze a questa modalità di risoluzione delle controversie nel contesto penale: nonostante la lettera delle norme generali faccia riferimento sempre a una funzione rieducativa della pena, in concreto esse sono sempre state caratterizzate da logiche retributive, che sembrano periodicamente guadagnare nuovo favore; la prospettiva della giustizia riparativa suscita crescente interesse proprio per i risultati positivi concreti e verificabili, che le tecniche e le modalità operative dimostrano.

Nella mediazione civile e commerciale le parti possono risolvere le controversie civili e commerciali, vertenti su diritti disponibili, in maniera semplice ed efficace, senza formalità di procedura. La mediazione guarda al conflitto da molti punti di vista, senza cercare di semplificarne il contesto ed utilizzando un approccio unificatore. La relazione tra le parti in conflitto è troppo complessa, perché possa essere compresa unicamente con un approccio lineare e, di conseguenza, è utile ed efficace adottare un approccio sistemico alla risoluzione dei conflitti che consenta di considerare l'insieme delle parti coinvolte e al tempo stesso la loro unicità.

Il mediatore terzo e imparziale gestisce la procedura di mediazione stimolando attivamente le parti a raggiungere un accordo, che spesso è il risultato di un percorso di ascolto e condivisione di interessi e bisogni delle parti.

Il compito del mediatore è quello di aiutare le parti a trovare una soluzione per loro soddi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sfacente, auspicabilmente portandole al raggiungimento di un accordo condiviso che eviti loro il ricorso al giudice.

Prima di parlare di controversia (in senso giuridico) si deve parlare però di conflitto, inteso quale crisi nella comunicazione tra due o più soggetti da cui si origina la controversia e quale interazione che necessita di un cambiamento.

Il percorso di mediazione, che può portare alla composizione della controversia, è quindi innanzitutto un percorso di riattivazione della comunicazione tra le parti, percorso nel quale le parti sono aiutate dal mediatore.

In questi contesti di conflitto, il mediatore, terzo, imparziale, ma anche equiprossimo rispetto alle parti, che riesce ad associarsi e ad accogliere le posizioni e riesce a cogliere e comprendere gli interessi dell'una e dell'altra parte, entrando in relazione profonda ed essendo tramite e facilitatore della comunicazione che, attraverso la maieutica e la capacità di stimolare attivamente la partecipazione delle parti al dialogo, fa emergere le possibili soluzioni non semplificando il contesto, ma accogliendo la complessità, è il soggetto che fa la differenza e fornisce un contributo concreto, lavorando sull'intelligenza emotiva per entrare in relazione e sulle intelligenze e sulle idee, rimanendo ancorato ai fatti, per far emergere soluzioni.

Si tratta di una figura centrale e fondamentale per superare l'*impasse* del conflitto, negoziare una soluzione e trovare accordi equi e soddisfacenti per entrambe le parti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

Negoziazione e mediazione, la comunicazione efficace

Alessandro Danovi, Diego Comba, Giuseppe Acciaro

SOMMARIO: 3.1 A quale gioco stiamo giocando? – 3.2 La figura del negoziatore e del mediatore – 3.3 Negoziazione, mediazione, lite, applicazione di una decisione dell'autorità, consulenza tecnica – 3.4 Il setting della negoziazione e della mediazione – 3.5 L'individuazione delle parti – 3.6 Scopo della negoziazione e della mediazione: giungere a un accordo – 3.7 Il contratto frutto della trattativa è un accordo che ha valore di legge tra le parti – 3.8 Il principio della buona fede nella trattativa – 3.9 I limiti posti all'autonomia contrattuale dall'ordine pubblico statale e l'intervento del giudice – 3.10 Lo stile di comunicazione nella negoziazione competitiva – 3.11 Tattiche usate nella negoziazione competitiva – 3.12 Lo stile di comunicazione nella negoziazione collaborativa – 3.13 Tattiche usate nella negoziazione collaborativa

3.1 A quale gioco stiamo giocando?

La comunicazione è un gioco che non usa solo le parole, ma molti altri strumenti, per esempio gesti e sguardi, un gioco sul quale non si riflette spesso perché è dato per scontato, dal momento che lo pratichiamo continuamente e nei più diversi ambiti della nostra vita, con i soggetti più diversi. È un gioco che non si gioca mai da soli, ma sempre con qualcuno, creando e condividendo regole diverse a seconda degli interlocutori, come Alice nel paese delle meraviglie. È così che non ci si accorge facilmente di giocare, quando comunichiamo, molti giochi diversi: un gioco con gli amici, uno diverso con i clienti, uno con figli e sicuramente, se ce l'abbiamo, uno speciale con il nostro cane. Quando si parla di comunicazione in una negoziazione o in una mediazione, è dunque importante essere consapevoli della differenza con giochi simili, perché nessuno giocherebbe a poker seguendo le regole della briscola.

3.2 La figura del negoziatore e del mediatore

Il negoziatore e il mediatore sono i giocatori di cui parliamo e la loro figura si conosce da sempre, anche se non è così apprezzata come quelle dei re e dei cavalieri delle favole e della storia. In effetti non vincono guerre e non decidono cause importanti, ma conducono una trattativa con parti sulle quali non hanno nessun potere, altrimenti non perderebbero tempo a discutere.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il mediatore, nelle cronache che ci raccontano, tra i due è forse il meno simpatico, perché si intromette tra due parti che discutono non per "mettere ordine", ma per aiutarle a raggiungere un accordo che scongiuri una qualche guerra o lite e permetta un ritorno a una qualche forma di normalità.

Nessuno ci potrà tuttavia smentire, se sosteniamo che, nonostante il loro aspetto molto poco eroico, queste figure del negoziatore e del mediatore sono state onnipresenti nella nostra storia (e non solo) e conoscono di questi tempi una diffusione mai vista prima, anche se i giornali e le televisioni non prestano loro molta attenzione.

Si negozia e si media oggi su tutto e non solo in politica e negli affari, ma anche dove eravamo abituati a pensare (o a fingere) che la certezza delle buone ragioni (e soprattutto la forza per difenderle) fosse al riparo da ogni trattativa, come nel mondo del diritto.

È arrivato quindi il momento di sostenere che ogni professionista, in qualunque modo coinvolto nell'applicazione e nella creazione di norme e regole giuridiche, e dunque in primo luogo se avvocato, deve possedere, accanto al bagaglio di conoscenze specifiche (normativa in vigore nel campo da lui frequentato, giurisprudenza, commenti accademici, pratiche codificate a vario titolo da organismi pubblici o privati, norme e pratiche processuali di corti pubbliche e private, regole contabili nazionali e internazionali), anche un bagaglio di conoscenze relative alla comunicazione efficace da praticare nella negoziazione e nella mediazione che si rendono sempre più necessarie quando la semplice "applicazione della regola", per ragioni diverse e sempre più frequenti, si impantana.

Con ciò non si intende affatto sostenere che le ragioni della legalità siano ineffettuali. Al contrario: una robusta iniezione di equità e di autonomia delle parti nella creazione delle regole che, in concreto e nello specifico, le riguardano non può che rafforzare la legalità e renderla più prossima alla vita quotidiana.

Occorre però avere chiara la differenza tra la comunicazione che si pratica nelle sedi in cui "si applicano" leggi e altre regole create da una autorità esterna e la comunicazione che deve essere praticata in sede di negoziazione e di mediazione.

3.3 Negoziazione, mediazione, lite, applicazione di una decisione dell'autorità, consulenza tecnica

I canoni della comunicazione nella negoziazione e nella mediazione (negoziazione assistita da un terzo indipendente) non devono essere confusi con i canoni cui si deve ispirare la comunicazione che si richiede per giungere in modo corretto a un giudizio che applica norme giuridiche o a un parere tecnico che applica regole tecniche o conoscenze scientifiche.

Non si tratta qui di operare un giudizio di valore sui diversi generi di comunicazione, ma semplicemente di esortare a non confonderli.

La modalità di comunicazione che si richiede nel corso di un processo che terminerà con una sentenza ha prodotto (negli ultimi due secoli) un proprio canone che oggi definiamo "causidico" e che si basa prevalentemente su argomenti logici e scritti, su metodi specifici di valutazione e dei fatti che si portano in giudizio, sulla strategia a sostegno di una chiara pretesa, ben definita sin dall'inizio del processo. Questo tipo di comunicazione deve essere riconosciuto come specifico del processo e non può essere visto o praticato come "la comunicazione tipica dell'avvocato" (la cui professione è stata ed è ben più ricca di competenze).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La comunicazione che mira alla produzione di una sentenza non ricomprende tutta l'attività "giuridica". Esiste infatti, ed è sempre più vasta, la produzione di accordi tra parti private e non, individuali e collettive, di cui solo una minima parte richiede poi un processo per essere eseguita. La comunicazione praticata nelle trattative che producono tali accordi civili e commerciali segue gli stessi canoni della mediazione e della negoziazione dei conflitti, che essa pure si sta estendendo: si tratta di un canone basato sul consenso e non sull'autorità, sull'autonomia e non sull'eteronomia.

Essa si basa su un canone a sua volta ancora diverso da quello richiesto alla comunicazione praticata per giungere, anche in contraddittorio, a un parere di natura tecnica o scientifica, il quale non implica la presa in considerazione di decisioni dell'autorità, ma di regole astratte o derivanti dall'esperienza.

3.4 Il setting della negoziazione e della mediazione

L'incontro con le parti coinvolte nella negoziazione o nella mediazione non si configura come una udienza formale e pubblica, presieduta da un'autorità e nemmeno come l'attività di un'assemblea (di soci, di condomini, di eletti) che deve produrre una deliberazione vincolante, ma come un momento privato e protetto dalla confidenzialità, nel quale il facilitatore della negoziazione sollecita il consenso delle parti su problemi che loro stessi, nella più completa libertà, decidono di affrontare, potendo in ogni momento ampliarli o cambiarli.

Le parti si incontrano non per sottoporre la loro vicenda a un giudizio, non per deliberare e nemmeno per chiedere il parere di un tecnico esperto, ma per decidere insieme se e come organizzare/riorganizzare la propria relazione nei suoi aspetti economici, patrimoniali, gestionali valutando insieme anche le conseguenze e gli effetti giuridici di tale organizzazione.

Prevale qui l'aspetto organizzativo e consensuale su quello autoritativo e processuale: il *setting* deve tenerne conto e favorire, nei limiti del possibile, l'informalità.

3.5 L'individuazione delle parti

Le parti della trattativa e/o della mediazione non sono soltanto quelle astrattamente titolari di diritti e di obblighi previsti dalla legge. I soggetti coinvolti a vario titolo nel problema della riorganizzazione o nel conflitto vanno ricercati tra coloro che possono influenzare, direttamente o indirettamente, il raggiungimento dell'accordo: parenti, vicini, clienti, collaboratori di fiducia, consulenti: si tratta di coloro che la dottrina anglosassone chiama *stakeholders*.

Dal momento che il facilitatore della negoziazione non è il mandatario di una delle due parti o della Pubblica amministrazione e non ha dietro di sé l'autorità di un giudice o l'autorevolezza di un esperto nominato da quest'ultimo o dalle parti, egli deve conquistarsi la loro fiducia.

Il facilitatore deve evitare di trincerarsi dietro le proprie competenze tecniche e/o giuridiche, ma ricordare che si tratta anzitutto di costruire una relazione. Tale compito è parallelo e distinto dalla elaborazione delle soluzioni tecniche. Esso richiede di coordinare, coinvolgere, aiutare le parti: saperlo fare è questione non solo di temperamento o di "buon senso", ma di esercizio nella comunicazione efficace.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.6 Scopo della negoziazione e della mediazione: giungere a un accordo

Lo stile di comunicazione nella trattativa è dunque aperto, informale, non gerarchico e mira a provocare un'apertura alla cooperazione da parte di tutti. In questo contesto, le tecniche di comunicazione (*softskills*) non sono lo zuccherino che Mary Poppins somministrava ai suoi pupilli prima di far loro ingurgitare la pillola amara delle tecnicalità che si presume essi non capiscano (*hardskills*), non costituiscono un placebo per bambini inconsapevoli, ma al contrario degli strumenti per attivare l'attenzione e la disponibilità delle parti a partecipare alla ricerca di soluzioni che ancora non si conoscono.

Il peggior errore del facilitatore della negoziazione (esperto nella composizione della crisi, mediatore) è quello di anteporre una soluzione tecnica ricavata dai dati ottenuti dalle parti al libero gioco delle domande e della ricerca di una soluzione non limitata da pregiudizi di sorta.

3.7 Il contratto frutto della trattativa è un accordo che ha valore di legge tra le parti

Il modello di qualunque trattativa avente "anche" contenuti tecnici, economici e patrimoniali, che si tratti di una mediazione tra due o più parti già coinvolte in una causa o di un confronto tra un imprenditore in crisi e i suoi creditori, è quello della trattativa tra parti diverse (anche numerose) per giungere alla conclusione di un contratto. Il principio dell'autonomia delle parti, in materia civile e commerciale, è oggi universalmente riconosciuto dagli Stati, sia pure con limiti di ordine pubblico più o meno estesi. In Italia l'articolo 1322 del Codice civile recita "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*" laddove per "legge" si intendono le norme di ordine pubblico o norme imperative, il cui perimetro è sufficientemente ampio da consentire l'esercizio della più ampia autonomia delle parti nella strutturazione del loro rapporto. Sottolineiamo quanto indicato dal secondo comma dello stesso articolo "*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare*".

Le parti possono dunque creare autonomamente una disciplina diversa da quella prevista dal Codice civile per i cosiddetti "contratti tipici": lo Stato riconosce effetti giuridici al loro accordo nei limiti e "a condizione che" sia meritevole di tutela e dunque applica le sanzioni previste dall'ordinamento alla parte che non rispetta gli obblighi assunti nell'accordo.

3.8 Il principio della buona fede nella trattativa

Dal punto di vista della specificità della comunicazione richiesta nella trattativa, le cose non cambiano: si presume che il consenso espresso da ciascuna parte coinvolta non sia forzato, che vi sia un certo grado di bilateralità e che tutte le parti partecipino in buona fede alla trattativa. Si tratta degli stessi requisiti che, a nostro avviso, deve avere ogni mediazione e ogni altro tipo di negoziazione assistita. L'articolo 1337 del Codice civile prescrive che "*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*".

La Corte di Cassazione ha dedicato, negli ultimi quindici anni, una particolare attenzione al principio della buona fede nelle trattative, ampliando la sua applicazione al di là della responsabilità precontrattuale come definita dalla giurisprudenza del secolo scorso (*si veda in proposito si veda il commento di C. Coppola nel presente fascicolo*).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Dal canto suo, già il decreto legge 118/2021 (oggi trasposto nel Codice della crisi nel titolo II dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83), che disciplina la composizione della crisi d'impresa, tratta in più punti della buona fede delle parti nella trattativa nella rinegoziazione dei contratti in essere tra l'imprenditore e i suoi creditori. L'art. 17, comma 5 del Codice della crisi prevede che "*nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni*". Più in generale, l'art. 4 comma 1 del Codice della crisi, prevede che nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza. Inoltre, anche le banche e gli altri intermediari finanziari sono tenute a partecipare allatrattativa "*in modo attivo e informato*" secondo quanto previsto dall'art. 16, comma 5, CCI. Il che significa, specifica il comma 6, che tutte le parti "*danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata*".

3.9 I limiti posti all'autonomia contrattuale dall'ordine pubblico statale e l'intervento del giudice

Dal punto di vista della nostra esperienza in mediazione e in negoziazione assistita, il problema è di evitare che alcune parti sottostimino il valore e l'importanza della trattativa, ad esempio nella composizione della crisi dell'impresa, non partecipandovi o assumendo posizioni meramente formali e di facciata senza "*collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto*" (art. 16, comma 6, CCI), non fornendo un contributo "*attivo e informato*" (art. 16, comma 5 CCI), non facendo proposte, o non pronunciandosi sulle proposte dell'esperto.

Tale comportamento, qualora non si giunga a un accordo tra l'imprenditore e i creditori seguendo l'articolo 23, comma 1 CCI, dovrà necessariamente essere tenuto in debito conto dal giudice ai fini di un accordo di ristrutturazione o dell'omologa del concordato semplificato richiesto dall'imprenditore ai sensi dell'articolo 25 *sexies* del Codice della crisi.

Come già la pratica della mediazione ha mostrato e come, verosimilmente, dimostrerà la pratica futura della composizione della crisi d'impresa, ogni parte coinvolta nella trattativa deve dare un proprio fattivo contributo al lavoro di "spacchettamento e di messa in prospettiva" dei magmatici contenuti dello squilibrio: il piano di risanamento, gli assetti organizzativi, il bilancio, gli assetti contabili, gli assetti amministrativi, l'utilizzo della finanza esterna messa a disposizione. Ciò implica un lavoro sinergico nel quale ognuno deve fare la sua parte.

Non si tratta tanto di tutelare il contraente debole, quanto di verificare se le parti (tutte le parti) hanno mostrato un impegno effettivo nella trattativa.

3.10 Lo stile di comunicazione nella negoziazione competitiva

Il tratto essenziale della negoziazione competitiva è l'idea che dalla trattativa escono sempre un vincente e un perdente. Dal momento che si parte dal postulato che "le risorse sono scarse", necessariamente uno dei contendenti dovrà cercare di portare a casa "la posta in gioco". Gli ar-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

gomenti che si spendono sono quindi usati per vincere e sono spesso di natura manipolativa: nel paragrafo che segue ne ricordiamo e illustriamo alcuni.

Ciascuno potrà riconoscersi, perché sono spesso sono usati da tutti, in modo talvolta inconsapevole, anche dai più convinti promotori della negoziazione collaborativa.

Potremmo anzi sostenere che la negoziazione competitiva e i suoi argomenti sono tuttora i più usati nel mondo dei professionisti e questa è la ragione per la quale molte negoziazioni falliscono.

È questa, inoltre, la ragione dell'utilità del terzo facilitatore della trattativa, i cui obiettivi non si identificano con una delle parti.

Come è stato mostrato dalla scuola di negoziazione di Harvard (*R. Fisher e W. Ury, L'arte del negoziato*, Corbaccio, 2019), è facile che le trattative condotte nel contesto della negoziazione competitiva entrino in una posizione di stallo: la trattativa si irrigidisce, diventa un "negoziato di posizione", nel quale si finisce per mercanteggiare sul prezzo dopo avere delimitato sempre di più il perimetro dei temi da affrontare.

La negoziazione competitiva funziona veramente soltanto in due casi: una delle due parti è (rappresenta) l'autorità, oppure è detentrice di una forza (non necessariamente una forza fisica o economica, può trattarsi di informazioni o competenze) preponderante (e l'altra parte lo sa o ritiene che così sia). In presenza di tale disparità, una delle due parti è in grado di imporre all'altra, in modo più o meno aperto o mascherato, le proprie condizioni. In queste trattative il *bluff* sulla forza (o sull'autorità) che si possiede può diventare un elemento cruciale e l'esito è il conflitto aperto o la resa.

Tuttavia, anche in questi casi, il successo di una delle due parti crea arroganze, frustrazioni e umiliazione, che paradossalmente costituiscono spesso il punto di partenza di futuri e più violenti conflitti.

3.11 Tattiche usate nella negoziazione competitiva

Le tattiche di negoziazione competitiva esemplificate di seguito non devono essere giudicate da un punto di vista morale o deontologico su come "non" condurre la trattativa, ma come modalità utilizzate quando ci poniamo innanzitutto l'obiettivo di vincere o far vincere una delle parti.

- Lusinghe e complimenti di maniera all'altra parte.
- Abbandono o disinteresse ostentato per la persona o gli argomenti dell'altra parte, silenzio ostile.
- Occultamento di aspetti decisivi per la discussione o la soluzione del problema di cui si sta discutendo.
- Fraintendimento deliberato del significato delle parole usate dall'altra parte.
- Predefinizione, all'insaputa dell'altra parte, dell'obiettivo e del percorso per raggiungerlo.
- Imposizione all'altra parte di una scala di valori o di priorità rappresentata come oggettiva e non discutibile.
- Provocazione nell'altra parte di comportamenti di cui in seguito ci si dovrà scusare.
- Suggerimento di un comportamento o una soluzione con l'intento di provocare nell'altra parte il comportamento opposto.
- Bullismo e/o paternalismo, forme di aggressività non verbali.
- Coinvolgimento dell'altra parte in una identità presunta comune (politica, sportiva, religiosa).
- Fare previsioni catastrofiche.
- Appoggiarsi a un'autorità indiscussa (la scienza, la Suprema Corte, l'opinione pubblica).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.12 Lo stile di comunicazione nella negoziazione collaborativa

Possiamo però percorrere una strada differente. Possiamo chiederci se le risorse siano davvero scarse, se tale convinzione non sia un retaggio del passato e se sia davvero il presupposto di una negoziazione efficace.

Per fare questo passo occorre anzitutto capire di quali risorse si stia parlando: nel mondo attuale si tratta essenzialmente di intelligenza, da intendersi sia come quantità attingibile di dati potenzialmente disponibili su un problema, sia come capacità di pensare a una pluralità di soluzioni di quel problema.

La scienza ci ha abituati da molto tempo a vedere l'intelligenza come una risorsa da condividere: purtroppo spesso non adottiamo questo approccio nella trattativa, perché focalizziamo unicamente ed esclusivamente la nostra attenzione sui possibili vantaggi che possiamo ricavarne singolarmente. Siamo inconsapevolmente prigionieri dello schema atavico preda/ predatore.

Il ruolo del facilitatore/ mediatore consiste nell'aiutare le parti a mettere in comune le forze sul presupposto che vi sia molta più intelligenza intorno a loro e molte più soluzioni di quante esse ne vedano stando nello schema della preda e/o predatore.

3.13 Tattiche usate nella negoziazione collaborativa

Parimenti le tattiche di negoziazione collaborativa non vanno viste come esortazioni morali o deontologiche su come condurre la trattativa, ma come modi di coinvolgere entrambe le parti, nello stesso tempo in cui si discutono le soluzioni tecniche, con il fine preciso di provocare una soluzione condivisa.

- Silenzio attento e amichevole.
- Orientamento al futuro.
- Messa a disposizione della propria esperienza di casi analoghi.
- Sottolineatura dell'urgenza e del bisogno di tempestività di una soluzione.
- Rappresentazione di un rapporto favorevole costi/benefici.
- Incoraggiamento, apprezzamento dei risultati già raggiunti nella trattativa.
- Uso di metafore e immagini.
- Stimolo/evocazione di emozioni in rapporto con metafore o narrazioni.
- Rappresentazione della "cruda verità" (svantaggi, pericoli della situazione).
- Mostrare che si prendono seriamente in considerazione la persona e gli argomenti dell'altra parte.
- Uso di domande aperte e di domande retoriche (la cui risposta è scontata).
- Spiazzamento e spostamento dell'attenzione su altri argomenti e/o situazioni.
- Sottolineatura di situazioni/esperienze/problemi che si hanno in comune.
- Sottolineatura della eccezionalità/originalità del caso che si sta discutendo o, all'opposto, della sua banalità.
- Rappresentazione di più vie d'uscita/opzioni per la soluzione del problema.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Strategie di negoziazione collaborativa

Diego Comba

SOMMARIO: 4.1 La strategia del dialogo – 4.2 Discussione e confronto – 4.3 Esperienza e autorevolezza – 4.4 La strategia dell'osservazione – dell'interlocutore – 4.5 La mappa dei talenti (e del loro lato d'ombra) – 4.6 La zona di comfort dell'interlocutore – 4.7 L'attenzione contestuale ai problemi e agli atteggiamenti, un esercizio – 4.8 La strategia dell'adeguamento all'interlocutore – 4.9 La valutazione delle opzioni: focalizzazione, riflessione e immaginazione – 4.10 Backtracking, mirroring e presupposti non esplicitati, un esercizio – 4.11 La strategia delle posizioni percettive – 4.12 La strategia del feedback – 4.13 La strategia della ricontestualizzazione (reframework) – 4.14 La strategia dell'ascensore – 4.15 La coerenza con le convinzioni e la congruenza dei comportamenti – 4.16 La strategia dell'esplorazione delle asimmetrie – 4.17 L'esplorazione dei punti di rottura della relazione complementare e il ripristino dell'equilibrio – 4.18 La strategia dei cappelli colorati – 4.19 La strategia della valorizzazione dell'esperienza di ciascuna parte – 4.20 La strategia delle domande e della riformulazione/parafrasi

Le strategie che qui di seguito proponiamo non sono mere tattiche da utilizzare in una negoziazione orientata a trovare soluzioni condivise in un ottica win-win, che comporti vantaggi per tutte le parti. Si tratta di giochi interattivi nei quali coinvolgere le parti con lo scopo di uscire dalla logica del "duello" e di mostrare concretamente a ciascuno degli interlocutori che la relazione che si crea è più importante dei singoli interlocutori e può effettivamente produrre soluzioni prima non pensate e non pensabili "da soli".

4.1 La strategia del dialogo

La negoziazione collaborativa si basa essenzialmente sulla pratica del dialogo. Presupposto del dialogo è l'idea della irriducibile diversità di ciascuna parte coinvolta nel conflitto o nella trattativa: se ciascuna parte è diversa dall'altra, i concetti di "utile", di "ragionevole", di "buon senso", di "realtà" sono irrimediabilmente rappresentati in modo diverso. A maggior ragione lo sono i fatti, le circostanze, le aspettative che ciascuno degli interlocutori si rappresenta nella trattativa in corso.

La psicologia ci ha ormai insegnato (ma alcuni filosofi del passato lo avevano già sostenuto) che una relazione equilibrata e creativa tra le persone non si basa su parametri oggettivi e universali (astratti), ma sulla onesta presa d'atto che la realtà è frutto dell'esperienza, dell'interazione concreta tra posizioni che fanno capo a sistemi cognitivi individuali tra loro differenti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

(F. Varela, *Invitation aux sciences cognitives*). Ne consegue che il rispetto per l'interlocutore non è meramente formale, ma sostanziale: esso costituisce una garanzia di efficacia della soluzione che insieme troveremo, entrambi contribuendo con le nostre modalità (differenti) di comprensione alla soluzione del problema che stiamo affrontando.

La strategia del dialogo si basa su un presupposto esplicito: la soluzione che alla fine emergerà non sarà il frutto della tesi di uno dei due interlocutori, ma entrambe le posizioni inizialmente pensate ed esposte verranno necessariamente superate e integrate da una terza soluzione, non prevista e non premeditata, che sarà emersa durante il dialogo. Le condizioni del gioco sono semplici: a) le parti, dialogando, si lasciano andare a un libero scambio di ipotesi non precostituite a priori, basate sulla loro esperienza; b) entrambe rispettano e ascoltano l'interlocutore prima di formulare le proprie ipotesi.

4.1.1 Dialogo e conversazione

Affinché il dialogo come sopra definito produca i suoi effetti creativi, occorre distinguerlo da altre pratiche di interlocuzione e, in primo luogo, dal mero scambio di opinioni non finalizzato a una soluzione specifica volta a risolvere un problema concreto e specifico. La cosa sembra in sé evidente, ma non è così: ad esempio, i responsabili commerciali delle imprese si scambiano, con partner italiani ed esteri, numerosi messaggi che non hanno finalità precise, se non quella di sondare la disponibilità dell'altra parte a entrare in una trattativa il cui oggetto (una vendita, una licenza, un possibile investimento congiunto) verrà precisato eventualmente in un momento successivo.

In generale molto spazio è dedicato nelle relazioni umane alla semplice chiacchiera che non si pone alcuna direzione specifica, ma un mero intrattenimento: nel dialogo non è così, le parti si sforzano di individuare insieme una direzione, la quale non è predeterminata.

4.1.2 Dialogo e discorso

La maggior parte delle interlocuzioni che vengono svolte in ambiti professionali, culturali o politici consistono di esposizioni più o meno estese, più o meno articolate, pensate e preparate prima dell'incontro e miranti a ottenere l'assenso dell'interlocutore. Non si tratta affatto di dialoghi che lasciano uno spazio all'altra parte, ma di discorsi/lezioni frontali il cui percorso logico è stato accuratamente preparato e "non prevede interruzioni". Al più viene lasciata la possibilità di formulare delle domande al termine dell'esposizione, sul modello delle lezioni accademiche o delle conferenze tenute nei diversi circoli sociali. Si mira a convincere, a spiegare, non a cercare insieme una soluzione.

Talvolta, tuttavia, la relazione di apertura è breve e interlocutoria, strutturata per affrontare più opzioni possibili e per accogliere integrazioni o obiezioni rilevanti. In questo caso si tratta di relazioni introduttive a incontri il cui svolgimento sarà dialogico e le cui conclusioni potranno essere molto diverse da quelle ipotizzate nella relazione introduttiva.

Ovviamente il dialogo può svolgersi anche per iscritto attraverso numerose repliche e controrepliche, ma perde gran parte della sua spontaneità e della sua utilità nella creazione di soluzioni prima non immaginate, soprattutto quando si tratta di problemi concreti e di soluzioni specifiche. Lo scambio di scritti (ad esempio di *email* in una trattativa) è una forma di comunicazione che può essere molto utile, soprattutto nella fase introduttiva, purché sia chiara

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e interlocutoria, con lo scopo di preparare un dialogo sufficientemente informato e poi nella fase conclusiva, quale sintesi della discussione orale intervenuta tra le parti. Un momento di oralità nella parte centrale nella trattativa è essenziale per il dialogo efficace, perché valorizza e permettere di far emergere quelle differenze che una trattazione scritta logica e ordinata tende a rimuovere.

4.2 Discussione e confronto

Il dialogo viene spesso confuso con la modalità del confronto polemico molto praticata nei *talk show* televisivi, ma anche altrove. Qui non solo il confronto si trasforma spesso in uno scontro verbale che tende a degenerare nell'insulto, ma risulta evidente che nessuno degli interlocutori sta ascoltando seriamente l'altro nel tentativo di comprendere i suoi argomenti e le sue specificità.

Manca spesso persino il tentativo di convincere o di trovare una soluzione al problema: ci si limita a mettere in mostra se stessi e le proprie convinzioni, nel tentativo di raccogliere un consenso identitario dei terzi che assistono al confronto, per scopi che nulla hanno a che vedere, talvolta, con il tema stesso della discussione.

Sappiamo ovviamente che, quando praticato in certe sedi, si tratta di una forma di *enterteinement*: in una trattativa vera può portare tuttavia a una *escalation* del conflitto.

4.3 Esperienza e autorevolezza

La diversità che il dialogo presuppone non è la differenza ideologica o identitaria, ma la specificità delle singole esperienze maturate e delle competenze acquisite esercitando il proprio mestiere e la propria intelligenza su casi simili in ambiti analoghi. L'autorevolezza, in primo luogo del facilitatore, si conquista sapendo sollecitare l'esperienza che le parti hanno maturato e sapendo offrire la propria: in questo contesto le competenze tecniche sono il frutto di esperienze maturate in proprio nella *praxis* e non l'applicazione di meri protocolli elaborati da terzi.

4.3.1 Cominciare dall'interlocutore, un esercizio

Il dialogo vero inizia sempre dal "far parlare" dapprima il nostro interlocutore: il suo aspetto, il suo atteggiamento nei nostri confronti, il suo linguaggio verbale e non verbale. Accoglierlo adeguatamente significa accordagli la nostra attenzione, fargli percepire che prendiamo in considerazione la sua peculiarità e che il nostro tempo con lui non sarà speso unicamente per comunicargli rapidamente il nostro messaggio, *"deliver the speach"*.

Dal momento che il dialogo è una strategia pratica che esige un esercizio costante, suggeriamo il seguente esercizio, preliminarmente necessario a ogni dialogo autentico: scegliete un incontro, nel corso della giornata, nel quale iniziate mettendo completamente "tra parentesi" voi stessi, le vostre aspettative e i vostri argomenti e dedicate almeno dieci minuti a osservare il vostro interlocutore: le sue scarpe, i suoi vestiti, il suo modo di esprimersi, i suoi atteggiamenti nei vostri confronti, le sue aspettative esplicite. Nel frattempo, ponetegli la domanda: che cosa pensa che io possa fare per lei?

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.4 La strategia dell'osservazione dell'interlocutore

Il sistema scolastico occidentale ci spinge a "lavorare sui nostri punti deboli" creando così spesso il paradosso che molti di noi scoprono tardi e coltivano male i propri "punti forti". Talvolta l'elenco delle incombenze educative di un bambino (curricolari ed extracurricolari) oggi è più lungo di quello di un amministratore delegato di una grande impresa e può impedirgli di scoprire e di coltivare in modo preponderante i suoi talenti specifici, gli unici che possono farlo felice.

In una trattativa, il facilitatore deve sapere riconoscere e valorizzare anzitutto i propri talenti e contestualmente anche quelli delle parti. Perché? Dalla valorizzazione dei talenti emerge la diversità dei punti di forza di ognuno: è, di conseguenza, il luogo dove egli può dare il suo massimo contributo. Vi sono ogni sorta di talenti che possono rivelarsi importanti per il successo di una trattativa: talenti analitici (saper mettere ordine tra i fatti e gli argomenti), talenti relazionali (saper connettere le persone, saper creare informalità e intimità, saper motivare), talenti innovativi (capacità strategiche, capacità innovative, capacità di adattamento), talenti organizzativi (messa a fuoco, azione).

Come nell'antica pratica corsara dell'abbordaggio, ogni relazione non sporadica e non occasionale deve sapere molto della propria nave e abbastanza dell'altra nave per essere in grado di individuare un punto di contatto che consenta di gettare ponti, sia pure mobili e provvisori: altrimenti non vi è scambio ravvicinato, ma solo cannonate a distanza. Il mediatore/facilitatore, da questo punto di vista, è davvero un facitore di ponti.

4.5 La mappa dei talenti (e del loro lato d'ombra)

La domanda, dunque, diventa: come è disegnata la mia mappa di facilitatore e/o negoziatore? I miei talenti in quale quadro di comportamento abituale vengono (o non vengono) esercitati? Quali sono i "lati d'ombra" (le insofferenze, le frustrazioni, le idiosincrasie) dei miei punti forti che renderanno difficile la creazione di una relazione con le parti della trattativa?

Il facilitatore di una trattativa dovrebbe preliminarmente porsi queste domande e di solito conosce già le risposte, ma quando, in qualità di professionista, viene incaricato di occuparsi di una negoziazione o di una mediazione, trova di solito più agevole "scomparire" dietro le proprie competenze tecniche o dietro l'autorità del mandato che gli è stato conferito.

Perché? Sosteniamo che non sia per pavidità, ma per abitudine, per comodità e per un'aspettativa di maggior rapidità. È la vecchia idea che l'eteronomia renda più liscio e agevole il percorso che porta al consenso delle parti: si deve fare così perché lo dice l'autorità (dello Stato, della tecnica, del diritto).

Peccato che, quando si confrontano due esperti di qualunque materia, si apra immediatamente tra loro un'altra trattativa sul significato da attribuire proprio a quella soluzione che sembrava certa e oggettiva.

È faticoso accettare di percorrere la strada dell'autonomia, perché essa sembra più lunga e accidentata, perché implica che l'accordo coinvolge non soltanto la parte "tecnica", ma tutta la persona (anche la parte emozionale) di tutte le parti coinvolte: in qualche modo essa scopre le debolezze, ma nel contempo comunica alle parti un senso di libertà (*empowerment)* che valorizza i loro punti di forza e li aiuta ad andare oltre le posizioni formali inizialmente assunte. La pratica della mediazione ci mostra chiaramente che non solo è possibile un coinvolgimento delle parti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nella creazione di soluzioni condivise, ma, quando viene attuato, l'accordo raggiunto alla fine è più ricco, solido e duraturo e le parti non si sentono frustrate.

4.6 La zona di comfort dell'interlocutore

Quella che ormai viene definita comunemente la zona di *comfort* non è altro che la nostra "coazione a ripetere", il cerchio più ristretto della mappa che usiamo abitualmente (la nostra mappa è più ampia), autolimitandoci e ignorando il cerchio più grande, rifiutando spesso perciò situazioni nuove dalle quali possiamo sempre comunque imparare su noi stessi (sulla parte più ampia della nostra mappa). In questa prospettiva, ogni trattativa è invece una sfida a uscire dalla nostra zona di *comfort,* un'occasione per imparare ed è questa la vera motivazione che il facilitatore/mediatore deve trasmettere alle parti e ai loro consulenti.

In contesti sociali e lavorativi fluidi come quello attuale, l'incertezza del futuro è diventata la regola e la zona di normalità (di *comfort),* che sino a qualche anno fa ci faceva delegare molte decisioni ad altri o ai nostri automatismi, ci irrigidisce e ci rallenta pericolosamente, ci impedisce di adattarci a condizioni che cambiano continuamente e può quindi compromettere gravemente l'equilibrio delle nostre relazioni con gli altri. Questa è del resto la vera ragione per cui il principio dell'autonomia sta prevalendo su quello dell'eteronomia: perché fornisce uno strumento migliore (più rapido e flessibile) di adattamento al cambiamento. Ciò riguarda ogni relazione umana e non soltanto le trattative di natura professionale, commerciale o economica, ma queste ultime sono particolarmente interessate dal mutamento in corso.

4.7 L'attenzione contestuale ai problemi e agli atteggiamenti, un esercizio

Proponiamo qui un esercizio da svolgere quotidianamente nella vita professionale o in altri ambiti che richiedano comunque una discussione per soluzione di un problema, anche semplice.

Osservate per il maggior tempo possibile e poi annotate gli atteggiamenti che le diverse persone assumono l'una nei confronti dell'altra (postura del corpo, manifestazione di fastidio, aggressività, distanza, assertività) e, allo stesso tempo, ponete attenzione agli argomenti, alle proposte tecniche che vengono avanzate. Lo scopo non è quello di giungere a un giudizio sul comportamento o sulla bontà delle soluzioni proposte, ma di addestrarvi a esercitare una doppia contestuale attenzione e di cogliere le congruità e incongruità tra gli argomenti e i comportamenti di ciascuno.

4.8 La strategia dell'adeguamento all'interlocutore

L'adeguamento all'interlocutore è una forma di avvicinamento, è la ricerca di un contatto con l'interlocutore che vada oltre, sarebbe più giusto dire che si collochi prima delle argomentazioni tecniche: a questo ci conduce il discorso sulle peculiarità di ciascuna parte e sull'attenta osservazione di tali peculiarità. Si crea così per il facilitatore un "doppio binario" di attenzione: seguire il filo degli argomenti tecnici e nel contempo instaurare una connessione più profonda con ciascuna delle parti, basata su una sintonia che non dovrebbe essere confusa con l'empatia. In un'orchestra

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

non sarebbe appropriato definire come empatico il rapporto tra i vari strumenti, ma è indubbio che esiste tra loro una forte integrazione, che va al di là delle competenze tecniche degli orchestrali.

4.9 La valutazione delle opzioni: focalizzazione, riflessione e immaginazione

L'osservazione di noi stessi e dell'interlocutore ci porta ad accorgerci che esistono dei veri e propri "stili di pensiero" diversi, i quali emergono dal modo con cui organizziamo i dati della nostra percezione ed esperienza (e riguardano le modalità di ingresso dei dati, la loro elaborazione e stoccaggio e il loro recupero quando devono essere poi utilizzati). In alcune persone prevale la modalità della visualizzazione, in altre la modalità della verbalizzazione, in altre ancora la modalità cinestesica. Di conseguenza alcune informazioni che giungono dall'esterno non vengono registrate o vengono successivamente ignorate, altre vengono esaltate e generalizzate.

Alcuni privilegiano un tipo di approccio rivolto prevalentemente verso l'esterno, altri ancora concentrano la loro attenzione prevalentemente su se stessi.

Sarebbe tuttavia assai limitante cercare di incasellare se stessi o il nostro interlocutore in una categoria unica: in effetti ognuno di noi può essere interpretato, almeno in parte, come un insieme unico di attitudini e di approcci all'ambiente esterno. Si possono individuare (D. Markova, *Collaborative intelligence*) almeno tre posture che usiamo quotidianamente: a) per agire, focalizzandoci sull'obiettivo, nell'attività che ci viene richiesta sul momento (*focusing),* b) per riflettere e valutare la scelta migliore tra possibilità già conosciute(*sorting*) e c) per lasciarci andare nell' l'ambiente e con l'inconscio nella ricerca di opzioni per noi totalmente nuove(*opening*). Ognuna di queste posture in ciascun individuo utilizza una modalità visiva, auditiva o cinestesica diversa.

È importante comprendere in quali momenti noi o il nostro interlocutore non siamo disposti a discutere di alcune opzioni possibili già definite, ma sentiamo il bisogno di immaginare, anche un po' ingenuamente, soluzioni totalmente nuove (torneremo su questo punto trattando della strategia dei "cappelli colorati").

Così come può essere inopportuno focalizzarci subito su un'azione senza avere prima rappresentato all'altra parte che esistono alternative conosciute e praticabili. Occorre muoversi insieme con l'altra parte nella focalizzazione, nella riflessione e nell'esercizio di immaginazione.

4.10 Backtracking, mirroring e presupposti non esplicitati, un esercizio

Muoversi insieme significa anche adottare preliminarmente lo stile di pensiero e il modo di esprimersi dell'interlocutore, "adeguarsi al suo stile" si potrebbe dire, per trovare dei punti di convergenza. Si possono consapevolmente adottare alcuni suoi atteggiamenti (*mirroring*) oppure alcune sue espressioni o parti del suo vocabolario (*backtraking*). Si tratta di metodi molto usati in mediazione per avvicinarsi alla mappa dell'altra parte. Ancora più efficace può rivelarsi il "seguire le tracce" non meramente delle forme verbali, ma dei presupposti che in modo non esplicito (e a volte inconsapevole) il nostro interlocutore pone alla base delle sue argomentazioni. Ad esempio, le sue ragioni possono essere basate sul presupposto implicito che "occorre allontanarsi dalla situazione" di cui si sta discutendo, oppure può essere orientato al raggiungimento di un obiettivo che costantemente ripropone (verso ...). Un'altra "traccia" da seguire è il rapporto tra il dettaglio e l'insieme, l'albero e la foresta. Ancora si può osservare una particolare

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

insistenza dell'interlocutore su ciò che egli "vuole" (riferimento interno, soggettivo, desideri e aspettative personali) oppure su ciò che egli ritiene "si debba fare" (riferimento esterno, senso del dovere, orientamento alle regole vigenti nell'ambiente circostante).

In questo ambito si possono individuare poi ricorrenze e insistenze sul "compito da portare a termine" o sulla "relazione da proteggere".

Un esercizio molto utile da praticare per affinare le strategie di avvicinamento all'interlocutore consiste nel seguire e riprodurre le sue forme di espressione e nell'adottare i suoi presupposti impliciti (ad esempio partendo anche noi dall'esame dell'albero e non della foresta). Ci stupiremo di quanto possa risultare utile questo esercizio se praticato con costanza. È infatti uno dei modi migliori per scoprire (tra l'altro) i punti ciechi della nostra zona di *comfort,* ossia la parte più ampia della nostra mappa.

4.11 La strategia delle posizioni percettive

Si tratta di passare rapidamente, nella trattativa, da un punto di vista a un altro ed è una strategia di "mobilitazione delle parti", metodo che continuamente viene praticato in mediazione.

4.11.1 Io, tu, terza persona singolare

Tutti gli interlocutori, le parti, i loro consulenti, il facilitatore, hanno sufficienti risorse immaginative per transitare dal punto di vista soggettivo personale (io) alla immedesimazione nel modo di rappresentarsi la situazione dell'interlocutore (tu), soprattutto se hanno una certa esperienza di trattative già svolte.

Tuttavia assistiamo spesso a un rifiuto di esprimere in modo franco e diretto un proprio parere (sensazione, intuizione) soggettivo o a esprimere una qualche forma di comprensione per la posizione soggettiva dell'interlocutore. Si preferisce assumere una posizione "oggettiva" (terza persona singolare spesso espressa in modo impersonale), perché, così espressa, la posizione sembra più autorevole, neutrale, avalutativa.

4.11.2 Noi

Al noi, al punto di vista comune che può portare a una soluzione condivisa, si giunge, a nostro avviso, soltanto quando si sono abbandonati i falsi pudori dell'oggettività e si è trovato il coraggio, anche in un incontro separato con il mediatore, di mostrare ciò che davvero si vuole e (importante) ciò che si pensa che l'altra parte "realmente voglia".

Poco importa se sono esagerazioni o supposizioni infondate: è a partire da lì che il facilitatore può iniziare il proprio lavoro. Occorre in ogni caso sloggiare le parti dalla terza persona singolare, che spesso è impersonale e fa rima con "si deve".

4.12 La strategia del feedback

L'uso del *feedback* è di grande utilità nella conduzione di una trattativa.

Esso significa retroazione, effetto che retroagisce sulla causa (sulle concause) che lo ha de-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

terminato. È analizzato in molti ambiti scientifici laddove l'interazione continua tra stimolo e risposta (ad esempio nello studio di tutti i sistemi viventi e nella cibernetica) è considerata più importante del calcolo di un effetto mirato e definitivo (come ad esempio nella meccanica o nella balistica tradizionale).

4.12.1 Pensiero sistemico e pensiero lineare: il loop, una relazione circolare

La nozione di "sistema" è spesso definita in contrapposizione a un insieme di elementi inerti che tra loro non comunicano, ad esempio un mucchio di granelli di ghiaia (A. Gandolfi, *Formicai, imperi, cervelli*).

Al contrario, un sistema contempla necessariamente l'interazione continua di ciascuno dei suoi componenti con gli altri (ad esempio i neuroni del cervello). Il pensiero sistemico è stato applicato alle relazioni umane per valorizzare la relazione in sé (la sua forma, le sue modalità) piuttosto che gli scopi individuali che si pone ciascuna parte del rapporto (G. Bateson, *Verso un'ecologia della mente*).

Nel pensiero lineare (che segue la logica causa/effetto della fisica meccanicistica) ciò che conta è l'obiettivo da raggiungere, nel pensiero sistemico ciò che conta è la modalità della relazione. Questo approccio può risultare molto utile in una negoziazione collaborativa, perché esso parte dal presupposto che non esiste un punto di vista oggettivo, terzo, esterno, ma l'osservatore (lo stesso facilitatore della trattativa) è coinvolto anche lui nella relazione: l'obiettivo non può essere fissato una volta per tutte a priori, ma evolve per "progressive condivisioni che si creano lungo il percorso".

Il *loop*, la relazione circolare, è il modello del sistema che esiste, evolve o si disgrega grazie alla condivisione di uno scambio continuo di *feedback*. Non è la realizzazione di una visione iniziale dettagliata prodotta *ex ante* dall'esterno (come un orologio o una macchina), ma di un ordine spontaneo in continuo movimento: esattamente come accade negli esseri viventi, il sistema evolve o deperisce grazie alla continua creazione/rinnovo di un suo specifico e concreto equilibrio non prevedibile e non programmabile secondo leggi generali. L'equilibrio si basa su effetti di retroazione costanti (*feedback* negativi), che garantiscono continuità, e su effetti di retroazione imprevisti (*feedback* positivi), che possono creare una crisi (salutare o mortale).

Il modello del *loop* sistemico può essere adottato, a nostro avviso, come paradigma della negoziazione collaborativa. Come è stato detto recentemente da un noto fisico nucleare, "*Noi siamo pezzi del reale che interagiscono con altri pezzi del reale e navighiamo in questa interazione continua. Se accettiamo che siamo incertezza, navighiamo molto meglio nel mondo"* (C. Rovelli, *Metamorfosi, Sotto il vulcano*).

4.12.2 Non ci sono errori, ma solo risultati

Una conseguenza rilevante dell'assunzione del modello sistemico consiste nell'abbandono del parametro giusto/sbagliato: se non esiste un ordine prestabilito che discende da una legge generale (eteronomia) e non esiste un obiettivo a priori fissato che non sia "l'equilibrio/riequilibrio concreto di quello specifico sistema" (autonomia), allora non esistono errori, ma solo risultati utilizzabili per gli esperimenti/ esperienze che verranno. Questa prospettiva valorizza le intenzioni e la buona fede delle parti e relativizza ogni formalismo di natura tecnica o giuridica ampliando di molto le possibilità di successo di ogni trattativa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.12.3 Feedback negativo e feedback positivo, un esercizio

Un esercizio da consigliare consiste nell'osservazione della differenza tra *feedback* negativi, i quali tendono a perpetuare la struttura della relazione "così com'è", e *feedback* positivi, i quali tendono a creare un nuovo equilibrio attraverso l'introduzione nella relazione di uno stimolo non atteso. Questo esercizio aiuta a comprendere che ogni relazione può essere vista come un sistema che possiede un proprio equilibrio "fragile", ossia sempre modificabile da azioni/ impulsi esterni che lo possono destabilizzare.

4.13 La strategia della ricontestualizzazione (reframework)

Il cambiamento del contesto in cui si muove la trattativa e del modo con il quale è percepito da ciascuna delle parti può essere un fattore potente di sblocco del negoziato. Può costituire un *feedback* positivo che spiazza le parti e apre nuove prospettive alla relazione.

4.13.1 Il passato e il futuro, il cambiamento del contesto temporale

Collocare il rapporto in una nuova cornice temporale talvolta è decisivo e viene praticato spesso dai mediatori e negoziatori più avvertiti. Talvolta le parti sono "tetanizzate" dal passato, da ciò che avrebbe potuto verificarsi e invece non è accaduto, dalle colpe (vere o presunte) dell'interlocutore: reincorniciare il rapporto proiettandolo nel futuro fornisce due aiuti importanti.

In primo luogo, consente una verifica sull'opportunità di proseguire la relazione e, in secondo luogo, permette di vedere opportunità e prospettive sulle nuove forme che può assumere la relazione.

4.13.2 Qui o altrove, il cambiamento del contesto spaziale

Il "dove" è un'altra cornice che può cambiare e fare cambiare in modo significativo le aspettative in gioco nella trattativa. Non si tratta soltanto del pure importante effetto di spiazzamento che consiste nel "cambiare luogo" (perché non vendere tutto e andarsene?). I luoghi in cui si vive, si produce, si scambiavano o si scambiano prestazioni, beni e (in primo luogo) significati possono essere radicalmente diversi per ciascun interlocutore e creare parole e immaginari completamente differenti, anche all'interno della stessa nazione.

In ogni trattativa che si svolga tra parti provenienti da luoghi diversi, seppure, in Italia, non lontanissimi, si rende necessaria anche un'attività di mediazione linguistica e culturale.

4.13.3 Noi e gli altri, il pensiero laterale

Il pensiero verticale si concentra sul proprio oggetto, dentro i

confini della propria disciplina, del proprio ambito di attività. Il pensiero laterale si pone invece un'altra domanda: ma gli altri che cosa fanno? Esistono casi o pratiche in altri campi che possono suggerisci idee utilizzabili nella nostra vicenda? La creatività si caratterizza allora come capacità di cercare: non soltanto scavando e migliorando la vecchia miniera, ma anche altrove, in campi vicini o in ambiti avvicinabili grazie alla nostra abilità di "ragionare per analogia" (E. De Bono, *Creatività e pensiero laterale).* La trattativa si trova qui a un giro di boa e chiede al media-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tore/facilitatore di andare oltre l'accoglienza e la considerazione di ciascuna parte, oltre l'osservazione dei meccanismi di retroazione sistemica tra le parti. Qui il facilitatore deve adottare un atteggiamento "interventista", usare il credito e i dati acquisiti nelle prime sedute di ricognizione e iniziare, con questa strategia e con quelle che seguono, a navigare con le parti nella esplorazione e nella invenzione di nuove opzioni. Se il lavoro di accoglienza e di contatto è stato svolto in modo appropriato, il facilitatore non si imporrà "sulle" parti, ma sarà in grado di lavorare "con" esse, perché avrà conquistato la loro fiducia pur senza avere alcuna autorità.

4.14 La strategia dell'ascensore

Ognuno di noi coltiva convinzioni e credenze che può esibire o, più spesso, non manifestare apertamente, anche se lo condizionano profondamente.

Tuttavia è stato osservato ormai da tempo (R. Dilts, *L'evoluzione della PNL*) che esistono altri piani, altri "livelli logici" che organizzano la nostra esperienza e il nostro apprendimento, in modo parallelo e connesso con le nostre convinzioni: il livello dell'interazione fisica con l'ambiente circostante, il livello delle interazioni emotive e di comportamento con altri soggetti, il livello nel quale realizziamo e scambiamo con altri prestazioni basate sulle nostre capacità e competenze.

4.15 La coerenza con le convinzioni e la congruenza dei comportamenti

I diversi livelli di esperienza di una persona sono certamente connessi, ma non necessariamente coerenti tra loro: spesso, come dice un detto popolare, "*la mano destra non sa quello che fa la sinistra*". Il mediatore può, negli incontri separati, attivare "un ascensore" e spostare la parte interessata da un piano all'altro, impedendole di fissarsi su questioni di principio (piano dei valori), su questioni di mero interesse pecuniario (ambiente) o su diatribe su come deve essere svolta una certa prestazione (capacità).

4.15.1 Il passaggio da un livello all'altro, presa d'atto delle incoerenze e delle incongruenze

La parte può così scoprire, esaminando il problema di cui si discute alla luce dei propri valori o di ciò che potrebbe fare per risolverlo o dei vantaggi concreti e materiali che potrebbe ricavare dalle diverse soluzioni prospettate, che non vi è coerenza tra i suoi diversi livelli di esperienza e, cosa ancora più interessante, che molti suoi comportamenti non sono congruenti (in armonia, allineati) con alcune convinzioni da lui professate. Questa scoperta, se adeguatamente accompagnata dal facilitatore, risulta essere un *feedback* positivo molto potente, uno spiazzamento che effettivamente provoca un cambiamento di prospettiva aiutando la parte ad uscire dalla situazione di stallo creata dal negoziato di posizione.

4.16 La strategia dell'esplorazione delle asimmetrie

Nel mondo giapponese è tuttora in uso un'antica tradizione: quando si rompe un piatto o una ceramica cui si attribuisce valore (affettivo o economico), non si reincollano i frammenti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cercando di nascondere la linea di rottura, ma, al contrario, si evidenzia il confine usando una vernice d'oro o d'argento. Si valorizza così ciò che in modo non geometrico è stato ricomposto e aggiustato: il riparare diventa un'arte. Pensiamo che sia anche l'arte del mediatore, ma questa affermazione presuppone il mettere meglio a fuoco la nostra concezione di "scambio" non come *do ut des,* ma come integrazione.

4.16.1 L'asimmetria e la simmetria nelle relazioni

È stato riscoperto nel secolo scorso da studiosi di diverse discipline (I. Matte Blanco, *L'inconscio come sistemi infiniti, Saggio sulla bi-logica*; B. Mandelbrot, *Nel mondo dei frattali*) che il sistema di relazioni prevalente in natura e nel mondo umano non è simmetrico, non prevede posizioni geometriche tra loro opposte o identiche, ma posizioni tra loro asimmetriche tra soggetti non eguali ma differenti. La destra e la sinistra non esercitano funzioni identiche o opposte: si collocano in una posizione asimmetrica e si completano a vicenda; così fanno la parte destra e la parte sinistra del cervello, le cui funzioni sono tra l'altro (non per caso) correlate alla mano destra e alla mano sinistra.

4.16.2 Simmetria e complementarità

La simmetria prevede che le prestazioni delle parti siano entrambe perfettamente misurabili e geometricamente contrapposte. In un contratto di compravendita, secondo il diritto, al pagamento di un determinato importo deve corrispondere in capo al venditore l'obbligo correlato e simmetrico di consegnare un determinato bene. Nel caso che tale obbligo non venga adempiuto, una sentenza potrà condannare il venditore a corrispondere un importo che corrisponda esattamente al valore del bene non consegnato, con l'aggiunta dei danni che il compratore prova di avere subito a causa della mancata consegna. Tutto è misurabile in termini pecuniari: il bene da consegnare, l'obbligo del compratore, le conseguenze della mancata consegna. Tutto nella causa civile si misura ed è imputabile a una delle parti: il diritto non può andare oltre e, per farlo, deve rendere "geometrica" la relazione.

Il contratto di vendita è il più simmetrico dei contratti. Tuttavia, nella realtà sociale ed economica della vendita, incontriamo raramente dei meri interessi simmetrici contrapposti e interamente misurabili: l'imposizione di un prezzo rincarato del 30% di un componente molto importante del mio prodotto comporterà, se mi è impossibile approvvigionarmi altrove, delle ripercussioni sui rapporti con i miei clienti che potrebbero condurre all'insolvenza irreversibile della mia impresa.

Molte posizioni "asimmetriche" entrano qui nella relazione: quella con il fornitore, con i clienti finali, con le banche che hanno concesso mutui o aperture di credito, con i fornitori potenzialmente alternativi. Tutte queste relazioni implicano la consapevolezza di una complementarità strategica dalla quale può dipendere la vita dell'impresa. Molti sono i fattori che determinano tale complementarità: specifiche prospettive di guadagno di ciascuno, durata del rapporto, alternative in gioco, rapporto personale e affidamento fatto da ciascuno all'altra parte, percezione del rischio. Per quanti protocolli rigidi e algoritmi si introducano, questi non esauriranno il danno o il guadagno potenziale insiti nella relazione multilaterale asimmetrica tra soggetti differenti per dimensioni, aspettative e struttura organizzativa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.17 L'esplorazione dei punti di rottura della relazione complementare e il ripristino dell'equilibrio

Il facilitatore non semplifica il rapporto tra le parti per rinvenire una qualche fattispecie giuridica o norma tecnica di riferimento, egli invece esplora la linea lungo la quale il rapporto tra le parti coinvolte si è incrinato e cerca di individuare quale complementarità è venuta meno nella relazione concreta che si era stabilità tra le parti. Non si tratta qui di risolvere specifici problemi (*problem solving*) o di effettuare una valutazione morale o giuridica sulle responsabilità (*giudizio)*.

Tutto ciò è legittimo, ma non è il compito prioritario del mediatore/ facilitatore, il quale si pone come obiettivo il ripristino dell'equilibrio. Non dell'equilibrio meccanico, ma omeostatico: non siamo nel campo delle macchine (entropico), ma nel dominio degli organismi viventi, che creano un loro ordine spontaneo lontano dall'equilibrio entropico.

Altrimenti detto, si tratta del ripristino di un equilibrio dinamico basato su fortissime interazioni sistemiche, dunque non deve essere "calcolato/previsto", ma "provocato/aiutato/attuato".

Se non sarà possibile fare rivivere l'equilibrio dinamico della relazione complementare che si è incrinata, occorrerà aiutare le parti a ricostituirne uno nuovo, anche sostituendo vecchi elementi e trovando nuovi apporti da parte di terzi.

4.18 La strategia dei cappelli colorati

Talvolta le soluzioni esistono già, basta saperle vedere, tuttavia per farlo occorre cambiare il proprio approccio alla situazione *(*E. De Bono, *Sei cappelli per pensare*).

4.18.1 Il cambiamento di prospettiva è necessario per vedere una soluzione nuova

Il mediatore può svolgere un ruolo attivo nella trattativa tra le parti proponendo, negli incontri separati, di immedesimarsi in modi di vedere non usuali per loro.

4.18.2 Cappello bianco: attenzione ai dati

La parte viene invitata ad assumere il punto di vista oggettivo che esamina in modo spassionato il maggior numero i dati disponibili sul problema e sulla relazione. Non vengono fatte valutazioni di alcun tipo, ci si limita a prendere atto che esistono.

4.18.3Cappello rosso

La parte viene invitata a esprimere tutte le emozioni suscitate dal problema di cui si discute, dalle responsabilità che attribuisce all'altra parte, dalle intenzioni che vorrebbe attuare.

4.18.4 Cappello nero

La parte viene invitata, anche contraddicendo il proprio comportamento abituale, a vedere in modo "pessimistico" la situazione, esaltandone tutti gli esiti negativi possibili.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.18.5 Cappello giallo

La parte viene invitata, anche contraddicendo il proprio comportamento abituale, a vedere in modo "ottimistico" la situazione, esaltandone tutti gli esiti positivi possibili.

4.18.6 Cappello verde

La parte viene invitata a immaginare tutti i cambiamenti radicali che la situazione potrebbe comportare provocando una ridefinizione creativa (emergere di elementi nuovi) della relazione e della sua posizione nella relazione.

4.19 La strategia della valorizzazione dell'esperienza di ciascuna parte

4.19.1 Gli incontri separati e riservati

Gli incontri separati con ciascuna parte sono essenziali per entrare nella prospettiva che ciascuna di esse ha del problema che si discute, per acquisire dati riservati e valutazioni che non verrebbero manifestate in presenza dell'altra parte e per stimolare proposte non formali, che possono essere formalizzate, trasmesse o riformulate dal facilitatore. Gli incontri separati sono il luogo più appropriato per fare emergere e valorizzare l'esperienza concreta di ciascuna parte, senza i filtri inibitori che si incontrano nei confronti più allargati.

4.19.2 Regole generali ed empowerment, la formulazione di proposte concrete

L'esperienza personale è il fattore che può essere decisivo nella trattativa e la sua valorizzazione è la priorità del mediatore/ facilitatore. I saperi tecnici (contabili, organizzativi, ingegneristici) e giuridici (conoscenza delle norme e della loro interpretazione da parte della giurisprudenza) costituiscono, come abbiamo sostenuto, solo una parte delle competenze richieste al facilitatore nella trattativa, il quale deve essere oltretutto essere consapevole dei suoi limiti in tale ambito e sapere collaborare con esperti di altri saperi coinvolti.

La maggior parte dei professionisti coinvolti nelle trattative si confronta qui con il proprio analfabetismo emotivo e relazionale. La causa è da ricercarsi proprio nella sopravvalutazione della conoscenza delle regole generali e delle sanzioni che derivano dalla loro mancata applicazione: sanzioni che possono anche non essere giuridiche (per lo più lo sono), ma sociali o professionali (ha sbagliato!).

La trattativa che cerca e fa emergere l'esperienza concreta di ciascuna parte ne fa uno strumento di conoscenza diretto e poi, successivamente, lo vaglia alla luce delle regole generali e astratte sapendo bene che queste ultime sono sempre soggette alla verifica concreta e che, alla luce di questa, possono essere integrate o cambiate.

Questo è il principio su cui si basano gli esperimenti genuinamente scientifici: ogni vera trattativa deve essere come un esperimento scientifico, partire da presupposti esplicitati, porsi un obiettivo specifico e una modalità ben definita di ricerca, restare aperta sui possibili esiti. Se qualcuna delle parti non aderisce all'esperimento, non entra veramente nella trattativa, non

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

porta davvero "la sua esperienza"e impoverisce il risultato. L'esperienza non consiste di dati acquisiti in passato su modalità standard di risolvere il problema, ma di approcci individuali sperimentati dal facilitatore con successo nel passato in prima persona, confrontandosi in concreto con situazioni e relazioni. Non si tratta qui soltanto di acquisire dati sul problema, ma anche (in un primo tempo soprattutto) di ottenere dati sulla "mappa" dell'interlocutore, sul suo modo di affrontare il problema, sui risultati da lui ottenuti in passato e sulla sua valutazione soggettiva di tali risultati.

È in tale contesto che il facilitatore ha il compito di chiedere proposte concrete a ciascuna parte e di formularne egli stesso, sulla scorta di quanto emerge negli incontri, con l'intento principale di stimolare reazioni e controproposte.

4.19.3 L'agenda e l'obiettivo

Negli incontri separati il mediatore può fare il primo passo verso la generazione delle proposte, iniziando dalla condivisione dell'agenda: la formulazione congiunta degli argomenti da discutere. Se non è possibile formulare congiuntamente almeno una lista dei problemi concreti e specifici da risolvere, allora la trattativa non può nemmeno avere inizio.

La trattativa deve mirare a organizzare in modo "autonomo e unico" la relazione tra le parti ridefinendo il/i problemi sorti e dunque ricreando o "creando un nuovo equilibrio": questo obiettivo della trattativa deve essere chiaramente esplicitato dal mediatore. Gli incontri separati consentiranno poi di partire dal modo soggettivo attraverso il quale ciascuno vede il problema e le possibili strade da percorrere per ricreare l'equilibrio compromesso.

La riconduzione degli obiettivi di ciascuno, delle sue aspettative soggettive (che devono necessariamente emergere) nel solco del possibile/fattibile/ realizzabile implica il lavorare per renderle più specifiche e più concrete, non per ricondurle a priori agli schemi dettati "dalla legge" o "dalla tecnica".

Occorre lavorare per organizzare un nuovo equilibrio autonomo e originale, che risponda alle specifiche esigenze della relazione e non a quelle standardizzate dalla tecnica e dalla pratica giuridica, sebbene compatibile con le regole generali (norme civili imperative, normativa in materia di bilancio, normativa fiscale). Molte sono soluzioni concrete che possono essere create senza violare le regole generali e astratte della tecnica o del diritto e quindi fruendo delle sanzioni concesse dall'ordinamento in caso di violazione di quanto pattuito.

L'autonoma articolazione e ricchezza dell'accordo (contratto) raggiunta grazie alla trattativa garantisce che l'equilibrio funzionerà efficacemente nella realtà e, nel caso si rendesse necessario il ricorso al giudice o all'arbitro, che questi ultimi, nella loro sentenza, non si allontaneranno dalla strada voluta e costruita dalle parti nel corso della loro trattativa.

4.20 La strategia delle domande e della riformulazione/parafrasi

La modalità principale che caratterizza l'attività del mediatore/facilitatore e che attraversa tutte le strategie sin qui descritte consiste nel "porre domande": alle parti, ai loro consulenti, a coloro che sono a qualunque titolo coinvolti nella trattativa, all'esperto o perito eventualmente nominato per mettere a fuoco gli aspetti più tecnici.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.20.1 La centralità delle domande aperte

Può trattarsi di domande chiuse, volte ad acquisire dati o informazioni che si ritengono strategiche per meglio definire la relazione. Più sovente si tratta però di domande aperte, che hanno lo scopo di far emergere "pezzi della mappa" dell'interlocutore", ad esempio, come sopra illustrato, le sue modalità cognitive, le sue credenze, il suo modo di porsi rispetto al problema e, soprattutto, rispetto all'altra parte.

La domanda sottolinea anche implicitamente l'assoluta libertà e autonomia dell'interlocutore, il quale può lasciare in ogni momento la trattativa subendone ovviamente la conseguenza: il conflitto rimarrà, non verrà risolto in modo collaborativo, si sposterà in sede giudiziaria o si trasformerà in guerra economica e i costi (materiali ed emotivi) saranno in entrambi i casi elevati, così come i tempi di una eventuale soluzione si allungheranno.

La domanda presuppone una risposta che potrà essere formalizzata in un verbale, trasmessa all'altra parte in modo informale, riformulata dal mediatore ed essere oggetto di una nuova domanda che nasce dalla prima. La riformulazione (parafrasi) della risposta, così come la riformulazione di una domanda connessa con la prima, sono il cuore del lavoro del facilitatore/mediatore.

Costituiscono il metodo per acquisire informazioni sulla relazione tra le parti e i punti laddove si è incrinata e, allo stesso tempo, la modalità più efficace di stimolare il dialogo tra le parti, spina dorsale della trattativa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

La puntuazione nella trattativa dei contratti di impresa

Diego Comba, Monica Rosano

SOMMARIO: 5.1 Gli effetti giuridici della puntuazione nella trattativa – 5.2 Metodo di prevenzione delle controversie – 5.3 I punti da discutere nella trattativa contrattuale – 5.4 L'uso delle premesse nel contratto e nella puntuazione – 5.5 L'oggetto nella puntuazione e nel contratto – 5.6 La definizione degli obblighi delle parti – 5.7 La previsione di meccanismi di riequilibrio delle prestazioni – 5.8 La previsione delle "vie d'uscita" dal contratto – 5.9 Le clausole penali – 5.10 La clausola di forza maggiore – 5.11 La durata del contratto e la sua entrata in vigore – 5.12 La scelta della legge applicabile – 5.13 La scelta del foro competente – 5.14 La scelta dell'arbitrato – 5.15 La clausola di mediazione

5.1 Gli effetti giuridici della puntuazione nella trattativa

La trattativa è opportuno che produca una puntuazione scritta finalizzata a individuare e definire i problemi cui dare una specifica soluzione nel contratto. La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha attribuito alla puntuazione il valore di pattuizione contrattuale (*Cass., Sezioni Unite, 06 marzo 2015, n. 4628; Cass. 13610/2020*). Secondo la Cassazione, la puntuazione può essere vincolante quando le parti determinano un numero di clausole del contratto definitivo, in relazione alle quali dichiarano raggiunto il consenso. Esse poi si impegnano a proseguire la trattativa per concludere il contratto definitivo che conterrà anche le clausole già oggetto della puntuazione.

L'inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla puntuazione viene riconosciuto dalla Suprema Corte come fonte di responsabilità contrattuale.

Si tratta di una pronuncia rivoluzionaria che valorizza la trattativa, accanto all'evoluzione giurisprudenziale sul principio di buona fede nella trattativa (v. in questo fascicolo l'articolo dalla Prof.ssa C. Coppola).

Sino a pochi anni fa la puntazione era considerata una semplice dichiarazione di scienza (dichiarazione sullo stato di fatto non vincolante per le parti): "la puntazione semplice" riguardava soltanto dei fatti che un tempo anche recente non interessavano il diritto. Diversamente il sistema anglosassone e tedesco prendevano invece in ampia considerazione le dichiarazioni fatte durante la trattativa ai fini della manifestazione della volontà contrattuale delle parti.

Siamo ora di fronte a un'opportunità che ancora non è stata colta dalle imprese e dai loro consulenti: non limitarsi a scegliere modelli contrattuali standard su internet, non limitarsi ad

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

attendere che un giudice (il quale non ha partecipato alla trattativa) riconduca l'operazione commerciale voluta dalle imprese alla figura di un contratto tipico regolato dal Codice civile, il quale nulla ha normalmente a che vedere con la concretezza e specificità degli effetti desiderati. Nel dare valore alla puntazione intesa come provvisorio accordo su alcuni elementi del futuro contratto, la Cassazione ha voluto dare valore all'esperienza delle parti e alla loro volontà nel caso di specie. Così facendo ha valorizzato la trattativa come luogo nel quale si elabora effettivamente e in modo giuridicamente vincolante, passo dopo passo, il contratto definitivo.

Si impone qui una innovazione nel modo di negoziare e/o rinegoziare i contratti d'impresa: le parti devono essere consapevoli delle potenzialità giuridiche della trattativa. Anche se questa non giunge a definire tutti gli elementi essenziali del contratto (ad esempio, oggetto, prezzo, pagamento e consegna nella vendita), ma soltanto alcuni di essi, se le parti sono attente a determinare per iscritto i punti di accordo già raggiunti, questi - anche se non costituiscono ancora il contratto nella sua interezza - già in parte lo realizzano: se si giungerà a un accordo provvisto di tutti gli elementi essenziali, la puntazione (elaborata nella trattativa, scritta e concordata) andrà a integrare il contratto definitivo, salvo che i punti oggetto della puntazione vengano concordemente e successivamente modificati per iscritto.

Le parti si trovano dunque a essere coinvolte in una trattativa che può avere effetti molto importanti in una futura causa, purché esse (o una di esse) provvedano a registrare in forma scritta i punti su cui già è stato raggiunto l'accordo.

I paragrafi che seguono intendono offrire alle imprese parte di una trattativa contrattuale le liste di controllo delle questioni da affrontare e regolare progressivamente in specifiche clausole, sin da subito, creando "un ordito" organizzativo che completa "la trama" degli obiettivi aziendali spesso non esplicitati o esplicitati soltanto oralmente e la sostanzia in un testo avente valore giuridico, il quale potrà confluire nel contratto. La lista di controllo può rivelarsi utile anche al fine di discutere e trovare una soluzione conciliativa in mediazione o in una composizione della crisi d'impresa.

5.2 Metodo di prevenzione delle controversie

Quando due o più imprese, italiane o straniere, si incontrano hanno in comune soltanto

- un obiettivo economico da esplicitare;
- alcune conoscenze tecnologiche e commerciali da condividere.

Molti sono invece gli elementi che possono ostacolare l'intesa:

- regole comportamentali, esplicite e implicite, diverse (derivano da modelli culturali e manageriali diversi);
- eventualmente lingue diverse e dimensioni differenti;
- le difficoltà di comprensione tra imprese di paesi diversi o di regioni italiane differenti non diminuiscono di molto con l'abbreviarsi delle distanze, anzi crescono con l'aumentare della complessità dell'oggetto della cooperazione commerciale (contratto).

In un contratto nazionale o internazionale, le imprese abitualmente non curano la stesura di uno specifico testo contrattuale per descrivere una vera e propria organizzazione dell'intera operazione commerciale che stanno negoziando, ma si limitano a regolare per iscritto (pattuire) i problemi che considerano essenziali dal punto di vista tecnico (caratteristiche del prodotto o servizio) e commerciale (prezzo e pagamento). Ancora più spesso e in modo più insidioso le

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

imprese non curano la trattativa scritta che porta alla conclusione del contratto: tutti gli aspetti essenziali per il rapporto (modalità di lavoro comune e responsabilità di ciascuno nella sua realizzazione, garanzie fornite all'altra parte, durata del rapporto, rinegoziazione delle prestazioni in caso di sopravvenuto squilibrio, modalità di risoluzione di eventuali controversie) non figurano in modo chiaro nelle tracce scritte della trattativa (email scambiate) e nemmeno nel contratto poi stipulato dalle parti o vi figurano in modo standard (modelli preesistenti e non congruenti o da internet).

Quando sorge la necessità di rinegoziare le prestazioni o di risolvere un problema emerso durante l'esecuzione del contratto, si applica alla trattativa un metodo "causidico" invocando gli aspetti che si presume un giudice accoglierebbe in favore dell'uno o dell'altro. In un sistema giudiziario e processuale molto formalistico quale quello italiano, quando la controversia si trasforma in lite, le imprese scoprono che - in assenza di specifiche prescrizioni contenute nella puntazione/trattativa o nel contratto - la lite in giudizio si rivela lunga, costosa e confusa nei suoi risultati finali: l'obiettivo (tecnico e commerciale) che era stato posto al centro della collaborazione contrattuale viene raramente raggiunto alla fine della causa. Un processo che prende in considerazione necessariamente soltanto gli aspetti formali del rapporto commerciale (documenti, obblighi attestati per iscritto, testimoni, perizie tecniche) non riflette la concretezza e la ricchezza della trattativa tra le parti, nonché della fase dell'esecuzione del contratto.

È essenziale che il contratto scritto segua specificamente la trattativa e sia da questa anticipato per iscritto attraverso una puntazione condivisa e scritta

Di qui il bisogno di curare con maggiore impegno l'organizzazione della trattativa e la sua strutturazione giuridica, anticipando tutti i possibili problemi che il rapporto commerciale potrà incontrare nella sua esecuzione. Di qui anche l'importanza della pratica della puntazione, che, lungi dall'utilizzare modelli precostituiti, indica e sintetizza - nell'agenda e poi nel contratto - i problemi, le soluzioni, le clausole contrattuali che li risolvono.

A maggior ragione in un contratto internazionale, quando sorge una controversia, le imprese coinvolte si accorgono che, contrariamente a una convinzione diffusa, non esiste un diritto internazionale che regola in modo uniforme i rapporti commerciali internazionali. Non esiste nemmeno un tribunale unico espressione di una qualche organizzazione internazionale (Unione Europea, Nazioni Unite ecc.) che sia competente per la risoluzione delle controversie commerciali tra imprese di paesi diversi. Una trattativa accurata, che individui per iscritto i problemi da risolvere (puntazione) e li traduca poi in clausole contrattuali, che regolano lo specifico e concreto rapporto commerciale, è quanto mai necessaria.

La capacità strategica di condurre le trattative e di tradurle in un documento scritto si rivela, dunque, strategica per un adeguato assetto organizzativo e amministrativo dell'impresa, ai sensi della nuova versione dell'art. 2086 Codice civile.

In tale quadro si sta diffondendo la figura del facilitatore, che alle sue competenze tecniche affianca le competenze comunicative e le capacità organizzative volte a tradurre l'obiettivo delle parti in un'autonoma organizzazione, dandone concretezza nella redazione di un testo contrattuale. Il "*manager* facilitatore" (come mostra l'esperienza statunitense) ha competenze analoghe a quelle del mediatore nelle controversie civili e commerciali così come a quelle dell'esperto nella composizione negoziata della crisi di impresa.

Si tratta della **valorizzazione delle competenze comunicative** (*soft skills*) con una duplice funzione: da un lato viene valorizzata l'autonomia delle parti nell'organizzazione delle proprie relazioni economiche con altre imprese, sottraendo il contratto all'applicazione di norme spesso

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

vetuste e inadeguate, dall'altro si previene in modo efficace la patologia (causa, procedure concorsuali) prevedendone in anticipo meccanismi di riequilibrio (ad esempio, la clausola di forza maggiore o di *hardship*).

5.3 I punti da discutere nella trattativa contrattuale

I "**modelli**" di contratto standardizzati presenti su internet o ereditati da casi precedenti vanno integrati con quanto discusso nella trattativa specifica e modificati in funzione del prodotto e delle altre variabili del caso specifico, soprattutto dello scopo specifico che si pongono le parti nella concreta operazione che intendono realizzare.

L'uso del **linguaggio** deve essere accurato: le **espressioni giuridiche** hanno un significato preciso soltanto in certi contesti cui appartengono; i giudici italiani o di altri Paesi rischiano di attribuire a esse significati diversi non previsti dalle parti.

Attenzione dunque: se si inseriscono termini quali novazione, effetto giuridico traslativo, accordi economici collettivi, arbitro amichevole compositore, arbitratore, indennità, caparra confirmatoria, pegno, *warranty, damages, agent, assignement, severability* in contratti sottoposti a un diritto o a un giudice italiano o straniero, occorre - per essere sicuri di avere concordato sul significato in concreto del termine usato - tradurre il termine parafrasandolo nella lingua del contratto (italiano, inglese ecc.): espressioni quali "salvo buon fine", "star del credere", "avviamento d'azienda" andrebbero opportunamente definite nel contratto stesso nella loro portata e nel loro significato, proprio come si fa per i termini tecnici o commerciali.

Nella formalizzazione della trattativa e nella stesura del contratto occorre evitare l'**"ottica causidica"**: sebbene sia legittimo che le parti di un contratto nazionale o internazionale si preoccupino di prevedere (nella trattativa o nel contratto stesso) delle clausole che, in caso di lite, delimitano le responsabilità di ciascuna nei confronti dell'altra, è importante tenere conto del costo, delle difficoltà e dell'incertezza dell'esito di una causa anche in considerazione del luogo in cui ha sede il tribunale competente a decidere: ciò è vero per i contratti nazionali, vista la disomogeneità dei diversi giudici ed è vero, a maggior ragione, per i contratti internazionali.

È pertanto importante che il contratto sia un testo elaborato congiuntamente dalle parti, a partire da una trattativa equilibrata, che esso consenta adattamenti fisiologici a opera delle parti e preveda una soluzione delle eventuali controversie davanti al giudice come via assolutamente residuale, contemplando il ricorso a sistemi di ADR (mediazione e arbitrato).

5.4 L'uso delle premesse nel contratto e nella puntuazione

In un'altra parte del presente fascicolo è esaminata nel dettaglio la normativa e la giurisprudenza in materia di buona fede nelle trattative e nell'esecuzione del contratto.

Le premesse sono importanti a tal fine perché fotografano le intenzioni delle parti nel contesto nel quale viene effettuata l'operazione commerciale. Esse possono figurare sia in una sintesi provvisoria o agenda che indica il parziale progresso nella trattativa, sia nel testo poi stipulato dalle parti. Le premesse esplicitano alcune dichiarazioni relative ai fatti (dati, fasi della trattativa, contratti precedenti e connessi) e i motivi per i quali esse procedono alla sti-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pula del contratto. Le premesse si riferiscono dunque ai fatti o agli obiettivi in assenza dei quali le parti non avrebbero iniziato la trattativa e/o stipulato il contratto (ovvero lo avrebbero stipulato in termini diversi) e, in quanto tali, forniscono elementi utili all'interpretazione del contratto stesso in caso di eventuali liti. Poiché, tuttavia, le premesse hanno valore giuridico diverso nei differenti sistemi giuridici, si consiglia di includere nel testo contrattuale una clausola che equipari le premesse alle altre clausole contrattuali, rendendole parte integrante del contratto stesso.

5.5 L'oggetto nella puntuazione e nel contratto

L'oggetto può essere indicato già provvisoriamente o in modo definitivo nel documento che rende conto del punto cui è arrivata la trattativa, così come in una specifica clausola nel testo del contratto. Esso indica le prestazioni caratteristiche delle parti, fornendo un importante strumento interpretativo del contratto e dovrebbe tradurre esattamente gli obiettivi oggetto della negoziazione e delle premesse, evitando inutili o fuorvianti formulazioni *standard*.

È opportuno che ogni definizione sintetica dell'oggetto faccia riferimento esplicito ad allegati tecnici e commerciali specifici in cui indicare quei dati tecnici ed economici che specificano le prestazioni delle parti e, quindi, forniscono i parametri che consentono di valutare, in seguito, la corretta esecuzione degli obblighi delle parti previsti dal contratto.

Possono essere allegati ai vari contratti, ad esempio, l'elenco di clienti che non sono compresi nell'esclusiva di vendita, le condizioni generali di vendita, le modalità di calcolo del minimo di vendita, le modalità di esecuzione dell'assistenza tecnica alla clientela ecc. È buona norma che, come le premesse, anche gli allegati vengano richiamati da una clausola del contratto quali parti integranti dello stesso, divenendo, così, vincolanti per le parti. È consigliabile che alcuni termini del contratto ("prodotto", "termine di consegna", "agente", "territorio" ecc.) di particolare importanza (dal punto di vista sia tecnico, sia legale) vengano definiti dalle parti già nella trattativa o nel contratto stesso (in un'apposita clausola oppure mano a mano che vengono impiegati); attribuire a tali termini un significato univoco consente di superare incertezze interpretative di natura linguistica, tecnica e giuridica.

5.6 La definizione degli obblighi delle parti

La struttura del contratto inizia a prendere corpo nella trattativa e viene definita soprattutto dalle clausole che stabiliscono i compiti delle parti; ogni singola prestazione contrattuale dovrebbe essere individuata definendo possibilmente già nella trattativa:

- il suo contenuto;
- la parte (o soggetto terzo da essa incaricato) che le dovrà svolgere;
- il termine entro il quale essa dovrà essere svolta;
- i risultati che per mezzo di essa si dovrebbero conseguire.

Ricordiamo nuovamente come sia sempre opportuno che la formulazione di tali clausole sia strettamente legata alle condizioni (tecniche e economiche) del singolo rapporto contrattuale, evitando formulazioni generiche che lasciano eccessivo margine a interpretazioni giudiziali non rispondenti a quella che era l'effettiva volontà delle parti al momento della stipula del contratto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.7 La previsione di meccanismi di riequilibrio delle prestazioni

È importante che nella trattativa e poi nel contratto si prevedano dei meccanismi di "aggiustamento" che consentano di mantenere l'equilibrio fra le prestazioni contrattuali qualora, per una qualche causa una di esse sia diventata eccessivamente onerosa. Il meccanismo classico di riequilibrio della prestazione è rappresentato dalla clausola di *hardship*, la quale generalmente stabilisce:

- le **circostanze** il cui sopravvenire consente la richiesta di adeguamento;
- le modalità e i limiti della richiesta di adeguamento;
- il soggetto (le due parti congiuntamente, l'altra parte o un terzo) cui spetta la decisione e il termine entro il quale essa deve intervenire;
- le conseguenze del mancato raggiungimento della decisione (risoluzione del contratto, arbitrato ecc.).

5.8 La previsione delle "vie d'uscita" dal contratto

È necessario che le parti stabiliscano, se possibile già nella trattativa e di conseguenza nella puntuazione, le reciproche responsabilità nel contratto in apposite clausole che prevedano:

- i limiti entro i quali ciascuna parte (e i soggetti terzi da essa controllati) può discostarsi dai parametri e dai tempi di esecuzione stabiliti nello stesso contratto;
- le conseguenze del superamento di detti limiti (riduzione del prezzo, pagamento di penali ecc.).

La più ovvia "via di uscita" da un contratto consiste nella sua completa esecuzione.

Attenzione a prevedere nel contratto:
- le circostanze in presenza delle quali l'esecuzione si considererà completata (date, fatti, documenti quali verbali di collaudo, fatture quietanzate ecc.);
- gli obblighi (la relativa durata e condizioni) cui si desidera che l'altra parte resti legata anche a esecuzione avvenuta (obbligo di segretezza, obbligo di non concorrenza ecc.).

I contratti a tempo determinato prevedono un termine per la propria durata, allo scadere del quale essi si risolvono. Non è possibile recedere da tali contratti prima dello scadere del termine di durata dando un preavviso all'altra parte, a meno che il contratto sia stato rinnovato più volte; in quest'ultimo caso, infatti, il contratto a tempo determinato viene considerato a tempo indeterminato.

Nei contratti a tempo indeterminato (e da quelli a tempo determinato rinnovati più volte) ciascuna parte può recedere dando all'altra parte il preavviso previsto dallo stesso contratto o, se il contratto non prevede il termine di tale preavviso, un preavviso congruo. La congruità di tale preavviso dovrà essere valutata sulla base delle circostanze del caso specifico (durata del rapporto contrattuale, investimenti effettuati e occasioni future dall'altra parte ecc.). Tale sarà la valutazione del giudice o dell'arbitro che si troveranno a giudicare delle eventuali controversie in materia.

La clausola risolutiva espressa definisce i casi di risoluzione senza preavviso (così detta riso-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

luzione in tronco): è opportuno che tali casi siano rappresentati dal mancato raggiungimento degli obiettivi fondamentali del contratto, ossia dal mancato adempimento di quegli obblighi che ciascuna parte considera essenziali per la vita del contratto. La clausola risolutiva espressa, infatti, attribuisce alle parti (o a una di esse) la facoltà di risolvere in tronco il contratto nel caso in cui l'altra parte si renda responsabile di determinati inadempimenti (mancato raggiungimento di un minimo annuo di vendite, vendita di prodotti concorrenti, violazione dell'obbligo di segretezza ecc.) che la clausola individua riferendosi ai parametri delle prestazioni fissati in altre clausole del contratto o nei suoi allegati.

Sarà, quindi, eventualmente l'altra parte a dovere accollarsi gli oneri di una causa (di impugnazione del recesso); in quest'ultimo caso, se i parametri saranno stati definiti in modo chiaro e ragionevole, il giudice prenderà atto della volontà contrattuale delle parti, dichiarando legittima la risoluzione.

5.9 Le clausole penali

Stabilire con esattezza nel contratto le responsabilità di ciascuna parte consente di evitare che esse vengano valutate in futuro da altri (giudici, arbitri) secondo regole e criteri che variano da un sistema giuridico all'altro.

Il pagamento di una penale ragionevole in caso di ritardo sul termine di consegna previsto consente di **salvare un contratto che si considera importante "pagando un prezzo" limitato e previsto**. Se poi le parti dovranno comunque affrontare una lite, l'avere definito con chiarezza nel contratto responsabilità e parametri di valutazione semplificherà il lavoro del giudice o dell'arbitro (con risparmio di tempi e di costi) e ridurrà l'incertezza dell'esito della causa.

La clausola penale è generalmente utilizzata, nei contratti internazionali, proprio per quei casi nei quali le parti ritengono comunque conveniente mantenere in vita il contratto, nonostante determinati inadempimenti. Con essa, infatti, le parti si impegnano:

- l'una a pagare una certa somma se non adempie ai propri obblighi e
- l'altra (frequentemente ma non necessariamente) a limitare a quella somma le proprie richieste di risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento.

Nella prassi contrattuale internazionale la clausola penale ha, dunque, generalmente una funzione risarcitoria: essa quantifica in modo forfettario i danni che derivano a una parte dall'inadempimento dell'altra.

Talvolta, invece, la penale viene pattuita a fini prevalentemente deterrenti (ossia "invogliare" l'altra parte ad adempiere alla propria prestazione): quando la clausola penale viene usata a questo fine, è consigliabile che il suo importo sia comunque ragionevole; importi particolarmente sproporzionati verrebbero comunque ridimensionati dal giudice o dall'arbitro cui si rivolgesse la parte tenuta al suo pagamento.

Quanto appena affermato non significa che sempre i giudici o gli arbitri riconducano l'importo della penale al danno effettivamente subito in conseguenza dell'inadempimento. Il fatto che quest'ultimo non sia sempre prevedibile al momento della stipula del contratto prova la componente di rischio che caratterizza la clausola penale: i terzi che si trovino a decidere di eventuali controversie in materia non potrebbero non tenere conto della volontà delle parti di assumersi tale rischio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.10 La clausola di forza maggiore

La clausola di forza maggiore stabilisce che, se l'inadempimento di una parte è dovuto al verificarsi di uno degli **eventi** previsti dalla stessa clausola (così dette "**cause di forza maggiore**", generalmente incendi, guerre, scioperi, ma anche fermi di produzione e difetti o ritardi nelle consegne delle forniture), la parte inadempiente non può essere chiamata a rispondere del proprio inadempimento, a condizione che essa possa provare che l'evento era fuori dal proprio controllo e che essa non era tenuta a prevederlo.

L'attuale pandemia Covid-19 è un caso di forza maggiore che deve essere espressamente indicato nella clausola: occorre qui distinguere tra gli atti del principe (provvedimenti governativi) che hanno impedito di consegnare o di adempiere comunque all'obbligazione prevista dal contratto dalle conseguenze logistiche o produttive causate dalla pandemia in generale. È opportuno indicare entrambe nella clausola di forza maggiore.

Come proprio il caso della pandemia ci mostra, le cause di forza maggiore possono protrarsi (anche a lungo) nel **tempo** ed è consigliabile che la clausola di forza maggiore stabilisca:

- per quanto tempo il perdurare della causa di forza maggiore giustifica la sospensione della prestazione e
- oltre quale termine, invece, il perdurare della causa di forza maggiore causa la risoluzione del contratto (liberando la parte inadempiente dall'obbligo di adempiere).

5.11 La durata del contratto e la sua entrata in vigore

Quando il contratto viene stipulato per uno scopo specifico, il quale è condizionato dal realizzarsi di un determinato evento (ad esempio l'ottenimento di un'autorizzazione oppure l'apertura di un credito documentario), è consigliabile subordinare l'entrata in vigore del contratto al verificarsi di quell'evento. La clausola di entrata in vigore rappresenta una "via di uscita" dal contratto anomala, poiché, in realtà, essa fa sì che, in assenza del verificarsi della condizione essenziale da essa prevista, il contratto non entri nemmeno in vigore.

5.12 La scelta della legge applicabile

Lo scopo della clausola di scelta della legge applicabile è quello di proteggere la volontà contrattuale delle parti, sottoponendo il contratto all'applicazione della legge che interferisce il meno possibile con il contratto o non disciplina gli aspetti regolati dal contratto oppure perché le sue norme in materia non sono imperative (ma sono derogabili dalla volontà delle parti).

La possibilità di scegliere la legge applicabile al contratto è riconosciuta dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali, sebbene con alcuni limiti.

5.13 La scelta del foro competente

È innanzitutto importante chiarire un equivoco molto diffuso: la determinazione del giudice competente a decidere delle controversie che eventualmente nasceranno dal contratto e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

la determinazione della legge che tale giudice dovrà applicare per risolvere tali controversie sono questioni distinte, disciplinate da leggi diverse e oggetto di due distinte clausole contrattuali. Non è infrequente, per fare un esempio in materia di agenzia, che un giudice italiano sia chiamato a decidere di una lite tra un agente tedesco ed un preponente italiano applicando la legge tedesca.

D'altra parte anche in Italia la scelta del giudice competente nella città in cui ha sede l'impresa si rivela importante per ragioni di strategia e di costi.

5.14 La scelta dell'arbitrato

La principale ragione per la quale gli operatori commerciali ricorrono sempre più frequentemente agli arbitri per la risoluzione delle controversie che derivano da contratti internazionali è quella del più esteso ambito geografico di efficacia del lodo arbitrale.

Numerosissimi sono, infatti, i Paesi che hanno aderito alla convenzione di New York del 1958 (tra questi: Usa e Giappone, Csi e Cina, molti Paesi africani e asiatici, Canada e Australia, i Paesi dell'Europa Orientale, i Paesi dell'Unione Europea). Il lodo arbitrale internazionale ha efficacia di sentenza.

In Italia, per contro, l'arbitrato è poco utilizzato, soprattutto l'arbitrato amministrato gestito da uno specifico organismo (camera arbitrale). Si tratta, tuttavia, della formula da utilizzare di preferenza quando si decide di ricorrere ad un giudizio arbitrale in alternativa al giudizio di un giudice statale.

Occorre, invece, evitare di prevedere un procedimento arbitrale (detto "arbitrato irrituale") il cui lodo non decide la controversia in modo definitivo (salvo i limitati casi di impugnazione presso la corte d'appello) e con valore esecutivo, come invece avviene nell'"arbitrato rituale".

Le scelte della legge applicabile, del foro o, in alternativa, dell'arbitro devono essere discusse e poi approvate espressamente per iscritto: si tratta, dunque, di temi da affrontare e regolare già nella trattativa. Consigliamo di prevedere sempre una clausola che obblighi le parti a effettuare un preventivo tentativo di mediazione.

5.15 La clausola di mediazione

La mediazione può essere prevista per ogni tipo di contratto d'impresa. L'art. 5, comma 5, Dlgs 28/2010 prescrive che "*se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione".*

Le parti sono ovviamente libere di non conciliare, ma la presenza di una clausola di mediazione consente comunque di aprire una trattativa e di valutare eventuali alternative alla lite, pur senza pregiudicare eventuali sbocchi contenziosi successivi.

Esaminando i punti che suggeriamo nelle liste di controllo che seguono, le parti possono essere in grado di trovare accordi che "riorganizzino" il loro rapporto con l'aiuto del terzo mediatore (v. il nostro articolo sull'utilità della negoziazione collaborativa per le imprese).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ESEMPIO DI PUNTUAZIONE NEL CONTRATTO DI COMPRAVENDITA

L'oggetto del contratto Il contratto di vendita è sufficientemente dettagliato per quanto concerne la descrizione delle caratteristiche/prestazioni del/i bene/i venduto/i? Esiste una corrispondenza tra quanto risulta dal contratto e quanto risulta dagli allegati tecnici?

L'obbligo di garanzia Esiste una corrispondenza tra quanto risulta dal contratto e quanto comunicato ai soggetti (banche, assicurazioni, spedizionieri ecc.) che emetteranno documenti necessari all'esecuzione del contratto? Esistono riferimenti a campioni o modelli? Quanto tali riferimenti sono vincolanti? È stata prevista nel contratto una garanzia di conformità dei beni? Cosa deve fare il compratore nel caso in cui il bene sia difforme da quanto previsto nel contratto? Quali sono le responsabilità del venditore? Quale durata ha la garanzia? Entro quale termine essa deve essere fatta valere?

L'obbligo di consegna Il termine di resa pattuito è espressamente indicato quale *Incoterms* CCI? In caso affermativo, le parti hanno verificato l'esatta ripartizione di oneri, rischi e spese? L'*Incoterms* CCI pattuito è compatibile con il contratto di trasporto e di assicurazione che dovrà essere stipulato, secondo quanto previsto nel contratto? L'*Incoterms* CCI pattuito è compatibile con il termine di pagamento previsto nel contratto? È stato previsto il tempo della consegna? Sono stati previsti dei ritardi consentiti o delle circostanze che consentono comunque al venditore di sospendere o ritardare la consegna? Sono state previste delle penali in caso di ritardi non consentiti?

Il prezzo e l'obbligo di pagamento È stato definito il prezzo o i criteri per determinarlo? È stata prevista una procedura per la revisione del prezzo? Sono state previste circostanze in presenza delle quali una delle parti può chiedere all'altra l'adeguamento del prezzo? È stato definito un mezzo di pagamento adeguato al paese e alle circostanze? Qualora il mezzo di pagamento pattuito sia un credito documentario, quali sono i documenti che ne condizionano il pagamento? Da chi dipende la produzione di tali documenti? Qual è il ruolo e quali sono responsabilità dei soggetti terzi (in particolare, banche, vettori e spedizionieri) coinvolti nella procedura di pagamento? Sono state loro fornite tutte le necessarie istruzioni? Sono state previste nel contratto adeguate garanzie del pagamento (ad esempio il credito documentario, la clausola di riserva di proprietà)?

La legge applicabile e il foro competente o l'arbitrato È stato previsto nel contratto quale legge è ad esso applicabile? Cosa prevede tale legge in materia di garanzia, consegna e pagamento? È stata prevista nel contratto la competenza di un giudice nazionale o di un arbitrato per la risoluzione delle controversie da esso derivanti? Quale efficacia avrà la decisione di tale giudice o arbitro nei paesi delle parti? I costi comportati dalla procedura di risoluzione delle controversie prescelta sono proporzionati al valore del contratto? È stata prevista una clausola di mediazione preliminare al contenzioso?

ESEMPIO DI PUNTUAZIONE NEL CONTRATTO DI CONCESSIONE DI VENDITA

Gli obiettivi del concedente nella trattativa

- L'imposizione al concessionario di specifiche strategie per la valorizzazione e la pubblicizzazione del marchio;
- l'imposizione al concessionario del divieto di usare la propria organizzazione per promuovere e vendere prodotti concorrenti con i prodotti oggetto del contratto;
- l'acquisizione dei nomi dei clienti del concessionario e delle relative esigenze;
- l'influenza sulla struttura organizzativa del concessionario;
- un buon volume annuo di vendite.

Gli obiettivi del concessionario nella trattativa

- Ottenere dal concedente un'esclusiva il più possibile estesa (in relazione alla durata, al territorio, ai prodotti);
- ottenere dei prezzi (e delle condizioni di pagamento) il più possibile vantaggiosi e stabili nel tempo, tali da consentire un margine di ricarico il più possibile elevato;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› ottenere dal concedente la massima assistenza possibile per la sua attività di promozione di vendita.

L'obbligo di esclusiva del concedente Sono stati definiti tutti i prodotti che sono oggetto del contratto o anche solo alcuni dei prodotti del concedente? È stato definito il territorio all'interno del quale il concedente di obbliga a non nominare altri concessionari, agenti, intermediari e a non promuovere/vendere egli stesso i prodotti contrattuali? Può in ogni caso vendere direttamente lui stesso?

L'obbligo di fornire prodotti contrattuali al concessionario Sono state delimitate le responsabilità del concedente in caso di mancata tempestiva esecuzione di ordini del concessionario? È stata prevista una procedura di trasmissione degli ordini che terrà conto della programmazione delle consegne?

L'obbligo di garantire la qualità dei prodotti È stata definita la responsabilità del concedente per i prodotti difettosi (durata della garanzia, obbligo di riparazione e/o sostituzione)? È stato ripartito tra concedente e concessionario l'obbligo di assicurazione per responsabilità derivanti da danni provocati da prodotti difettosi (la così detta "*product liability*")?

L'obbligo di assistere il concessionario nella sua attività di promozione È stato definito l'obbligo del concedente di inviare al concessionario materiale pubblicitario o illustrativo dei prodotti (campioni, modelli, collezioni ecc.)? È stato previsto l'obbligo del concedente di assistere finanziariamente e/o operativamente il concessionario nella realizzazione di eventi promozionali e/o di campagne pubblicitarie? È stato previsto l'obbligo del concedente di informare il concessionario riguardo alle proprie strategie, politiche di vendita e quant'altro possa rivelarsi utile alla promozione delle vendite?

L'obbligo del concessionario di promuovere le vendite dei prodotti Sono stati delimitati/definiti i prodotti che sono oggetto del contratto o anche solo alcuni dei prodotti del concedente? Sono stati definiti determinati obiettivi di promozione, i quali possono essere di tipo quantitativo (minimi di vendita) o anche di tipo qualitativo (modalità di vendita, formazione degli agenti e dei subagenti, tipologie di clienti finali da privilegiare)? Sono stati definiti gli strumenti organizzativi di cui dovrà avvalersi il concessionario, ad esempio agenti, sub-agenti, materiali informativi, cataloghi, campioni? Sono state previste le modalità e la ripartizione dei costi relativi alle iniziative pubblicitarie che il concessionario dovrà intraprendere, ad esempio la presenza su pubblicazioni periodiche del settore? Sono stati definiti le modalità e i costi relativi alla partecipazione del concessionario a fiere del settore (che si svolgono nel territorio assegnato al concessionario)? Sono stati definite le modalità secondo le quali il concessionario dovrà usare il marchio del concedente? È stata prevista una informazione costante da parte del concessionario sulle condizioni del mercato e della clientela? È stato stabilito che il concessionario si attenga alle istruzioni/indicazioni del concedente in relazione alle strategie commerciali da seguire?

L'obbligo di acquistare e di rivendere i prodotti del concedente Sono state definite le condizioni di acquisto del concessionario, quali i tempi e le modalità di pagamento, i termini di resa, la durata e l'oggetto della garanzia da difetti? In tale ambito assume particolare importanza il meccanismo di revisione dei prezzi da parte del concedente. Sono state definite le modalità di programmazione degli ordini e, dunque, delle consegne? Tali condizioni sono di particolare rilievo poiché, a differenza dei compratori e venditori occasionali, il concessionario e il concedente assumono il preciso obbligo, rispettivamente, di comprare e di vendere quando l'altra parte lo richieda; in altre parole, il concedente, non potendo rifiutare un ordine del concessionario, cercherà di concordare con quest'ultimo le quantità di prodotti che potranno venirgli ordinati nell'arco del semestre/anno. Sono state definite speciali condizioni di pagamento e di consegna per il magazzino (assortimento di prodotti o di ricambi) che il concessionario si impegna eventualmente a mantenere per fare fronte alle richieste differenziate dei clienti? Un aspetto importante è, a tale proposito, dato dalle condizioni di riacquisto di magazzino da parte del concedente in caso di risoluzione del contratto di concessione. Sono state definite le condizioni di garanzia del pagamento da parte del concessionario e/o particolari condizioni di finanziamento di quest'ultimo da parte del concedente o di terzi? È stato previsto l'obbligo del concessionario di non acquistare e/o di non

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

promuovere la vendita di prodotti in concorrenza con quelli oggetto del contratto di concessione o più in generale con i prodotti del concedente? È stato definito un minimo (semestrale/annuo) di acquisto di prodotti del concedente da parte del concessionario e stabilendo le conseguenze del mancato raggiungimento di tale minimo: ad esempio la facoltà, per il concedente, di ridurre il territorio dell'esclusiva o di risolvere in tronco il contratto? Sono stati pattuiti particolari sconti nel caso vengano superati dal concessionario determinati quantitativi di acquisto dei prodotti del concedente (così detti "bonus")?

L'obbligo di assistenza dei clienti che acquistano i prodotti del concedente È stata definita una precisa modalità di assistenza post-vendita del concessionario in collaborazione con tecnici del concedente nonché un preciso obbligo di informazione riguardo ai reclami dei clienti? È stato previsto un obbligo di informazione del concessionario al concedente sugli standard tecnici in uso nel paese oggetto dell'esclusiva e su ogni normativa legale o amministrativa sulle caratteristiche del prodotto (composizione, etichettatura, imballaggio ecc.)?

La legge applicabile e il foro competente o l'arbitrato È stato previsto nel contratto quale legge è ad esso applicabile? Cosa prevede tale legge in materia di garanzia, consegna e pagamento? È stata prevista nel contratto la competenza di un giudice nazionale o di un arbitrato per la risoluzione delle controversie da esso derivanti? Quale efficacia avrà la decisione di tale giudice o arbitro nei paesi delle parti? I costi comportati dalla procedura di risoluzione delle controversie prescelta sono proporzionati al valore del contratto? È stata prevista una clausola di mediazione preliminare al contenzioso?

ESEMPIO DI PUNTUAZIONE NEL CONTRATTO DI AGENZIA

Chi è l'agente e dove ha la propria sede

Oggetto del rapporto di agenzia

Se il rapporto è **stabile e continuativo oppure se la trasmissione di ordini** è **saltuaria e occasionale**

L'obbligo di remunerazione da parte del preponente Fisso? Provvigione? Fisso + provvigione? Su quale importo? Su quali affari? Quando matura la provvigione? Quando viene pagata la provvigione? Se più agenti chiedono la provvigione per lo stesso affare?

L'obbligo di esclusiva L'agente è sempre esclusivo? La zona è un territorio o una fascia di clientela? Come è definito il prodotto? Esistono clienti riservati al preponente?

Gli obblighi di informazione sull'andamento degli ordini e degli affari sul prodotto (il materiale pubblicitario e il campionario)

L'obbligo di promozione dell'agente La firma dell'agente è vincolante per il preponente oppure questo può rifiutare gli ordini trasmessi dall'agente? L'agente deve rispettare le istruzioni del preponente? È libero di stabilire i prezzi e le altre condizioni contrattuali? Deve fare attività pubblicitaria? Come utilizza i nostri marchi?

L'obbligo di minimo di vendita Come rendere più concreto l'obbligo di promuovere gli affari? Un minimo di affari di quanto? La revisione del minimo? Quali sanzioni per il mancato raggiungimento del minimo?

L'obbligo di non concorrenza L'agente può promuovere gli affari di altri preponenti? È stato regolato il rapporto tra il patto di esclusiva e l'obbligo di non concorrenza?

La durata A tempo determinato o indeterminato? Per risolvere il contratto occorre comunicare il recesso? Con quali modalità?

La risoluzione anticipata Cosa giustifica la risoluzione in tronco? La colpa grave dell'agente? È stata prevista la clausola risolutiva espressa?

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'indennità di fine rapporto Si può escludere? Quando non spetta l'indennità? Quanto spetta come indennità? Rappresenta il pagamento dell'avviamento creato dall'agente? Si tratta della riparazione di un pregiudizio subito dall'agente oppure della liquidazione dovuta ad un lavoratore subordinato?

La legge applicabile quando il contratto è **internazionale** È stato definito il giudice competente o l'arbitro tenendo conto delle norme imperative nel caso in cui l'agente sia una persona fisica? È stata prevista una clausola di mediazione?

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

Manager facilitatore nei contratti di rete, l'esperienza dei distretti industriali

Renato Gaeta

SOMMARIO: 6.1 Aggregazioni di imprese – 6.2 Attività riguardanti il contratto di rete – 6.3 Principali competenze del manager di rete

Il settore manifatturiero italiano traina la ripresa, ma sono le piccole imprese a spronare il manifatturiero. Un sistema produttivo, questo, che ha retto bene perfino alla crisi innescata dalla pandemia, confermandosi per il nostro Paese un patrimonio prezioso da tutelare. Un patrimonio formato nella stragrande maggioranza da imprese artigiane, micro e piccole.

Sulla base dei più recenti dati economici, l'Italia rimane la seconda economia manifatturiera d'Europa, subito dietro la Germania. Tra le grandi economie dei 27 Paesi membri dell'Unione europea, l'Italia presenta la struttura produttiva più estesa e diffusa. Solo limitatamente al segmento delle grandi imprese - oltre i 250 addetti - il nostro Paese ne conta un numero più basso o uguale rispetto alla Germania e alla Francia. Dal punto di vista occupazionale, invece, le grandi imprese assorbono il 60,5% degli addetti in Germania, il 60% circa in Francia e solo il 27,2% nel nostro Paese.

La presenza di piccole e piccolissime imprese è quindi preponderante in tutti gli ambiti produttivi del comparto: dai campi più tradizionali, a spiccata vocazione artigiana, a quelli caratterizzati dai processi produttivi maggiormente complessi. In Italia, infatti, su quasi 380mila imprese attive nei comparti manifatturieri, il 92,3% sono micro (82% del totale) o piccole (10,3% del totale), organizzate giuridicamente come imprese artigiane nel 63,8% dei casi.

Il secondo posto europeo dell'Italia per fatturato manifatturiero dimostra come un sistema produttivo frammentato, come quello italiano, non rappresenti necessariamente un ostacolo per competere con successo a livello internazionale.

Questo grazie soprattutto alle piccole imprese distribuite sul nostro territorio. In Francia circa 1.300 grandi imprese (lo 0,6% del totale) hanno creato il 70,9% del valore aggiunto totale, mentre in Italia un numero di grandi imprese di poco inferiore ha contribuito alla creazione solo del 39,4% del valore aggiunto complessivo. Viceversa, il valore aggiunto creato dalle imprese italiane fino a 50 addetti ha più che doppiato quello realizzato in Francia dalle imprese con la stessa dimensione occupazionale. A dimostrazione che il sistema produttivo italiano può contare su una fitta rete di aziende, piuttosto che su poche grandi imprese.

Dal confronto con la Germania sulla specializzazione produttiva, calcolata dal rapporto tra indici di produttività per addetto, l'Italia esce penalizzata di quasi 20 punti percentuali. Tuttavia

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

le migliori prestazioni provengono proprio da alcuni settori tradizionali del *made in Italy* - come alimentari, bevande, tessile e moda - nei quali è maggiore la presenza di imprese minori per dimensione.

Ma le sfide sui mercati internazionali richiederanno una maggiore dimensione, anche finanziaria, delle imprese italiane. Attualmente le PMI della manifattura contribuiscono all'*export* complessivo del settore per una quota solo del 15,8% del totale, superando i 20 punti percentuali nelle produzioni in legno che non includono i mobili (43,4%), nelle altre industrie manifatturiere (27,6%), nel tessile (31,1%), nella fabbricazione di mobili (29,4%), nell'abbigliamento (27,3%) e negli alimentari (22,5%). I settori nei quali è maggiormente radicata la presenza delle PMI sono quelli che contribuiscono quasi per intero alla formazione dell'avanzo commerciale dell'intera manifattura. In particolare, l'alimentare, il tessile, l'abbigliamento, la pelletteria, la metallurgia e la meccanica.

Le PMI con un giro d'affari inferiore a euro 50 milioni, che rappresentano il 92% delle imprese attive, impiegano oltre l'80% dei lavoratori. In termini assoluti, le PMI sono 5,3 milioni dando quindi all'occupazione oltre 15 milioni di persone.

Il "nanismo" di gran parte delle imprese italiane ha portato negli anni alla progressiva costituzione nel Paese di distretti industriali, che rappresentano un tratto imprescindibile del tessuto produttivo italiano. È qui che, in presenza di *know-how* e competenze diffuse, il "gioco" virtuoso di concorrenza e cooperazione continua tra attori della filiera e ha consentito a molti distretti di competere con successo all'estero o di collocarsi stabilmente nelle catene globali del valore.

I prossimi anni saranno decisivi per il rilancio dell'economia italiana. Sarà fondamentale impiegare bene le risorse provenienti dal PNRR e fare ripartire gli investimenti in macchinari 4.0, digitale, economia verde, capitale umano. Le PMI distrettuali possono vincere queste sfide. Ma ciò richiederà, per affrontare le sempre più competitive sfide, accelerare l'internazionalizzazione e soprattutto costituire tra imprese contratti di rete, inserendo una nuova figura, il *manager* di rete.

Dall'altra parte sarà necessario un sistema innovativo ed educativo vicino alle imprese, attraverso i *competence center* e il potenziamento degli ITS (Istituti Tecnici Superiori).

Dal 2010 al 2020 sono stati attivati in Italia 1.631 percorsi ITS che hanno coinvolto complessivamente 41.086 studenti. I risultati finora conseguiti sono brillanti: nelle aree ad alta intensità distrettuale l'84,1% dei diplomati è occupato a 12 mesi dal diploma e il 94,4% di questi utilizzano in azienda le competenze acquisite.

Il contratto di rete tra imprese è un nuovo strumento giuridico, introdotto nell'ordinamento italiano nell'anno 2009, che consente alle aggregazioni di imprese di instaurare tra loro una collaborazione organizzata e duratura, mantenendo la propria autonomia e la propria individualità (senza costituire un'organizzazione come la società o il consorzio), nonché di fruire di rilevanti incentivi e di agevolazioni fiscali.

6.1 Aggregazioni di imprese

Per "aggregazioni di imprese" si intende una realtà produttiva costituita da una molteplicità di imprese, tipicamente di piccole e medie dimensioni, tra le quali intercorrono particolari rapporti di collaborazione e interdipendenza, diversi e ulteriori rispetto al mero scambio di beni o prestazioni e rispetto alle comuni relazioni di concorrenza di mercato.

Sinteticamente, ci si riferisce alle aggregazioni di imprese quando una pluralità di imprese viene a costituire una realtà economico- produttiva in qualche modo unitaria.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Dal punto di vista interno dell'aggregazione, le singole imprese, pur mantenendo ciascuna la propria autonomia e la propria indipendenza giuridica ed economica, perseguono, oltre al singolo interesse individuale, un interesse comune e, a tal fine, strutturano i loro rapporti in modo tale che ciascuna di esse condiziona ed è condizionata dalle altre.

Dal punto di vista esterno, l'aggregazione può arrivare ad essere percepita dai portatori di interessi, in particolare dai clienti e dai fornitori, quasi come un'entità unitaria che assorbe le singole imprese che la costituiscono.

Il modello primigenio di aggregazione tra imprese è come abbiamo scritto il c.d. "distretto industriale", quel sistema industriale, tipicamente italiano, caratterizzato da una elevata concentrazione, in un territorio ristretto, di piccole imprese specializzate nel medesimo settore produttivo, nell'ambito del quale esse tessono profondi legami, in termini occupazionali e sociali, con la comunità locale. La caratteristica che, nel passato, ha fatto la fortuna di questo modello di organizzazione aziendale è la compresenza di forte competizione e al contempo di profonda collaborazione tra le imprese. Con l'avvento del mercato globale, la necessità di competere con le grandi aziende multinazionali ha indotto il modello distrettuale ad evolversi in forme diverse, slegate dal legame con il territorio, ma ancora caratterizzate dalla collaborazione interimprenditoriale, quali ad esempio la filiera produttiva, la catena di subfornitura, le reti di distribuzione.

L'istituto del contratto di rete tra imprese è stato introdotto nell'ordinamento giuridico dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del Dl 10 febbraio 2009, n. 5 (c.d. "Decreto incentivi"), la quale ha aggiunto all'art. 3 il comma 4 *ter*, contenente la disciplina primigenia del contratto di rete.

La norma ha suscitato vivo interesse da parte degli operatori ed un vivace dibattito da parte della dottrina, che hanno indotto il legislatore a intervenire più volte per riformarla. Tale complesso *iter* legislativo pare non essere del tutto concluso, perché, ancora oggi, da più parti, si manifestano forti pressioni affinché il legislatore intervenga nuovamente a perfezionare la disciplina del contratto di rete.

Come indicato già dal nome dell'istituto, possono essere parti del contratto di rete solo le imprese. Il comma 4 *ter*, infatti, si apre statuendo "*Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di ...*", sicché si deve ritenere esclusa la possibilità che siano parti del contratto di rete anche soggetti che non rivestono la qualifica di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 Cc. Con riguardo al numero delle parti, si osserva che all'espressione "più imprenditori" deve attribuirsi il significato di "almeno due imprenditori", sicché nulla esclude che il contratto di rete sia bilaterale, sebbene tendenzialmente il concetto di rete postuli una pluralità di soggetti aderenti.

Nella completa assenza di specificazioni o limitazioni legislative, pacificamente si ritiene che qualunque tipo di impresa (individuale o societaria - grande, media o piccola - artigiana - agricola) possa essere parte del contratto di rete, purché sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 Codice civile e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese (per poter procedere alla dovuta iscrizione del relativo contratto, come si vedrà nel prosieguo).

Un limite della norma è quello di escludere dal contratto di rete i soggetti che non siano imprenditori, quali ad esempio i professionisti, gli enti di ricerca, le università e le associazioni di categoria. Infatti, notoriamente, tali operatori rivestono un ruolo primario nella vita delle aggregazioni tra imprese. Sarebbe pertanto auspicabile un intervento del legislatore che modifichi la norma in esame in questo senso.

La causa del contratto è, quindi, l'accrescimento della capacità innovativa e della competitività delle imprese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

6.2 Attività riguardanti il contratto di rete

Le attività riguardanti il contratto di rete sono di tre tipi:

1. collaborazione tra le parti in ambiti attinenti l'esercizio delle proprie imprese;
2. scambio tra le parti di informazioni o di prestazioni praticamente di qualsiasi natura (industriale, commerciale, tecnica e tecnologica);
3. esercizio in comune tra le parti di una o più attività rientranti nell'oggetto delle rispettive imprese.

Il contratto di rete deve essere annotato in ogni registro delle imprese presso cui è iscritta ciascuna impresa partecipante. Le successive modifiche al contratto sono depositate dall'impresa aderente a ciò incaricata presso il proprio Ufficio del registro delle imprese, il quale provvederà a darne comunicazione a tutti gli altri Uffici interessati.

Se il contratto prevede il fondo patrimoniale, allora la rete (anziché essere meramente annotata presso i registri in cui sono registrate le imprese aderenti) può iscriversi come posizione autonoma presso la sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione ha sede. In questo caso, per espressa previsione legislativa, con l'iscrizione nel registro la rete acquista soggettività giuridica.

La legge prevede che l'efficacia del contratto inizi da quando sono state eseguite le iscrizioni dovute. Tuttavia la dottrina ritiene che l'efficacia del contratto sia subordinata all'iscrizione solo per quanto riguarda il profilo amministrativo (quello delle agevolazioni di cui infra) e non invece per quanto riguarda il profilo civilistico dei rapporti tra le parti.

Il contratto di rete non iscritto nel registro delle imprese non potrebbe fruire delle agevolazioni fiscali e degli incentivi previsti dalla legge, ma sarebbe comunque idoneo a creare effetti obbligatori tra le imprese che l'hanno sottoscritto.

Per le successive modifiche al contratto, è previsto che sia incaricata della relativa pubblicità una delle imprese aderenti, la quale iscrive l'atto modificativo presso il proprio ufficio del registro, che provvederà a trasmetterlo agli altri uffici interessati.

Il contratto di rete può prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, inteso quale dotazione patrimoniale destinata all'esecuzione del programma di rete. Dal punto di vista interno, le parti sono libere di stabilire "*la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo*".

Dal punto di vista esterno, al fondo patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 2614 e 2615, comma 2, Codice civile, dettati in materia di consorzi con attività esterna. Tali norme prevedono che i partecipanti non possono dividere il patrimonio comune finché dura l'ente; che i creditori dei partecipanti non possono aggredire il patrimonio dell'ente; che per le obbligazioni assunte per conto dei singoli partecipanti rispondono solidalmente il patrimonio dell'ente e quello del partecipante interessato. È inoltre previsto che "*in ogni caso, per le obbligazioni contratte dell'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo medesimo*".

Nel caso in cui la rete sia dotata di fondo patrimoniale e di organo comune, si assiste, quindi, a un'importante limitazione della responsabilità patrimoniale in relazione alle obbligazioni assunte per l'esecuzione dell'attività di rete: le imprese aderenti non rispondono di tali obbligazioni, quasi come se la rete fosse una persona giuridica autonoma dotata di autonomia patrimoniale perfetta.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel caso di rete sprovvista di fondo comune, si ritiene che per le obbligazioni assunte nell'esecuzione del contratto di rete, invece, siano responsabili direttamente e in via solidale le imprese aderenti alla rete.

La legge, inoltre, prevede che il fondo patrimoniale possa essere costituito, anziché attraverso il conferimento diretto dei beni, mediante l'apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a, Codice civile.

Se la rete è dotata di fondo patrimoniale (può anche non esserlo, perché è un elemento accessorio), allora si applicano le seguenti disposizioni:

a. il contratto deve prevedere anche una denominazione e una sede per la rete;
b. la rete che si iscrive nel registro, con tale iscrizione, acquista soggettività giuridica;
c. la rete è tenuta a redigere annualmente una situazione patrimoniale, osservando per quanto possibile le norme dettate per la redazione del bilancio d'esercizio delle società per azioni;
d. la rete è tenuta a indicare negli atti e nella corrispondenza la propria sede, l'ufficio del registro delle imprese presso cui è iscritta e il numero di iscrizione.

Il contratto di rete può prevedere il c.d. "organo comune", ossia il soggetto "*incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso*".

In assenza di precisazioni legislative, l'organo comune può essere composto da persone sia fisiche, sia giuridiche, può avere composizione individuale o collegiale e possono farne parte soggetti sia interni, sia esterni alle imprese aderenti.

Nasce così la nuova figura professionale del "*manager* di rete". Il *manager* di rete è la figura professionale cui spetta l'incarico di gestire l'effettivo sviluppo di una rete di impresa. Una sorta di consulente, generalmente e preferibilmente esterno rispetto alle aziende aderenti, che progetta e coordina tutto il sistema.

6.3 Principali competenze del manager di rete

Ogni rete ha partecipanti diversi e, quindi, diversi obiettivi.

Ciononostante, sono state delineate delle comuni competenze proprie della figura manageriale di questi particolari sistemi:

- coordina le relazioni tra tutti i partecipanti della rete;
- omogeneizza i diversi interessi in campo in modo da ottimizzare il lavoro;
- coordina le mansioni dei vari soggetti;
- delinea e organizza lo sviluppo commerciale della rete;
- controlla l'uso di diritti di proprietà industriale o intellettuale (marchi, brevetti, *know-how* ecc.);
- verifica i processi esternalizzati;
- crea strategie, piani e iniziative relative all'organizzazione di rete (compresa la fase di comunicazione esterna);
- cura l'analisi dei bisogni dei soci e promuove il raggiungimento degli obiettivi imprenditoriali degli associati;
- partecipa alla difesa degli interessi della rete e dei suoi membri nei confronti di terzi.

Quella del *manager* di rete è una figura molto complessa. A differenza di un *manager* di una singola azienda, egli è tenuto ad avere una visione d'insieme decisamente più vasta. Deve,

infatti, coordinare le reciproche relazioni, oltre alle diversità culturali e di gestione, dell'insie-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

me delle aziende. Oltre a questo, deve anche possedere delle spiccate capacità di mediazione e di *problem solving*. Tenere insieme un gruppo di imprenditori, magari caratterizzati da personalità dominanti, risulta essere uno dei compiti più difficili da gestire in quest'ambito. Soprattutto se, fra gli obiettivi-base, vi è anche quello di tenere sempre alta la motivazione in modo da promuovere costantemente lo sviluppo e l'innovazione pluri-aziendale. Il *manager* di rete deve sapere comunicare e deve saperlo fare bene, in modo stimolante e informativo. Tutto questo, mantenendo sempre una posizione di completa imparzialità.

In generale, oltre alle competenze multidisciplinari, sono richieste fervide capacità di organizzazione aziendale in generale, marketing, gestione finanziaria e amministrativa, aspetti legali ecc.

Insomma, si tratta di un ruolo estremamente appagante, uno di quelli dove difficilmente ci si annoia. Inoltre, di pari passo con l'aumento del numero di reti di impresa, anche questo ruolo vedrà crescere progressivamente non solo la sua importanza, ma anche la sua richiesta.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

La trattativa e la mediazione negli accordi parasociali

Gabriella Branca

SOMMARIO: 7.1 I patti parasociali più comunemente utilizzati e la loro efficacia obbligatoria – 7.2 Efficacia dei patti parasociali rispetto alla società e ai terzi – 7.3 Il conflitto tra i soci, strumenti e soluzioni per prevenire o limitare gli effetti – 7.4 Violazione della trattativa e presupposti della responsabilità precontrattuale – 7.5 La mediazione civile e commerciale in ambito societario – 7.6 Il quid novi del Dl 118/2021 in rapporto alla tutela della continuità aziendale – 7.7 Conclusioni

Nell'attuale evoluzione della nostra realtà economica, anche ulteriormente accelerata a causa della crisi pandemica e delle relative conseguenze, non può non dedicarsi qualche breve riflessione al fenomeno dei **patti parasociali**.

Si tratta di un assetto complesso e variegato, per cui nel corso degli anni non è stato facile trovare una puntuale definizione giuridica, proprio per la molteplicità degli scopi che generalmente i soci si possono prefiggere.

Per semplificare, si può dire che i patti parasociali sono quegli accordi, stipulati in forme diversificate, che intercorrono fra tutti i soci o fra gruppi di essi, di maggioranza o minoranza, che sono destinati a regolare il futuro comportamento degli aderenti al patto durante lo svolgimento della vita della società, al fine di tutelare più proficuamente i propri interessi, di sopperire a lacune o deficienze della legislazione, ovvero, per adeguarsi a sopravvenute ed effettive esigenze della pratica societaria[1] .

Questi patti possono essere stipulati fra le parti sia per stabilire una determinata linea di voto che i soci dovranno esprimere nell'assemblea dei soci, sia per esprimere la nomina (ovvero la riconferma) di uno o più amministratori.

In altri casi si può intervenire, ad esempio, per condizionare il trasferimento delle partecipazioni sociali per un determinato periodo di tempo.

Le norme di riferimento, dopo moltissimi anni di mera applicazione giurisprudenziale, si ritrovano negli artt. 2341 *bis* e 2341 t*er* Codice civile, oltre che negli artt. 1341 e 1342, per le società con azionariato diffuso e quelle comuni (le S.p.A. chiuse) e negli artt. 122 e 123, Dlgs 24 febbraio

1 F. Galgano, "La società per azioni. Principi generali. Artt. 2325 - 2341", in P. Schlesinger (diretto da), "Il codice civile. Commentario", Milano, 1996; G. Oppo, "Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società", in "Riv. dir. civ.", 1987, I.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1998, n. 58, "*Testo unico di disposizioni in materia finanziaria*" per quanto concerne le società quotate in borsa.

L'introduzione codicistica ha apportato un contributo non rilevante al fenomeno in esame stabilendo:

a. il regime di durata e di pubblicità, quest'ultima limitatamente alle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio;
b. l'ambito oggettivo di applicazione, che in ogni caso risulta essere circoscritto a determinate tipologie di patti, specificamente enunciate dall'art. 2341 Codice civile e accomunate da un profilo funzionale, che viene individuato nella finalità di "*stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società*".

Si può in ogni caso rilevare, come già asserito nel periodo ante riforma[2], che permane il principio di verificare se quei patti che non vengono tipizzati dal codice perseguano o meno interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in relazione al disposto di cui all'art. 1322, comma 2, Codice civile.

Deve poi sempre essere valutata l'eventuale contrarietà delle clausole dei patti parasociali a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

7.1 I patti parasociali più comunemente utilizzati e la loro efficacia obbligatoria

Nella pratica societaria si può riscontrare una variegata tipologia di accordi:

1. patti parasociali relativi agli utili e alle perdite che prevedono criteri di ripartizione degli utili o delle perdite differenti da quelli stabiliti nell'atto costitutivo o nello statuto sociale;
2. patti di concertazione, che si concretano in quei patti che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio, anche congiunto, di una influenza dominante sulla società per azioni o sulle società che la controllano;
3. patti parasociali di garanzia degli utili o relativi al finanziamento della società;
4. c.d. "sindacati di voto", che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano (al fine di offrire una certa stabilità alla società);
5. c.d. "sindacati di blocco", ovvero patti che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;
6. patti che implementano il regime di responsabilità dei soci in relazione ad alcune specifiche obbligazioni della società;
7. patti di consultazione come gli accordi fra i soci con cui essi si impegnano a discutere insieme alcune materie indicate nel contratto.

I patti parasociali contengono molto spesso una serie di clausole articolate e specifiche realizzando interessi e assumendo la forma di un contratto, in cui possono essere previsti, ad esempio, i casi del ritardo o del mancato adempimento da parte di un socio pattista al fine di prestabilire anche una liquidazione del danno in misura forfetaria.

Si deve ancora osservare che questi patti dei soci hanno un'efficacia obbligatoria e non reale,

2 Cfr. G. Daino, in "Tecniche di soluzione del "deadlock": la soluzione contrattuale del disaccordo tra i soci nelle joint venture paritarie", in "Dir. comm. int.", 1988.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nel senso che l'efficacia dei patti è relativa al rapporto tra le parti e non può incidere sulla validità o sulla efficacia delle delibere assembleari e consiliari.

Pertanto, in caso di violazione o inadempimento degli accordi, potranno essere utilizzati strumenti di tutela solo di tipo obbligatorio e non reale.

Sul punto si è sottolineato che si ha "*tutela reale quando la reazione del parasocio leso o dei terzi incide gli atti sociali, mentre si ha tutela obbligatoria quando gli atti sociali restano comunque validi e la reazione resta interna al rapporto fra i parasoci*"[3].

Risulta infatti del tutto evidente che nel momento patologico del rapporto diventa fondamentale ricavare gli strumenti necessari a tutelare il socio adempiente, in modo adeguato affinché egli possa reagire alla violazione degli obblighi stipulati con il patto parasociale.

Proprio il costante orientamento della giurisprudenza nel ritenere che ai patti parasociali debba essere accordata un'efficacia meramente obbligatoria ha comportato, nella prassi delle trattative e degli affari, la necessità di individuare meccanismi che rafforzassero l'adempimento, all'occorrenza anche mediante il ricorso a tecniche accessorie di autoregolamentazione che, con diversa graduazione di presupposti o sistemi, potessero elidere, o quanto meno limitare, il rischio di inadempimento agli obblighi assunti.

Si è infatti affermato che "*i patti parasociali (e, in particolare, i cosiddetti sindacati di voto) sono, nella loro composita tipologia (che non consente, pertanto, la riconduzione ad uno schema tipico unitario), accordi atipici, volti a disciplinare, in via meramente obbligatoria tra i soci contraenti, il modo in cui dovrà atteggiarsi, su vari oggetti, il loro diritto di voto in assemblea*" (Tribunale Napoli, Sez. spec. in materia di Imprese, sentenza 8 ottobre 2020).

Il vincolo che discende dai patti opera, pertanto, su un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale: dal che il loro carattere "parasociale" e, conseguentemente, l'esclusione della relativa invalidità *ipso facto*, sicché non è legittimamente predicabile né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all'esercizio del voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento dell'organo assembleare (operando il vincolo obbligatorio così assunto non dissimilmente da qualsiasi altro possibile motivo soggettivo che spinga un socio a determinarsi al voto assembleare in un certo modo), poiché al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto (così sul punto Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 14865 del 23 novembre 2011).

7.2 Efficacia dei patti parasociali rispetto alla società e ai terzi

Appare quindi essenziale definire il perimetro soggettivo di efficacia dei patti parasociali.

La giurisprudenza ha anche statuito che, ai fini della configurazione di tali accordi, non è essenziale che tutti i partecipanti rivestano la qualità di socio, affermando, tra l'altro, che il patto parasociale, in forza del quale taluni soci si impegnano a eseguire prestazioni a beneficio della società, *"integra la fattispecie del contratto a favore di terzo ai sensi dell'art. 1411 Cc"*, del quale sono

3 P. Biavati, "La tutela giurisdizionale dei patti parasociali, in Riv. trim. dir. proc. civ.", suppl. n. 2/2014; si veda anche Oppo, "Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata", in "Riv. Dir. Civ.", 2004, II.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

legittimati a pretendere l'adempimento sia la società, quale terzo beneficiario, sia i soci stipulanti, moralmente ed economicamente interessati a che l'obbligazione sia adempiuta nei confronti della società di cui fanno parte (cfr. Cass. Civ. n. 9846 del 7 maggio 2014).

La recente pronuncia del Tribunale delle Imprese di Napoli, sopra richiamata, ha invece dichiarato la carenza di legittimazione passiva della società, convenuta nel giudizio da parte dei soci attori, argomentando peraltro in modo convincente sulla validità del patto.

La causa era stata azionata da alcuni soci aderenti al patto parasociale che, in virtù del mancato adempimento da parte degli azionisti non sottoscrittori, convenivano in giudizio la società e il socio di maggioranza, al fine di ottenere la risoluzione del patto parasociale rimasto inadempiuto.

La pronuncia afferma il difetto di legittimazione passiva della società in quanto estranea al patto parasociale, essendo stato lo stesso stipulato fra alcuni soci, che pure costituivano la maggioranza, e afferma altresì che il patto parasociale non avrebbe mai potuto dispiegare effetti nei confronti della società, soprattutto alla luce del comportamento tenuto dal socio di maggioranza che, *"avendo agito in proprio, non poteva sostituirsi agli organi gestori della stessa, aggirandone la sfera di competenza, senza uno specifico mandato"* (ancora Tribunale Napoli, Sez. spec. in materia di Imprese, sentenza 8 ottobre 2020).

Il Tribunale osserva, tra l'altro, che risulta legittimo che anche un terzo non socio possa sottoscrivere un accordo extrasociale insieme ai soci e ha precisato i presupposti al ricorrere dei quali una persona giuridica, che formalmente non ha sottoscritto il patto parasociale, può considerarsi vincolata, integrando l'ipotesi della conclusione dell'accordo per *facta concludentia* (purché il patto abbia a oggetto obbligazioni che siano relative all'esercizio dei diritti sociali o amministrativi all'interno della società).

Viceversa, quando il patto parasociale risulta sottoscritto direttamente dalla persona giuridica viene meno la qualifica di contratto sorto esternamente rispetto agli organi dell'ente e gli eventuali patti sottoscritti assumeranno il valore di negozi integrativi rispetto al contratto sociale.

Da ciò consegue che, solo se la società aderisce al patto per il tramite degli organi che ne hanno la rappresentanza e assume i corrispondenti obblighi nelle forme previste, il patto risulterà pienamente opponibile alla società medesima.

Infine il Tribunale afferma che, come ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, "*il patto con cui alcuni soci si accordino per votare in una certa maniera non costituisce di per sé una violazione del principio della libertà di voto poiché i soci sono comunque liberi di disporre del proprio voto né il patto di per sé pone in discussione il corretto funzionamento dell'organo assembleare sotto il profilo di una alterazione della corretta formazione della maggioranza poiché al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto (cfr. Cass. 10215/2010).*"

Di conseguenza, avendo appurato che le clausole in oggetto non parevano contrarie a norme imperative e che non risultava che alcuna di queste fosse idonea a consentire l'elusione di norme o principi generali dell'ordinamento, e in particolare di quello societario, tali da determinare l'invalidità dell'intero patto parasociale, viene affermata la validità del patto.

7.3 Il conflitto tra i soci, strumenti e soluzioni per prevenire o limitare gli effetti

Per comprendere l'importanza dei patti parasociali all'interno del diritto societario, basta pormente a quante volte nella pratica quotidiana si verificano conflitti fra i soci che bloccano la

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

capacità dell'ente di assumere decisioni sia a livello gestorio che assembleare, condizionandone l'operatività stessa.

Nelle società, siano esse di persone o di capitali, le situazioni di stallo decisionale (*deadlock*) avvengono quando i soci non raggiungono le maggioranze necessarie per assumere determinate deliberazioni, a causa di una opposizione mirata di uno o più soci ovvero di una mancata attenzione per la società e frequentemente può avvenire nelle società in cui insistono partecipazioni al capitale da parte di soci paritetici, con conseguente sostanziale bilanciamento dei voti in capo agli stessi[4].

Il conflitto tra soci può sorgere per qualsiasi motivo, anche se spesso discende dalla gestione dell'azienda o dalla mancata condivisione della gestione o ancora più frequentemente da situazioni di crisi aziendale ed allora assistiamo ad un crescendo di azioni che vanno dall'ostruzionismo al rifiuto di approvazione del bilancio, alle azioni strumentali di impugnazione di delibere e ancora alla richiesta di ispezioni contabili più o meno fondate o anche di semplice accesso alla documentazione contabile.

Molto spesso le azioni ostili fra i soci possono portare a una paralisi dell'attività o allo scioglimento della società se non ad una procedura concorsuale.

Nella pratica societaria, spesso si inseriscono delle clausole nei patti parasociali delle società di dimensioni medio-grandi, ma le stesse clausole possono essere inserite anche negli statuti e nei patti parasociali di tutte le società, con la finalità che prevengano o per lo meno limitino gli effetti del conflitto.

Risulta dunque essenziale che i soci, al momento della costituzione della persona giuridica, prevedano delle clausole statutarie ovvero clausole da inserire nei patti parasociali che possano consentire, in caso di insorgenza del conflitto, di giungere a delle soluzioni concordate, sia per salvaguardare l'azienda sia il valore delle partecipazioni.

In tal senso sono state elaborate nella pratica delle clausole cosiddette "*anti-stallo*" che obbligano le parti ad esperire vari tentativi di superare l'*impasse*, oppure ad aprire una trattativa, anche per gradi, o di effettuare dei passaggi con figure terze per provare a dirimere la controversia.

Altre tipologie di patti parasociali possono prevedere dei meccanismi che consentono il trasferimento dall'uno all'altro socio (o fra gruppi di soci) della partecipazione societaria (*buy-sell provisions*) sia consentendo al socio di lasciare la compagine sociale ovvero consentendogli di procedere all'acquisto della partecipazione della controparte, come quelle che prevedono opzioni di *put and call* reciproche[5].

Attraverso l'opzione *put* (opzione di vendita), si obbliga un socio a vendere una determinata quantità delle partecipazioni sociali a un prezzo predeterminato (o determinabile secondo formule matematiche volte a stabilire il *fair value*, eventualmente con l'intervento di un soggetto terzo).

Mediante l'opzione *call* (opzione di acquisto) si concede a un socio la facoltà di acquistare le partecipazioni sociali altrui, sempre ad un prezzo fissato (o determinabile).

L'utilizzo di queste clausole nei patti consente di portare il socio ad acquistare le partecipazioni altrui, ovvero a cedere le proprie, in risposta all'iniziativa assunta dall'altra parte, con un vantaggio a chi tempestivamente assume l'iniziativa o per chi è contrattualmente titolare dell'opzione.

4 M. De Poli, in "Conflitto tra soci e rischio di paralisi societaria: nuovi scenari delle clausole antistallo", dal Convegno del 23 ottobre 2020 nell'ambito dell'iniziativa "Cinque casi di Diritto societario".

5 M. De Poli, in "Conflitto tra soci", op. cit. ut supra.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Più volte si è revocata in dubbio la validità dell'opzione *put*, sotto il profilo del divieto del patto leonino: se l'opzione *put* comporta una costante e assoluta esclusione del socio titolare della *put* dalla partecipazione alle perdite o agli utili, si ha un "patto leonino", che deve essere dichiarato nullo, secondo la previsione di cui all'articolo 2265 Codice civile.

Non ricorrono invece queste caratteristiche, che provocano la nullità, se l'opzione è esercitabile solo entro un certo limite temporale ed è limitata solo a una parte della partecipazione dell'opzionario (Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia d'Impresa, sentenza n. 8651 del 9 agosto 2017).

Di recente la S.C. ne ha stabilito la legittimità in virtù di alcune condizioni e limiti, tra cui appunto il caso in cui l'opzione sia condizionata al verificarsi di una situazione di stallo decisionale delle società, in quanto risulta essere l'espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa.

"*In tema di patti parasociali,* è *valida la previsione all'interno di essi di opzioni put e call tra i soci stipulanti, identificandosi la causa concreta del negozio in una forma di garanzia per il socio finanziatore, come tale rientrante nell'autonomia contrattuale concessa ai soci e pertanto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento"* (fattispecie in controversia relativa al pagamento del prezzo di opzione pattuito nel patto parasociale per l'esecuzione del comune acquisto della totalità delle azioni di una società bersaglio: Cass. civ., Sez. I Ord., 7 ottobre 2021, n. 27227, in CED Cassazione, 2021) (la Suprema Corte rigetta Corte d'Appello Milano, 27 febbraio 2017).

Altra clausola pattizia che spesso viene inserita nei contratti è la clausola della c.d. *"roulette* russa" (*Russian roulette clause*), anch'essa destinata a risolvere le possibili fasi di stallo decisionale di una società che può essere provocato dalla presenza di partecipazioni assembleari paritetiche, nonché per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea (art. 2484, primo comma, n. 3, Codice civile).

Per effetto di questo accordo, in caso di *deadlock,* un socio assume l'obbligazione alternativa di vendere oppure di acquistare la partecipazione dell'altro socio.

La clausola ha il vantaggio della rapidità e quindi di poter risolvere in modo veloce lo stato di stallo fra soci: ciascun socio può formulare un'offerta di acquisto, a un dato prezzo, della partecipazione dell'altro socio, mentre quest'ultimo, se non intende cedere la propria partecipazione, è obbligato ad acquisire quella del socio che ha operato la determinazione del valore.

Sul punto occorre ricordare la sentenza del Tribunale di Roma, Sezione Imprese, del 19 ottobre 2017, che ha statuito, per la prima volta, la validità della clausola *russian roulette,* affermando che la previsione della clausola appare meritevole di accoglimento e riconoscimento da parte dell'ordinamento in quanto consente, secondo gli stessi giudici, da un lato, di salvaguardare il progetto imprenditoriale e, dall'altro, di evitare i costi e le lungaggini della procedura di liquidazione della società.

La sentenza in esame è stata confermata in fase di appello, avendo la Corte statuito che "*la clausola russian roulette, anche se contenuta in un patto parasociale, comporta la stipulazione di un contratto (di acquisto o di vendita di partecipazioni) ove la volontà delle parti* è *espressa preventivamente così da non pregiudicare arbitrariamente l'equilibrio e la bilateralità del rapporto: la facoltà della parte oblata di scegliere se vendere o comprare la partecipazione innesca un legittimo meccanismo antistallo che non mette in discussione né generici criteri di meritevolezza né profili di non conformità a norme di legge, anche allorché non preveda l'applicazione dei principi sulla equa valorizzazione della partecipazione da liquidarsi."* (Corte d'Appello Roma, Sez. spec. in materia di Imprese, 3 febbraio 2020, in *Società*, 2021, 2, 144).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Su questa tipologia di clausole esiste un peculiare contrasto tra le decisioni del Tribunale Specializzato per le Imprese di Roma, sopra richiamate, e quelle dell'omologo Tribunale di Milano.

Sempre in relazione a questo tipo di clausole, con riguardo a un patto di investimento, il Tribunale di Milano (Sez. Specializzata Imprese, sentenza n. 1195/20), considerato che l'intero meccanismo dell'accordo, esaminato nel suo complesso e nell'interezza delle sue previsioni poste a tutela dell'investitore, *"gli assicurava sempre e comunque la possibilità di beneficiare degli eventuali guadagni e di non sopportare le perdite"*, attraverso plurime opzioni *call* e *put* che potevano essere esercitate dall'investitore in base all'andamento dell'impresa e anche nel caso di fallimento dei progetti di *business* sottesi all'accordo di investimento e persino dopo la messa in liquidazione e per il caso di conclamata insolvenza, recuperando integralmente quanto investito, se non addirittura somme superiori all'investimento effettuato, ha dichiarato la nullità dell'accordo per contrasto all'art. 2265 Codice civile.

Per concludere questa breve esemplificazione sulle clausole anti-stallo, si osservi come la Corte di legittimità, con la sentenza sopra citata (Tribunale Napoli, Sez. spec. in materia di Imprese, sentenza dell'8 ottobre 2020), abbia ritenuto pienamente ammissibile un patto parasociale in funzione di risanamento aziendale a favore della società risananda quale terza beneficiaria in senso proprio affermando che, tenuto conto che i patti parasociali sono convenzioni atipiche che riguardano i rapporti personali tra soci, il patto parasociale in forza del quale taluni soci si impegnano a eseguire prestazioni a beneficio della società integra la fattispecie del contratto a favore di terzo, ai sensi dell'art. 1411 Codice civile.

La S.C. ha infatti stabilito che sono legittimati a pretendere l'adempimento del patto parasociale sia la società, quale terzo beneficiario, sia i soci stipulanti, moralmente ed economicamente interessati a che l'obbligazione sia adempiuta nei confronti della società di cui fanno parte (cfr. Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 2014, n. 9846, in "Società", 2015, 2, 162, con nota di Di Bitonto).

7.4 Violazione della trattativa e presupposti della responsabilità precontrattuale

Da questo brevissimo *excursus* risulta evidente come l'ambito societario sia il terreno d'elezione per lo svolgimento di trattative, anche complesse, ovvero di contrattazioni in cui si esplica in modo peculiare l'autonomia privata, anche attraverso un florilegio di clausole, patti e negozi che cercano di finalizzare gli interessi economici delle parti e limitare per quanto sia possibile le situazioni conflittuali.

Per valutare la delicatezza che inerisce a queste fasi complesse, si osservi che spesso le parti ritengono di fissare il momento in cui la trattativa giunge a uno snodo, attraverso una puntuazione o anche mediante una **lettera d'intenti** *(letter of intent o LOI),* strumento che può rilevarsi utilissimo nella progressione dell'affare per l'acquisto di una quota societaria, per la sottoscrizione di un contratto di *joint venture*, o l'acquisizione o l'affitto della azienda, per predisporre un accordo di investimento ecc.[6]

La LOI risulta nella pratica degli affari particolarmente utile potendo ottenere almeno due risultati: da un lato le parti possono fissare lo stato attuale delle trattative *where we are*, rimandando a un successivo momento la soluzione dei punti su cui è ancora necessario un approfon-

6 V. Pandolfini, "La lettera di intenti (LOI): cos'è, a cosa serve, come evitare rischi", in "Diritto societario", 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dimento; dall'altro possono indicare nella LOI gli eventuali termini essenziali della trattativa, stabilendo le tappe del *closing*.

Spesso la LOI viene utilizzata nella crisi dell'impresa per procedere alla ricerca di finanziamenti, alla cessione di un ramo o anche per documentare agli Istituti di credito lo stato della trattativa stessa.

In questi delicati passaggi delle trattative, occorre sottolineare la necessità che le parti si attengano sempre ai principi di lealtà, correttezza e buona fede, sia per la tutela dell'affidamento, sia per evitare di incorrere nella fattispecie di responsabilità precontrattuale e conseguente risarcimento dei danni.

Si è spesso affermato che la responsabilità precontrattuale tutela la libertà negoziale, in quanto interviene a sanzionare l'eventuale lesione di tale libertà[7]: sul punto si può affermare che ciascuna delle parti che si trovano al tavolo della trattativa ha il diritto di ottenere un comportamento di lealtà e serietà nell'impegno reciproco.

Deve quindi rammentarsi la rilevanza sempre più pregnante della disciplina di cui agli artt. 1337[8] e 1338[9] Codice civile: l'art. 1337 rappresenta il punto focale su cui si basa la responsabilità precontrattuale, ossia contiene l'enunciazione del principio della responsabilità.

Secondo alcuni autori[10] l'art. 1338 Codice civile rappresenta solamente una specificazione dell'art. 1337, mentre una diversa corrente di pensiero ritiene che l'art. 1338 abbia una natura ben più vasta: così, ad esempio, nella ricostruzione di Roppo, la responsabilità non dipende dall'avere taciuto una causa di invalidità del negozio, ma deve essere intesa come principio generale di comportamento, comprendendo anche le fattispecie in cui il soggetto agente abbia contribuito direttamente a cagionare la causa d'invalidità[11].

Sussiste la responsabilità precontrattuale ogni qualvolta si siano riscontrati la violazione dei doveri di buona fede nella trattativa e nella formazione del contratto, così come nel caso della stipulazione di un contratto invalido o inefficace, e ancora nel caso di un recesso ingiustificato dalla trattativa.

Perché si possa ritenere integrata la responsabilità precontrattuale occorre che tra le parti siano in corso delle trattative e che queste siano giunte a uno stadio idoneo a ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Ulteriore presupposto è che la trattativa sia stata interrotta, senza un giustificato motivo, dalla parte cui si addebita detta responsabilità mentre, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei a escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Secondo la C.S., "*la verifica della ricorrenza di tutti tali elementi si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, ove non inficiato da omesso esame circa un fato decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti*." (Cass. civ., Sez. VI - 2 Ord., 16 novembre 2021, n. 34510, in CED Cassazione, 2021); in senso pressoché puntuale cfr. Tribunale Torino, Sez. I, sentenza 2 novembre 2021, in *https:// online.leggiditalia.it/*.

---

7 C. M. Bianca, "Diritto Civile. Il contratto, 3", Milano, Giuffrè, 2000, pag. 157.

8 Art. 1337 Cc: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

9 Art. 1338 Cc: "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

10 M. Ferrari, "Responsabilità precontrattuale: la guida completa", in www.altalex.it.

11 E. Roppo, "Il contratto", in "Trattato di diritto privato", a cura di Iudica-Zatti, Milano, Giuffrè, 2001, pag. 182.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

È bene sottolineare che il recesso dalle trattative risulta sindacabile ove il soggetto sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza e lealtà, in rapporto all'affidamento ingenerato nella controparte circa il perfezionamento del contratto.

Pertanto, dovrà ravvisarsi la violazione del dovere precontrattuale di buona fede nell'ipotesi del recesso senza giusta causa dalle trattative che siano giunte a uno stadio evolutivo tale da generare nell'altro contraente un legittimo affidamento circa la conclusione del contratto.

L'obbligo imposto dall'art. 1337 Codice civile sorge a condizione che sussistano determinati presupposti.

Poiché la rottura di una trattativa non è di per sé illecita (essendo manifestazione della libertà contrattuale), l'attitudine delle trattative contrattuali, ingiustificatamente interrotte, a costituire fonte di responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il relativo danno, "è *subordinata alla prova della sussistenza di trattative serie e concrete tra le parti, tali da determinare un affidamento nella conclusione del contratto, nonché dell'ingiustificato recesso di controparte dalle medesime, in quanto non sorretto da giusta causa"*(così Tribunale Busto Arsizio, Sez. III, sentenza 7 giugno 2021, in *https:// online.leggiditalia.it/*).

Infatti la giurisprudenza consolidata ravvisa la violazione del dovere precontrattuale di buona fede nell'ipotesi del recesso senza giusta causa da trattative che siano giunte a un processo evolutivo tale da generare nell'altro contraente un legittimo affidamento circa la conclusione del contratto (*ex multis* Cass.: 1786/2015; 1051/2012;. 11438/2004; 8723/2004; 1632/2000; 5830/1999; 430/1981; 5610/1980).

Sul punto deve precisarsi che l'affidamento circa la conclusione del contratto è ragionevole e giustificato quando sussistano elementi oggettivi che facciano ritenere fondata la serietà delle trattative, per capacità delle parti, per la durata e lo stato della contrattazione e per la considerazione degli elementi essenziali del contratto da concludere.

Il recesso viene considerato dalla giurisprudenza privo di giusta causa quando non sia determinato dalla modifica dell'altrui proposta negoziale o avvenga in malafede (Cass.: 7768/2007; 5920/1985) o sia comunque privo di ragionevole giustificazione (Cass.: 12147/2002; 6629/1986).

7.5 La mediazione civile e commerciale in ambito societario

Le diverse situazioni che la pratica degli affari societari propone frequentemente possono essere sia quelle relative alla conduzione delle trattative di acquisizione o cessione, sia quelle di natura conflittuale o ancora quelle che scaturiscono dalla eventuale violazione di patti di natura obbligatoria come sopra ricordato e tutte possono essere affrontate con lo strumento della mediazione civile e commerciale, che, qualora sia già stata prevista nello statuto, nell'atto costitutivo o nei contratti, deve essere utilizzata e valorizzata quale mezzo alternativo di risoluzione delle controversie.

L'art. 5, comma 5, Dlgs 28/2010 stabilisce che, "*se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6.*

Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1.

In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto".

Nei rapporti societari in relazione alla libertà e discrezionalità delle parti coinvolte nella controversia futura o nascente, e soprattutto del complesso assetto degli interessi in gioco, diviene assolutamente indispensabile l'inserimento pattizio nel contratto, statuto o atto costitutivo dell'ente delle clausole per la risoluzione alternativa delle controversie.

A differenza delle materie elencate al comma 1 *bis* dell'art. 5, Dlgs 28/2010, in relazione alle quali l'esperimento del tentativo di mediazione rappresenta condizione di procedibilità *ex lege*, in questo caso l'esistenza della clausola di mediazione deve essere oggetto di eccezione della parte convenuta e non può essere rilevata d'ufficio dal giudice[12].

Risulta poi necessario delimitare l'ambito di disponibilità del diritto per verificare se le parti hanno il potere di porre in essere i relativi atti negoziali con efficacia vincolante, tenuto conto che, nel diritto societario, risultano relativamente scarse le situazioni soggettive che ineriscono a diritti indisponibili essendo di gran lunga preminenti le situazioni che coinvolgono i diritti della compagine sociale.

Su questo piano risulta copiosa la giurisprudenza che si è nel corso del tempo attestata su posizioni a volte molto estreme e poco giustificabili.

A titolo di esempio, sono state ritenute compromettibili in arbitri le controversie relative all'esclusione da socio, l'azione sociale di responsabilità *ex* art 2393 Codice civile, la controversia sulla esclusione reciproca dei soci di una società di due persone (cfr., tuttavia, in senso diverso l'orientamento del Trib. Milano 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, 1239 ss.), la deliberazione di approvazione del bilancio, la misura dell'ispezione nei libri sociali da parte del socio (Trib. Milano 18 luglio 2002, *ivi*, 2002, I, 2329).

Deve comunque rilevarsi che parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto di assumere recentemente un'interpretazione tesa ad ampliare i margini di disponibilità dei diritti inerenti il rapporto sociale[13] e ciò risulta perfettamente in linea con il favore dell'ordinamento per il ricorso a forme di ADR delle liti, peraltro confermato dalla disposizione sopra richiamata del Dlgs 28/2010.

Non può essere revocato in dubbio che nei rapporti societari la mediazione trova il suo ambiente ideale, in quanto consente di trovare soluzioni che assicurano la prosecuzione e la conservazione del rapporto tra le parti, garantendo quel valore della continuità dell'impresa, che alla luce della più recente normativa diventa il perno fondamentale della attenzione dei soggetti istituzionali ed economici.

Anche quando è impossibile continuare il rapporto tra i soci, trovare la soluzione fra le parti in conflitto, per esempio mediante l'uscita dalla società di uno dei soci, senza il ricorso alla giustizia ordinaria, in modo rapido e meno traumatico, non può che essere di enorme vantaggio sia per i soci, sia per la persona giuridica.

---

12 M.R. Astorina e M. Caradonna, in "La mediazione civile nella lite fra soci: profili giuridici ed efficacia negoziale", Milano, dicembre 2013, pag. 18.

13 A. Motto, "Compromettibilità in arbitrato delle controversie di impugnazione delle deliberazioni assembleari", in "Società" 2021, 11, 1257.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si vuole ancora osservare che qualora, nonostante l'inserimento della clausola di mediazione, il tentativo non venga esperito, il giudice adito ovvero l'arbitro dovrà fissare una nuova udienza e assegnare un termine non inferiore a 15 giorni, per il deposito della domanda di mediazione davanti all'organismo indicato nella clausola.

Infine, sempre dal punto di vista ermeneutico, appare utile ricordare la disposizione di cui all'art. 2378, comma 4, Codice civile: "*All'udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza.*" Oltre a poter esperire direttamente in udienza il tentativo di conciliazione, il giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, ha la facoltà, anche in grado di appello, di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, che diventa in tal caso condizione di procedibilità della domanda giudiziale, fissando un termine di quindici giorni alle parti per presentare la domanda di mediazione, e la successiva udienza non prima di tre mesi dopo lo spirare di detto termine.

Infine, rimane da considerare l'istituto contemplato dall'art. 37, Dlgs 5/2003, che prevede una forma di gestione alternativa per piccole società che rischiano lo scioglimento a causa di un conflitto tra le forze di controllo, che si contraddistingue per il fatto che con tale modalità viene affidata a terzi estranei una scelta ad altissimo grado di discrezionalità, com'è quella sulla gestione di una società[14].

ART. 37, DLGS 5/2003

"Gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società".

A questo punto non ci si può esimere dall'evidenziare che la miniriforma introdotta dal Dl 118/2021 (oggi trasposto nel Codice della crisi, all'interno del titolo II, dal Dlgs 83/2022) ha voluto espressamente riconoscere l'acquisita professionalità del mediatore costruendo sul modello legislativo esistente, sia la figura dell'esperto sia lo svolgimento della trattativa così come viene dettagliatamente descritta nel decreto dirigenziale 28 settembre 2021.

7.6 Il quid novi del Dl 118/2021 in rapporto alla tutela della continuità aziendale

Come sottolineato da Rodorf, "*la pandemia e la legislazione emergenziale che ne è seguita hanno accentuato la tendenza a favorire forme di "aggiustamento" giudiziario dei contratti, finendo così per mettere ulteriormente in discussione il "dogma" dell'intoccabilità dell'autonomia negoziale. Le esigenze di solidarietà sociale, esaltate dalla pandemia, forniscono un criterio valoriale, cui dovrebbe auspicabilmente ispirarsi il funzionamento del mercato che appare destinato a riflettersi nella concreta attuazione dei regolamenti contrattuali" (*R. Rodorf, *Interferenze tra diritto della crisi e*

14 F. Auletta, "La risoluzione di contrasti sulla gestione di s.r.l.", in "Rivista del diritto commerciale", Anno CXI, 2013, n. 3.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'insolvenza e diritto dei contratti, Relazione svolta al Convegno tenutosi in Verona il 17 dicembre 2021 sul tema "*Il diritto concorsuale italiano e gli obiettivi di coordinamento con la normativa eurounitaria*", organizzato dall'Associazione Concorsualisti in collaborazione con l'Università di Verona, *in www.dirittodellacrisi.it.).*

Anche se il legislatore non è arrivato a formulare in termini generali la previsione di un obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze (come era stato proposto in un disegno di legge delega di riforma del Codice civile presentato in Senato), risulta evidente lo sforzo per procedere ad una rimodulazione dei contratti in essere e la spinta nei confronti di tutti gli *stakeholder* a sedersi al tavolo della trattativa.

Il Dl 118/2021 costituisce certamente uno straordinario elemento di novità e una totale inversione di rotta anche soltanto in raffronto alle disposizioni sulla crisi di impresa recentemente approvata.

Evidente è la totale diversità di obiettivi, laddove il *focus* passa dallo strumento di pura prevenzione e allerta al principio di conservazione della continuità aziendale (*going concern*).

La composizione negoziata della crisi, da un lato, consente la protezione del patrimonio senza alcuna limitazione sulla gestione dell'impresa che resta in capo all'imprenditore, mentre l'interesse alla conservazione della continuità aziendale, come valore da tutelare, viene bilanciato con la salvaguardia dei creditori, cercando un punto di equilibrio tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale durante tutto l'*iter* di composizione negoziata.

La reazione alla crisi con lo strumento di composizione negoziata avviene, dunque, attraverso un percorso di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e le altre parti interessate, e non soltanto per intervenire sugli squilibri contrattuali determinati per effetto dell'emergenza sanitaria, con il fine di mantenere sia la continuità aziendale sia le relazioni a lungo termine.

La composizione negoziata rappresenta un percorso in cui l'imprenditore entra volontariamente e, attraverso la figura dell'esperto, terzo, professionalmente competente e *super partes*, avvia una trattativa con i creditori e con tutti coloro che possono considerarsi destinatari degli effetti della crisi.

In tale percorso si inseriscono le misure protettive per consentire la prosecuzione dell'attività aziendale mediante gli artt. 18 e 19 CCI, evitando posizioni di vantaggio di alcuni creditori e, al tempo stesso, consentendo all'azienda di proteggere i beni destinati a far funzionare l'impresa.

Uno degli aspetti dell'oramai nuovo titolo II del CCI che in questa sede si vuole sottolineare è l›introduzione di un limite all›autotutela contrattuale delle parti prevista dagli articoli 1186, 1460, 1461 e 1385 Codice civile così come la spinta sollecitata alla rinegoziazione dei contratti.

La rinegoziazione dei contratti e l'individuazione di soluzioni e accordi in grado di consentire all'impresa di tornare in equilibrio prospettico, nonché ai creditori e alle altre parti interessate di ottenere un vantaggio nel lungo periodo, devono ispirarsi ai principi più volte richiamati di solidarietà, buonafede, equilibrio contrattuale unitamente al bilanciamento degli interessi.

Mediante il richiamo a questi fondamentali principi, si sottolinea ancora una volta la peculiare rilevanza della trattativa fra i protagonisti della composizione negoziata.

Appare significativo, sotto questo profilo, l'art. 22, comma 1, CCI, che subordina il rilascio delle autorizzazioni all'imprenditore per il compimento di alcuni atti particolarmente rilevanti in tema di finanziamenti o di cessione di un ramo o addirittura dell'azienda, alla verifica della "*funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori*".

L'art. 17, co. 5 del Codice della crisi prevede che "*nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute".

Risulta quindi evidente che l'esigenza di salvaguardare la continuità aziendale e, soprattutto, l'esigenza di prevenire la crisi diventano un obiettivo concretamente raggiungibile consentendo all'imprenditore di presentare tempestivamente l'istanza per la risoluzione della crisi.

Le nuove norme intendono anche chiaramente rafforzare quegli obblighi organizzativi previsti dal novellato articolo 2086 Codice civile, mentre viene attribuita concreta attuazione ai principi generali di correttezza e buona fede nella stipulazione, interpretazione ed esecuzione del contratto ai sensi degli articoli 1175, 1366 e 1375 Codice civile ribadendo i principi di responsabilità precontrattuale e contrattuale che garantiscono l'osservanza delle norme.

7.7 Conclusioni

Dovendosi approcciare a questa disciplina, anche con uno spirito del tutto nuovo, nonostante le critiche, le difficoltà e i dubbi espressi da più parti in questi mesi di prima applicazione[15], pare necessario rilevare che la miniriforma dovrebbe comportare un intervento dell'autorità giudiziaria sempre più residuale. In una materia complessa come quella dei contratti di impresa, anche considerato l'attuale periodo storico ed economico[16], si auspica che le parti, assistite dai propri professionisti di fiducia e tramite il supporto dell'esperto, comportandosi lealmente fra loro, supportate da eventuali misure protettive, possano utilizzare al meglio tutti gli strumenti previsti dalla composizione negoziata della crisi limitando così il pericolo dell'insolvenza.

15 M. Ferro, in "La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il Dl 118/2021", in "Fallimento", 2021, pagg. 1573 e segg.; F. Lamanna, in "Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa".

16 M. Fabiani, "Il valore della solidarietà nell'approccio e nelle gestione della crisi d'impresa", in "Fallimento", 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

Mediazione e procedure concorsuali

Dante Leonardi

SOMMARIO: 8.1 Le procedure concorsuali e la mediazione c.d. "obbligatoria"

La mediazione viene definita dalla legge (art. 1, lett a, Dlgs 28/2010) come "*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*".

Le procedure concorsuali, in genere, sono procedure giudiziali cui sono soggette le imprese commerciali e hanno come scopo la definizione dei rapporti con i creditori dell'impresa, contenute nel Rd 167/1942 (legge fallimentare). Essenzialmente sono il concordato preventivo, il concordato fallimentare e il fallimento, cui si sono aggiunti gli accordi di ristrutturazione (in generale sul tema si veda anche A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento dell'impresa*, Giuffrè, 2014). Poi vi sono le c.d. "procedure concorsuali minori", dedicate a soggetti non fallibili, come l'accordo con i creditori e il piano per il sovraindebitamento, contenuti nella legge 3/2012 e, recentissima, la composizione negoziata della crisi che attiene a una "fase preliminare" di negoziazione, presumibilmente antecedente rispetto a tutte le altre procedure.

Si tratta, in buona sostanza, di strumenti diversi, che mirano a raggiungere un accordo con i creditori (concordati, accordi, piani) o, in ultima analisi, a imporre una percentuale di soddisfazione (fallimento, liquidazione), con interventi più o meno "invasivi" dell'autorità giudiziaria e degli "organi concorsuali" (curatore, commissario, comitato dei creditori ecc.).

Alla base di tutto questo, vi è una continua e costante negoziazione: più "paritaria" nei concordati, nei piani, negli accordi e più "autoritativa" nel fallimento.

Peraltro, anche negli accordi vi sono momenti di "autoritarismo", in cui i creditori dissenzienti vengono in qualche modo "costretti" ad accettare proposte o accordi sottoscritti dalla maggioranza (c.d. *cram down*) e nelle negoziazioni in genere, momenti in cui la proposta rifiutata produce effetti sulla pretesa del creditore, tipizzati, ad esempio, dall'art. 13, Dlgs 28/2010 in materia di mediazione.

Nella pratica, tralasciando un attimo il fallimento, in cui, come abbiamo visto, i giochi sono fatti e bisogna solo liquidare il patrimonio aziendale, il consulente dell'imprenditore, da un lato, e gli organi concorsuali, dall'altro, hanno il problema di negoziare tra due opposti interessi, che sono, da un lato, quello dell'imprenditore a pagare il meno possibile eea riprendere subito l'attività d'impresa e, dall'altro, quello dei creditori a non essere pregiudicati da scelte dello stesso imprenditore, ricavando il più possibile dall'accordo.

In mezzo a questi due grandi interessi meramente economici, vi sono poi tutta una serie

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di interessi e rapporti di altra natura che potrebbero orientare la negoziazione e consigliare gli attori di intraprendere una strada al posto di un'altra, cercando la massima soddisfazione reciproca.

La fase negoziale inizia proprio con un'esplorazione di tutti questi interessi "satelliti" e delle varie alternative che si presentano sul tavolo a seconda delle strade da percorrere.

Bisogna capire se un'impresa sia risanabile in tutto o in parte, se esistono potenziali soci che intendono investire, potenziali acquirenti, se vi sono creditori strategici o finanziatori disponibili a concedere ammortamenti più lunghi in cambio di garanzie diverse, se si è dinanzi a un prodotto che possa ritrovare nuovo slancio oppure sia destinato a diventare obsoleto.

L'ideale, la migliore scelta che i consulenti dell'imprenditore possono fare, è quella di portare il negoziato in una sede protetta (nella quale tutti gli atti e le dichiarazioni sono riservati e inutilizzabili) e dinanzi a un terzo neutrale, come, appunto, il mediatore, onde evitare effetti pregiudizievoli a seguito delle informazioni che, necessariamente, devono fornire.

Ovviamente è importante che il mediatore sia esperto nelle materie di cui si discute, per confrontarsi utilmente con i consulenti di debitore e creditori e per formulare proposte utili o idee creative e attuabili.

Il novellato Titolo II del CCI pare abbia "esaudito questa richiesta degli esperti di trovare un luogo protetto "prima che tutto cominci".

L'utilizzo migliore che l'imprenditore può fare dello strumento è quello di presentarsi dall'esperto con un piano solo abbozzato, magari con più alternative e poi - a prescindere dalla concessione o meno delle misure di protezione - trovare insieme a lui e ai consulenti dei creditori la strada migliore o comunque quella che riesce a mettere d'accordo tutti.

Nella pratica, magari immediatamente dopo l'apertura del c.d. "concordato in bianco", il consulente dell'imprenditore era penalizzato nel condurre il negoziato da una certa diffidenza del ceto creditorio, dovuta al fatto che non veniva percepito come "soggetto terzo", dalla lentezza dei creditori istituzionali, dal dovere per forza comunicare a tutti i creditori l'esistenza di una potenziale insolvenza, con tutte le conseguenze del caso.

Ebbene, l'esistenza di un soggetto esterno e imparziale cui affidarsi, mediatore o esperto negoziatore che sia, elimina una buona parte della diffidenza iniziale. La possibilità di concentrare la fuoriuscita di informazioni solo nei confronti di una classe di creditori, lasciando al riparo le altre, può essere un'altra importante opzione. Un negoziato per *step*, con una precisa *road map*, che peraltro si definirà sempre più in corso d'opera, è la soluzione migliore per evitare di trovarsi ad affrontare sin da subito problemi notevoli che potrebbero facilmente diventare insormontabili.

Si segnala, recentissima, Cass., SSUU, 14/02/2022, n. 4696, intervenuta sulla *vexata quaestio* del fallimento c.d. "*omisso medio*", ovvero successivamente all'omologa del concordato preventivo, nel caso (nella pratica tutt'altro che infrequente, purtroppo) in cui si manifesti una nuova e più grave insolvenza nella fase esecutiva del concordato. Ebbene, la Suprema Corte ha ammesso tale possibilità senza che sia necessaria la preventiva risoluzione del concordato, purché vi siano ulteriori elementi che dimostrino l'esistenza dell'insolvenza ulteriore.

Ovviamente gli effetti di questa pronuncia, per certi versi dirompente, soprattutto in una fase di ripresa post pandemica come l'attuale, sono tutti da verificare. Si può però dire già da ora che l'idea che si possa fallire in corso di concordato aumenta gli spazi negoziali anche nella fase esecutiva. Diventa pertanto imprescindibile, per consulenti e imprenditori, essere pronti e preparati a queste nuove forme negoziali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.1 Le procedure concorsuali e la mediazione c.d. "obbligatoria"

Attualmente la mediazione è "obbligatoria", ovvero costituisce causa di procedibilità, nelle materie indicate dal comma 1 *bis* dell'art. 5, Dlgs 28/2010 e, in particolare, le procedure concorsuali possono essere coinvolte in procedimenti che riguardano la divisione (essenzialmente immobiliare, tra soggetti falliti, garanti e soggetti *in bonis*), comodato, locazione, affitto d'azienda, oltre ai contratti bancari e finanziari.

Sui contratti bancari e finanziari, oltre a essere un ambito in cui storicamente la mediazione fa più fatica a essere ritenuta strumento efficace, sia per le caratteristiche del contenzioso (giurisprudenza oscillante, contenzioso "anticiclico" - nel senso che molti debitori introducono queste cause principalmente per recuperare tempo, per cui non sono minimamente disposti a prendere in considerazione proposte transattive che comportino immediati esborsi -), sia per l'inveterata abitudine di banche e assicurazioni di non sedersi ai tavoli di mediazione (o di farlo solo per onor di firma), la giurisprudenza di merito ha ridotto ancor più l'ambito ritenendo non applicabile l'art. 5, Dlgs 28/2010 alle revocatorie fallimentari (cfr. *ex plurimis* Tribunale Milano, sez. II, 16/11/2021, n. 9350).

Molto più utile, invece, risulta lo strumento sulla rinegoziazione dei contratti di locazione o di affitto d'azienda (o di ramo d'azienda), per non parlare delle divisioni immobiliari.

Per le divisioni immobiliari l'utilità della mediazione è quasi *in re ipsa*, in quanto comporta un accordo sulle valutazioni (anche per mezzo di un esperto), una vendita o assegnazione senza necessariamente passare da procedure competitive (laddove si possa), la liberazione di soggetti non coinvolti dalla procedura concorsuale vera e propria (ad esempio, il coniuge del fallito), oltre, ovviamente, a un notevole risparmio di tempi e di costi e alla possibilità di usufruire delle agevolazioni fiscali previste dall'art. 17, Dlgs 28/2010.

A seguito della crisi economica provocata dalla pandemia del Covid-19, poi, il procedimento di mediazione è diventato essenziale per la rinegoziazione dei contratti di durata, tra i quali quelli di locazione immobiliare e di fitto d'azienda. Sul punto, pietra miliare avrebbe dovuto essere la Relazione Tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, che, cercando insolitamente di fornire agli interpreti una linea guida autorevole per superare i problemi posti da pandemia e *lockdown*, esamina l'applicazione di concetti come l'eccessiva onerosità o l'impossibilità sopravvenuta, anche parziale, nei contratti di durata. L'esame approfondito dell'importante relazione ci porterebbe troppo lontano, si può però concludere, sul punto, che la Suprema Corte auspicava, in quello storico documento, una sorta di dovere di rinegoziazione, fondato sul principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Nella pratica giudiziaria, invero, non sempre i giudici di merito si sono adeguati alle indicazioni della Cassazione e si sono spesso manifestate rigidità non consone al periodo di eccezionale crisi economica vissuto.

In mediazione, grazie alla presenza dell'art. 5, comma 1 *bis*, Dlgs 28/2010, sono incominciati ad arrivare moltissimi casi di contratti di locazione e affitto d'azienda che avevano necessità di una "messa a punto" post pandemica.

Il caso che si vuole esaminare riguarda un fitto di ramo d'azienda nella fase esecutiva (quindi post omologa) di un concordato preventivo (in pratica, proprio la fase esaminata da Cass., SSUU, 4969/2022, di cui innanzi). L'azienda *de qua* (o meglio, il ramo oggetto dell'affitto) si occupava essenzialmente di appalti pubblici in materia edilizia (costruzione di strade, ponti e spazi annessi). La conduttrice risultava morosa di svariati canoni del contratto di fitto di ramo d'azienda.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'azienda proprietaria, in concordato, aveva chiesto e ottenuto un decreto ingiuntivo per i canoni scaduti e non pagati e aveva invitato in mediazione la conduttrice per risolvere il contratto. Pertanto, l'assetto di interessi all'inizio del procedimento di mediazione era il seguente: da un lato, la proprietaria, in concordato, aveva formalmente interesse alla risoluzione anticipata (sia pure di qualche mese) del contratto di fitto di ramo d'azienda, la restituzione degli *assets* e il recupero della morosità; dall'altro, la conduttrice aveva formalmente interesse a un accordo sulla morosità che consentisse di portare a termine il contratto di fitto di ramo d'azienda. Nel corso delle sessioni separate, assistite, com'è noto, da una totale riservatezza, emergeva altresì che vi erano importanti contratti in corso, che una risoluzione del fitto (con conseguente apertura della procedura di cessione definitiva), avrebbe potuto definitivamente pregiudicare, per cui, da un lato, il concordato aveva interesse a mantenere la massima continuità aziendale, fino al reperimento del nuovo cessionario, dall'altro, il conduttore aveva interesse a mantenere il contratto di fitto di ramo d'azienda al fine di poter completare i contratti e acquisire i SAL previsti. Il conduttore, a questo punto, proponeva il rientro dell'intera morosità, con scomputo, in tutto o in parte, di quanto versato a tale titolo, dal prezzo finale di cessione del ramo d'azienda. Tale strada, per ovvi motivi, non avrebbe potuto essere percorsa; però, da quel momento in poi, mediatore, conduttore e organi concordatari hanno cominciato a ragionare su due binari: da un lato, un accettabile rientro della morosità e, dall'altro, la formulazione di una proposta irrevocabile d'acquisto - adeguatamente cauzionata - che fosse in linea con le relazioni concordatarie e potesse rappresentare la base d'asta per le successive procedure competitive. L'idea di accordo veniva sottoposta al Giudice Delegato e agli altri organi concordatari, che apprezzavano, in particolare, l'idea di passare da una procedura competitiva con un'offerta minima garantita. In realtà, sia l'offerta sulla morosità, sia l'offerta irrevocabile d'acquisto sono state negoziate all'interno del procedimento di mediazione e si sono risolte con proposte del mediatore che, faticosamente, dopo avere sentito entrambe le parti più volte, in sessioni congiunte e separate, riusciva a trovare un punto di caduta comune, proponendo di recuperare la morosità all'80%, ma con ampie dilazioni (circa due anni), a fronte dell'impegno a corrispondere nei tempi delle procedure competitive il controvalore dell'azienda (60 giorni). Più esattamente, la mediazione si è conclusa con un accordo che rappresentava un titolo esecutivo perfetto per il recupero della morosità e un obbligo a presentare offerta irrevocabile d'acquisto nei termini indicati. Contestualmente alla sottoscrizione dell'accordo, il rappresentante dell'impresa conduttrice ha consegnato al Commissario la proposta irrevocabile d'acquisto esecutiva di quell'accordo, unitamente alla relativa cauzione.

In questa vicenda, superate le diffidenze iniziali e focalizzata l'attenzione sui veri interessi delle parti, grazie all'ambiente protetto e all'esperienza del mediatore da un lato (con esperienza specifica nel settore) e dei consulenti delle parti dall'altro, si è riusciti a ipotizzare un percorso che avrebbe potuto realizzarli al meglio. Portare a termine i contratti, come detto, avrebbe consentito, al conduttore, di incassare gli ultimi SAL, al locatore di non doversi occupare della fase transitoria; la proposta irrevocabile d'acquisto, inoltre, avrebbe consentito allo stesso conduttore di avere una ragionevole attesa di acquisto dell'azienda e al locatore di essere sicuro del buon esito della procedura competitiva al primo tentativo; infine, la generosa dilazione sui canoni (tenuto anche conto che il *lockdown* aveva comunque inciso sull'operatività dell'azienda) compensava in qualche modo la necessità di dovere fare fronte, in tempi stretti, alla somma necessaria per l'acquisto definitivo.

Soluzioni del genere, è inutile dirlo, sono impossibili in giudizio ed estremamente difficili da imporre senza una preventiva attività di ascolto e confronto con le parti, soprattutto svolta in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

modo riservato. La delibazione sulla domanda principale (morosità), avrebbe lasciato il concordato scoperto per l'esecuzione dei contratti e senza un potenziale acquirente (peraltro di un *asset* totalmente in rovina, una volta che i contratti fossero stati risolti). L'impegno di tutti i professionisti ha dato una *chance* al concordato di sopravvivere alla pandemia (in tema, si consiglia A. Danovi, S. Giacomelli, P. Riva, G. Rodano, *Strumenti negoziali per la soluzione della crisi d'impresa: Il concordato preventivo*, Banca d'Italia, 2018).

Nota a margine: tutta la mediazione si è svolta in sei mesi, da luglio 2021 a gennaio 2022, con la sospensione estiva e la ripresa invernale della pandemia, quasi tutta con sessioni da remoto, in cui però le parti si sono parlate e confrontate davvero. È stata fondamentale, sul punto, la presenza costante dell'imprenditore, dal lato conduttore, e del Commissario, dal lato locatore, oltre ai rispettivi consulenti, quali "decisori di ultima istanza".

Questo tipo di soluzioni, tempestive e anche un po' creative, possono davvero aiutare l'economia a rialzarsi, contribuire ad assorbire l'impatto del Covid e garantire la crescita necessaria a ripagare il PNRR negli anni a venire. Rappresentano, per i professionisti, una importantissima possibilità per aiutare davvero i loro assistiti senza metterli davanti a soluzioni in diritto che spesso mancano del tutto l'interesse della vita che si vuol tutelare. Oltre alla circostanza che il lavorare in modo creativo e collaborativo a una soluzione che massimizzi gli interessi di tutte le parti coinvolti, dal punto di vista professionale, è stimolante e rasserenante e contribuisce a fornire soluzioni diverse da quella giudiziale classica, consentendo ai professionisti coinvolti di diversificare le fonti di guadagno e di collaborare alla stesura dell'accordo finale, anziché attendere una soluzione da un magistrato spesso distratto e oberato, con i tempi noti, che tenga conto unicamente del problema giuridico (e delle risultanze istruttorie) e non dei veri interessi sottesi.

Il professionista del futuro non può che investire tempo e risorse in questo nuovo approccio, che peraltro finisce con il riversarsi necessariamente nell'attività "ordinaria", inducendolo a pensare sempre in modo creativo e propositivo e divenendo, in fin dei conti, un consulente migliore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

La proposta di conciliazione del mediatore, una prospettiva dinamica

Giorgio Salussoglia

SOMMARIO: 9.1 Il meccanismo normativo della proposta di conciliazione – 9.2 La prospettiva della proposta di conciliazione – 9.3 La diversa visione della "possibilità" del mediatore di formulare la proposta – 9.4 L'utilità pratica della proposta di conciliazione – 9.5 Esempi di interessi sostanziali sottesi alla proposta di conciliazione – 9.6 Le conseguenze della proposta – 9.7 L'efficacia dello strumento della proposta nella prospettiva del processo – 9.8 La proposta nella mediazione c.d. "in contumacia" – 9.9 Conclusioni

È ormai passato più di un decennio dall'entrata in vigore del Dlgs 28/2010 e dall'ingresso nel nostro sistema normativo dell'istituto della mediazione civile e commerciale.

L'utilizzo dello strumento della mediazione e le applicazioni pratiche che ne sono conseguite hanno consentito di affinare tecniche di negoziazione e modalità di approccio alla procedura sempre più mirate, nel perimetro della normativa, alla luce delle modifiche che si sono susseguite nel tempo, anche per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale.

Le prassi seguite e l'evoluzione giurisprudenziale in atto, con interpretazioni normative evolutive e di prospettiva, evidenziano come il procedimento informale di mediazione consenta di sviluppare sempre più soluzioni innovative e funzionali allo scopo ultimo di far pervenire le parti a un accordo che eviti un giudizio, con i conseguenti benefici in termini deflativi.

La proposta di conciliazione del mediatore, nell'ambito della mediazione (e, come si vedrà, anche al di fuori di essa), rappresenta uno strumento imprescindibile e di utilità elevata, sempre finalizzato allo scopo, il cui uso calibrato e ponderato, nel suo sviluppo pratico e di contatto con il processo, è stato e continua a essere sempre più valorizzato.

Le considerazioni che seguono, vogliono offrire uno spunto di riflessione, per magistrati, mediatori e avvocati, per come, in una prospettiva dinamica, la proposta di conciliazione rappresenti un efficace ed essenziale elemento di supporto, tattica e strategia, per gli sviluppi che può avere nella mediazione e nel processo, al punto da poter coniare la definizione di proposta di conciliazione, in una visione unitaria, come strumento del sistema "mediaprocesso", sempre e solo nell'interesse delle parti sostanziali che del "mediaprocesso" stesso sono le protagoniste.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.1 Il meccanismo normativo della proposta di conciliazione

Il dato normativo di partenza è l'art. 11, Dlgs 28/2010, che regola, nel suo complesso, il meccanismo della proposta di conciliazione.

9.2 La prospettiva della proposta di conciliazione

La considerazione di partenza del ragionamento di prospettiva è che la proposta di conciliazione costituisce l'istituto con la più articolata disciplina normativa, nell'ambito del Capo II, relativo al "procedimento di mediazione", del Dlgs 28/2010, per quanto concerne sia i presupposti, sia gli effetti, rispetto alla informalità complessiva della procedura, disciplinata dalle altre disposizioni dello stesso Capo.

Va notato, al proposito, che l'attuale regolamentazione della proposta non è stata oggetto di attenzione, nel senso di una sua eventuale modifica o integrazione, nell'ambito della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 di riforma degli ADR, nella quale i cardini della mediazione sono stati oggetto di potenziamento, alla luce delle esperienze maturate in tutti questi anni di applicazione della normativa.

Il mantenimento inalterato della disciplina, se da un lato conferma la validità dell'impianto normativo della proposta di conciliazione, come evidenziano sia la giurisprudenza, sia la prassi applicativa, dall'altro denota una non altrettanto coerente visione prospettica di potenziamento dell'istituto, soprattutto nella parte relativa agli effetti della mancata accettazione della proposta, che si dimostrano "deboli" rispetto alle reali finalità che l'istituto intende perseguire.

Non può sfuggire il fatto che ben difficilmente il provvedimento che definisce il giudizio, all'esito del procedimento di merito, possa di fatto "corrispondere interamente al contenuto della proposta" del mediatore, fondata sull'art. 11, Dlgs 28/2010, nel caso in cui la proposta non sia stata accettata in sede di mediazione.

Ciò per ragioni oggettive, sia in quanto il mediatore non può "statuire", con un proprio giudizio, sull'oggetto del contenzioso, sia perché la proposta del mediatore, a seconda della tipologia di controversia che viene portata alla propria attenzione, può essere strutturata nel modo più variegato, con clausole regolative di rapporti che, se essenziali in mediazione, non potrebbero essere "convertite" in statuizioni in un dispositivo, in coerenza con le domande formulate da una parte (si pensi, ad esempio, all'inserimento, nella proposta, di una clausola di riservatezza o di rateizzazione di un debito, assistita da garanzie e con modalità di pagamento predefinite).

Peraltro, anche nell'ipotesi nella quale, per la particolare fattispecie oggetto di contenzioso, la statuizione della sentenza "corrisponda interamente" alla proposta del mediatore, non accettata dalla parte, le conseguenze in termini di soccombenza "economica", in punto spese, sarebbero comunque limitate, come emerge dalla lettura dell'art. 13 sopra citato (si pensi, ad esempio, alla quantificazione di un danno da responsabilità medica, determinata sulla base di una consulenza tecnica in mediazione – la c.d. CTM - eventualmente recepita dal giudice, coincidente con quella stabilita dal magistrato).

E ancora, nel caso di gran lunga più frequente nella prassi, nel quale la statuizione del giudice "non corrisponde interamente" alla proposta del mediatore, le conseguenze sarebbero ancor più limitate e di scarso impatto, riferendosi soltanto alla mera non ripetibilità dell'indennità del mediatore e all'eventuale compenso dell'esperto, senza incidere in punto spese processuali.

Si noti, ancora, che a depotenziare ulteriormente tale ultima ipotesi, la norma si limita ad attribuire al giudice la mera "possibilità" di disporre la ripetizione, subordinata comunque alla

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ricorrenza di "gravi ed eccezionali ragioni", che devono essere sempre indicate e che, a rigore, potrebbero anche non sussistere, determinandosi così l'inapplicabilità della disposizione.

Lo strumento della proposta, come la prassi ha dimostrato, anche nel caso in cui, come si vedrà, la stessa è sollecitata dal giudice al mediatore, in ipotesi di mediazione delegata, avrebbe meritato una rimeditazione, proprio in relazione all'art. 13, Dlgs 28/2010, nel senso di ampliare le conseguenze in termini di spese processuali, con i dovuti adattamenti, anche nelle più frequenti ipotesi di non coincidenza tra sentenza e proposta, onde evitare che la mancata accettazione non ponderata sia, di fatto, priva di conseguenze sul piano processuale, elidendo l'intento deflativo sotteso alla normativa in oggetto.

ART. 11 - CONCILIAZIONE

1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13 (1).
2. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.
3. Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del Codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.
4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.
5. Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono.
(1) La disposizione dell'art. 11 deve essere messa in stretta correlazione con quanto previsto dall'art. 13, Dlgs 28/2010, per quanto concerne, in particolare, le conseguenze, in termini di addebito delle spese processuali, per effetto della mancata accettazione della proposta che, conseguentemente, determina l'inizio del contenzioso giudiziario.

ART. 13 - SPESE PROCESSUALI

1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.
2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.
3. Salvo diverso accordo, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.3 La diversa visione della "possibilità" del mediatore di formulare la proposta

Il rilievo, peraltro, non toglie certo importanza e, soprattutto, efficacia alla proposta del mediatore, che, ove formulata con buon senso, pragmatismo e creatività, tenendo conto di tutto quanto emerso nel corso della procedura, costituisce un essenziale strumento per pervenire ad un accordo condiviso.

Va premesso che è noto il divario di posizioni e il dibattito, in dottrina e in sede di applicazione, da parte degli organismi, pubblici e privati, sulla necessità, opportunità e compatibilità pratica, nell'ambito della mediazione, della formulazione di una proposta di conciliazione, in alternativa a una definizione del procedimento con "verbale negativo".

La preoccupazione di chi sostiene la residualità della proposta, per non dire non utilizzabilità pratica dello strumento, è quella di non alterare il corso della procedura, introducendo nella mediazione "facilitativa" una posizione "valutativa" del mediatore, il quale, formulando una proposta, di fatto esprimerebbe un proprio giudizio che, oltre a determinare gli effetti di cui all'art. 13, Dlgs 28/2010, potrebbe in un certo qual modo condizionare lo sviluppo successivo del processo, potenzialmente influenzando la valutazione del magistrato.

In tale ottica, la proposta del mediatore viene vista come una *extrema ratio*, utilizzabile in casi eccezionali e solo nell'ipotesi nella quale siano state entrambe le parti (o tutte le parti, in caso di mediazione plurisoggettiva) a richiederla espressamente al mediatore.

Proprio su tale ultimo aspetto, nella prospettiva dinamica e creativa della mediazione e della valorizzazione dell'interesse concreto e sostanziale delle parti a una definizione positiva del contenzioso in essere, stupisce che, ancora oggi, vi siano molti organismi di mediazione, sia privati, sia pubblici, che limitino o, peggio, escludano la possibilità per il mediatore di formulate la proposta, con clausole regolamentari in palese contrasto con il dato normativo, univoco, che trova la sua evidenza nell'art. 11, primo comma, Dlgs 28/2010, come peraltro puntualmente osservato dal TAR Abruzzo, con la sentenza 13 marzo 2017 n. 98.

La disposizione in commento, infatti, contrariamente a quanto impropriamente ritenuto, non subordina affatto la proposta del mediatore a una richiesta congiunta delle parti, come limite oggettivo e unico caso nel quale una proposta, per gli effetti sopra indicati, sia formulabile.

L'art. 11, comma primo, al contrario, prevede chiaramente che "*quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento*".

Il dato rilevante, nel contesto normativo, è che, se da un lato il mediatore "formula" una proposta in ipotesi di richiesta congiunta delle parti, dall'altro il mediatore stesso "*può formulare una proposta di conciliazione*" indipendentemente dalla richiesta di una o di tutte le parti, sul mero presupposto dell'avvenuto accertamento del mancato accordo.

Escludere *ab origine*, o limitare, per via regolamentare, un diritto riconosciuto al mediatore da una disposizione di rango superiore, oltre a determinare l'illegittimità della clausola del regolamento che la prevede, elimina in radice uno strumento determinate, nella dinamica della procedura, che un mediatore accorto, preparato e creativo può utilizzare, nell'esclusivo interesse sostanziale delle parti.

Ciò non significa, ovviamente, che il mediatore sia tenuto sempre a formulare una proposta di conciliazione, indipendentemente dalla richiesta delle parti (e, paradossalmente, ma legittimamente, anche nel caso di richiesta di "non" formularla avanzata dalle parti, nel qual caso solo ragioni di opportunità dovrebbero consigliare il mediatore di astenersi dall'effettuarla).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Lo scopo della mediazione è quello di pervenire a un accordo che siano le parti stesse, con i rispettivi avvocati (in ambito di mediazione obbligatoria), a raggiungere, a seguito di una discussione collaborativa e in buona fede, veicolata con tecniche di facilitazione che un esperto e qualificato mediatore è in grado di offrire.

Ciò non toglie, peraltro, che la proposta del mediatore costituisca l'elemento di "sblocco", per consentire alle parti di pervenire a un accordo, i cui termini devono essere, con buon senso ed equità, correttamente prospettati nel testo della proposta stessa.

Come si vedrà, la proposta rappresenta lo strumento per riattivare una comunicazione che si era interrotta tra le parti, permettendo loro di arrivare a un accordo, dalle stesse raggiunto, e che la proposta, non accettata, ha comunque favorito o consentito.

Per tale ragione, è essenziale che, nella prospettiva di un virtuoso e coerente *iter* della mediazione, l'avvocato di una parte sostanziale valuti, preventivamente, il regolamento dell'organismo che intende prescegliere, per evitare di svolgere una mediazione presso un ente che escluda o limiti il diritto del mediatore di formulare una proposta di conciliazione, in quanto in tal modo eliminerebbe una opzione di "strategia" che, al contrario, potrebbe rivelarsi estremamente utile in una logica difensiva e di tutela del proprio cliente.

Degno di nota è che, in alcune ordinanze con le quali è stata disposta una mediazione delegata, il giudice abbia invitato le parti a individuare un organismo che, nel proprio regolamento, non vietasse al mediatore di formulare una proposta di conciliazione, indipendentemente dalla richiesta congiunta delle parti.

9.4 L'utilità pratica della proposta di conciliazione

La sollecitazione di una proposta del mediatore (al di là della propria autonoma iniziativa), basata o meno su una eventuale CTM, determina uno sviluppo di estrema rilevanza per la procedura, all'esito di una infruttuosa trattativa giunta a un punto finale di rottura, offrendo una opportunità di potenziale conclusione positiva della mediazione, in alternativa a una asettica redazione di un "verbale negativo", con il conseguente inizio di un contenzioso giudiziario.

La formulazione della proposta, lungi dal costituire, nella diversa opinione, una sorta di anticipazione di giudizio, ponendo il mediatore nelle condizioni di esprimere un punto di vista soggettivo, rappresenta, nel merito, il tentativo di pervenire a un equo contemperamento dei rispettivi interessi sostanziali delle parti, partendo da un punto di vista privilegiato. La proposta del mediatore, infatti, pur traendo i suoi presupposti dal perimetro della procedura e dalla mappatura operata nel contatto con le parti, alla ricerca di una soluzione condivisa, prescinde per sua natura da uno "sbilanciamento" dei rispettivi interessi, essendo indirizzata piuttosto a comporre, con equità, un contrasto che, a quel momento, pare insanabile.

Non va dimenticato, infatti, che il mediatore, il quale intende formulare la proposta di conciliazione, sia che gli venga richiesta da una o più parti concordemente, sia che venga prospettata per propria legittima convinzione, è in possesso di una pluralità di elementi fattuali, comportamentali, relazionali ed emozionali, ulteriori rispetto al dato di puro diritto sottostante la controversia e dal quale si prescinde. Elementi che un accorto mediatore ha acquisiti non solo in sede di sessione congiunta, alla presenza di tutte le parti e rispettivi difensori, ma soprattutto in quelle che vengono definite come "sessioni separate".

Nel momento in cui emerge che non è possibile raggiungere un accordo diretto tra le parti,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dopo una serie di incontri e la naturale (ma non consigliabile) definizione negativa della procedura si affaccia all'orizzonte, il mediatore si trova in una posizione nella quale la "conoscenza effettiva" del contenzioso esistente è data dalla sommatoria delle informazioni, pubbliche e riservate, che egli stesso ha ottenuto nelle sessioni congiunte e separate, che è oggettivamente ben superiore alle informazioni che ogni singola parte ha a propria disposizione, per negoziare con la controparte una soluzione condivisa.

Ed è questo "patrimonio informativo", in uno con la competenza, sensibilità e creatività, che pone il mediatore in una posizione ideale e privilegiata per formulare una proposta di conciliazione, che lo porta non alla formulazione di un giudizio, che è la risultante della valutazione, ma a una ipotesi di accordo, tramite la proposta, nella quale gli elementi di diritto scompaiono, per lasciare posto alla realizzazione concreta dei reali interessi sostanziali che hanno portato le parti a volere "scavallare" l'incontro di programmazione, sedersi al tavolo e negoziare.

La proposta di conciliazione, nella logica delineata, è tutto fuorché una anticipazione di giudizio o un elemento condizionante il futuro processo.

Il magistrato segue una logica di puro diritto, su un binario processuale delineato dalle norme del Codice di procedura civile, sulla base degli atti e delle domande ed eccezioni prospettate dalle parti, sulle quali statuirà, adottando un provvedimento destinato a incidere sugli interessi e diritti delle parti, nella maggior parte dei casi senza avere mai interagito direttamente con le parti stesse, ma sempre in via mediata con i rispettivi difensori.

Il mediatore, invece, segue una logica di percorso condiviso, di esplorazione di interessi e dialogo costante con le parti, sempre alla presenza dei rispettivi difensori, in una prospettiva di continua generazione di opzioni, che costituiscono la base della ripartenza di un percorso interrotto, con percezione e acquisizione di quale sia il reale interesse di ciascuna parte e quale sia la soluzione preferibile per ciascuna, al di là dei punti di partenza, fondati (necessariamente) sulla logica del negoziato di posizione, che ha alla base i rispettivi diritti contrapposti.

Come è agevole notare, i presupposti di partenza, il percorso da svolgersi e le conclusioni dell'*iter* (sentenza da un lato, proposta dall'altro) sono totalmente differenti.

Negli incontri separati, di cui si è detto (e che il magistrato, per quanto ovvio, anche in un eventuale tentativo di conciliazione *ex* art. 185 *bis* Cpc, non può fare), emergono elementi che vanno ben al di là delle mere questioni di puro diritto.

A mero titolo esemplificativo, dietro una mediazione successoria, nella quale, in linea di diritto, vengono in considerazione questioni in tema di lesioni di legittima, collazione, divisione dell'asse ereditario, validità di un testamento, valutazione di cespiti immobiliari, aziende o conti correnti, ci sono gli eredi, che sono persone, la maggior parte delle volte con vincoli parentali molti stretti, con proprie situazioni di vissuto personale e con modalità di approccio ai problemi differenti (con timore, aggressività, disillusione ecc.), con asimmetriche posizioni economiche e visioni di vita diverse, con capacità variabile di "resistenza emotiva" a un possibile contenzioso giudiziario e con rapporti interpersonali deteriorati e ritenuti irrecuperabili.

L'abilità nel sapere mappare il terreno ed esaminare le criticità riscontrate, la sensibilità nell'evidenziare e valutare i punti di contrasto, di forza e di debolezza di ciascuna parte, portano il mediatore a comprendere come, molte volte, una trattativa si blocchi per motivi puramente relazionali o per la prevalenza di un elemento emozionale, rispetto a una visione oggettiva del problema.

Situazioni, quelle descritte, che assumono una diversa veste negli incontri collegiali (tendenzialmente conflittuali) e in quelli separati (nei quali prevale un clima più collaborativo), con una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

interazione diretta tra parte e mediatore, alla presenza dell'avvocato, in una logica che porta la parte stessa a "parlare" e a esprimere tutto quello che sente realmente e desidera, nella più totale riservatezza, rivolgendosi a un mediatore che, per tali finalità, deve essere empatico per acquisire la fiducia della parte, vedendosi conseguentemente riconosciuta l'autorevolezza del ruolo.

E allora, nel momento in cui non si arrivi a un accordo diretto tra le parti, nonostante tutto il lavoro svolto, il mediatore si trova nella condizione oggettiva di potere formulare una proposta di conciliazione nella quale, beneficiando del "patrimonio informativo" che si è con sensibilità, competenza e autorevolezza costruito, emergono gli effettivi interessi "mediati", che trovano sostanza in un insieme di clausole e assetti di rapporti che prescindono dalla giuridica decisone (torto o ragione), non ammissibile, ma rappresentano un equo componimento delle diverse posizioni emerse sul campo.

9.5 Esempi di interessi sostanziali sottesi alla proposta di conciliazione

Alcuni esempi possono chiarire i termini della questione.

Per essere chiari, proporre, tra le altre, la riconsegna da un erede all'altro, di un anello dal valore puramente affettivo, che rappresenta per una parte una "conquista" importante, può portare ad accettare una condivisione di risultato su altri aspetti economicamente più rilevanti.

L'avvenuto riconoscimento morale, da una parte per l'altra, in merito all'avvenuta assistenza di un genitore negli ultimi mesi di vita, accompagnato da un riconoscimento economico per l'impegno profuso, dopo l'accusa di avere utilizzato la delega sul conto del genitore stesso per prelievi personali, può superare la reticenza a una collaborazione nell'individuazione delle poste effettivamente riferibili alla spese per l'assistenza o meno e favorire, senza traumi, la suddivisione di un patrimonio immobiliare, in un modo piuttosto che in un altro.

Questo, si ripete, può avvenire in quanto il mediatore è stato in grado di "leggere" gli interessi personali ed affettivi delle parti, in sessioni separate, da "spendere" nella formulazione di una proposta equilibrata e di buon senso.

Proposta che, per essere efficace, deve essere in grado di porre in crisi quelle granitiche certezze, legate anche a questioni di principio, che le parti, in sessione congiunta, hanno messo sul tavolo di quella trattativa che, non portando a un accordo, ha generato i presupposti per la proposta di conciliazione.

L'importanza della conoscenza degli effettivi interessi emerge in tutta la sua evidenza nel caso di una mediazione tra una badante, che aveva assistito per mesi una anziana, la quale l'aveva beneficiata, nominandola erede unica di un piccolo patrimonio mobiliare, e tre eredi pretermessi, che impugnando il testamento per incapacità di intendere e volere dell'anziana, basata su una relazione medica, chiedevano la restituzione del patrimonio mobiliare.

L'indagine sui rispettivi interessi sostanziali delle parti, effettuata in incontri separati, ha consentito di accertare che la badante, consapevole della propria buona fede e dell'ottimo rapporto avuto con la testatrice, aveva il primario interesse a tutelare il proprio buon nome, svolgendo tale lavoro con fiducia acquisita nella piccola comunità di una cittadina di provincia, rendendosi disponibile a riconoscere agli eredi una somma anche significativa, pur di non affrontare una causa.

Nel contempo, peraltro, la badante aveva manifestato il timore che accordandosi per tale restituzione, la sua disponibilità conciliativa avrebbe potuto essere interpretata, anche implicitamen-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

te, come riconoscimento della incapacità della testatrice, pregiudicando la sua immagine di persona seria nella piccola città, mettendo quindi a repentaglio la possibilità di future occupazioni.

Dall'altro, gli eredi erano convinti che vi fosse stata una circonvenzione, consci peraltro della difficoltà di dimostrarla, anche sulla base di una relazione medica postuma non particolarmente probante, per loro stessa ammissione, per questo disponibili ad accettare comunque una somma a tacitazione, purché non simbolica, manifestando, peraltro, un animo di rivalsa extra mediazione nei confronti della badante.

Nel caso di specie, la proposta del mediatore ha valorizzato, senza esprimerli, gli interessi di entrambe le parti, formulando una ipotesi di accordo (articolata in più punti) che, nella sostanza, prevedeva il riconoscimento, a favore degli eredi, di una somma non simbolica, ma adeguata, e una clausola di riservatezza in ordine al contenuto dell'accordo conciliativo, al quale era stata collegata una clausola penale, del valore corrispondente all'importo riconosciuto in restituzione, in caso di violazione del vincolo di riservatezza.

In tal modo, entrambi gli interessi sostanziali erano stati garantiti, senza che ciascuna delle parti sapesse quale fosse quello dell'altra e, soprattutto, la indicata volontà degli eredi di rendere noto, in forma pubblica, che la badante aveva "ceduto" e restituito una certa somma era stata depotenziata attraverso la clausola penale, connessa al vincolo espresso di riservatezza.

La proposta è stata accettata e l'accordo concluso ed eseguito.

Se, in un caso del genere, il mediatore, per vincolo di regolamento o per assenza di richiesta congiunta, si fosse astenuto dal fare la proposta, le conseguenze, in termini di processo, costi, rischi ed "effetti collaterali", sono intuibili.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, in ragione delle infinite situazioni di fatto che si potrebbero nel concreto verificare, suscettibili, in caso di mancato accordo, di una definizione per effetto della proposta del mediatore.

9.6 Le conseguenze della proposta

L'accettazione della proposta determina la formazione dell'accordo e la chiusura della mediazione con esito positivo.

Il comma 3 dell'art 11, Dlgs 28/2010 prevede infatti che, "*se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere*".

Lo scopo deflativo, nel caso concreto, è stato raggiunto, nello spirito della normativa.

Il mancato assenso di una o di entrambe le parti, al contrario, comporta, in linea di diritto, il mancato raggiungimento dell'accordo e, quindi, a stretto rigore, la conseguente definizione della mediazione con esito negativo, con redazione del relativo verbale, presupposto per l'inizio di un eventuale contenzioso ovvero per la prosecuzione di quello già in essere, ma temporaneamente sospeso o differito, per consentire lo svolgimento della procedura.

Il comma 4 dell'art. 11 in commento, in particolare, prevede che, "*se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere*".

Anche qui, attenendosi strettamente al dato normativo, sembrerebbe non esservi spazio per

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

una diversa soluzione, posto che l'intervenuta manifestazione di volontà negativa sulla proposta (o l'omissione di risposta), sembrerebbe dover portare il mediatore a prendere atto del mancato accordo e, quindi, chiudere il procedimento.

Peraltro, un'applicazione più coerente e prospettica, nella logica delineata della utilità pratica della formulazione di una proposta, risiede nel fatto che la mancata accettazione di una proposta di conciliazione non necessariamente porta a una automatica chiusura, in senso negativo, della procedura.

La fissazione di un apposito incontro, successivo alla scadenza del termine per "deliberare" in ordine alla proposta, può (o meglio, deve) essere l'occasione per riaprire il canale comunicativo tra le parti, le quali, chiuso l'incontro antecedente la proposta con posizioni delineate in contrasto, si ritrovano nuovamente al tavolo della mediazione, con un elemento in più, prima non esistente, dato dal tenore della proposta del mediatore.

Se, nella logica indicata, il mediatore ha intercettato gli effettivi interessi sostanziali delle parti, facendo emergere una possibile soluzione che ne rappresenti una sintesi, l'incontro conseguente non può che aprirsi sotto una prospettiva diversa, anche tenuto conto del tempo che le parti hanno avuto per valutare, con il proprio legale, i termini e gli effetti della proposta.

In base alla normativa richiamata, le parti devono esprimere, a seguito della proposta di conciliazione, una loro risposta netta, in senso positivo o negativo, nel termine di sette giorni, non esistendo la possibilità di una accettazione condizionata o parziale che, ove comunicata, sarebbe priva di effetto e considerata come non accettazione.

Spesso, peraltro, se la proposta è formulata in modo coerente e aperto, con una redazione ben strutturata, le parti che, per il tramite del proprio legale, manifestano il dissenso, non accettano la proposta non perché "irricevibile", ma in quanto non del tutto aderente alla propria disponibilità conciliativa.

La comunicazione di dissenso, infatti, viene molte volte accompagnata nella prassi dalla "motivazione" per la quale la proposta non viene accettata, evidenziando che, se la stessa avesse previsto, ad esempio, condizioni aggiuntive, garanzie, un diverso importo o conguagli più elevati in una suddivisione di immobili, la stessa sarebbe stata accettata.

Molte volte, lo stesso intento viene manifestato in sede di incontro conclusivo, sia perché espresso volontariamente, sia in quanto indotto dallo stesso mediatore, il quale deve avere, anche qui, la capacità e la sensibilità di stimolare ulteriormente il confronto, senza imporre la motivazione del diniego, che la parte non è assolutamente tenuta a fornire (come, peraltro, neppure il mediatore è tenuto a giustificare la motivazione della proposta formulata).

Nulla vieta, infatti, che il mediatore, in sede di ultimo incontro, decida di svolgere una sessione separata, nella quale "ascoltare" il punto di vista delle parti e dei rispettivi legali sul merito della proposta, sugli aspetti condivisibili e su quelli più critici e comunque non accettabili, in modo tale da comprendere i limiti della proposta stessa e la nuova eventuale disponibilità conciliativa che si è venuta a formare, in conseguenza della proposta (accettata o non accettata dalla parte).

Così facendo, il mediatore, se riscontra un atteggiamento collaborativo delle parti, torna ad acquisite ulteriori utili informazioni riservate, che si uniscono al "patrimonio informativo" già esistente, che gli fanno comprendere il contesto nel quale il mancato accordo è venuto a maturare, creando i presupposti per una rivalutazione, *in limine litis*, della situazione controversa.

In sostanza, quindi, viene ad aprirsi una sorta di mediazione ristretta, limitata ai soli residui punti di contrasto, che trovano origine nella proposta formulata.

Non va dimenticato che, se una parte non ha accettato la proposta, perché non l'ha trovata conveniente (ovvero quasi conveniente, ma non abbastanza per accettarla), l'altra parte che in-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

vece l'ha accettata, in quanto ritenuta conforme al proprio interesse sostanziale, non è detto che non sia disponibile a negoziare ulteriormente una soluzione al ribasso, meno favorevole, pur di chiudere positivamente la mediazione.

È da evidenziare, come verificato nella prassi, che, in molti casi, la parte che ha accettato la proposta, a fronte del diniego dell'altra, ritenga comunque ancora conveniente una riparametrazione delle proprie pretese, in quanto un accordo rappresenta lo strumento per evitare il contenzioso giudiziario, che la parte non ha interesse a coltivare, in quanto ipoteticamente rischioso, lungo e con costi elevati.

È proprio attraverso una indagine sulla valutazione del merito della proposta, che porta ad apprezzare se vi siano ancora i margini per una delibazione congiunta, aprendo come detto un nuovo canale di comunicazione, che può portare le parti a rivedere le proprie posizioni e, all'esito, giungere a un accordo di conciliazione che, a quel punto, è frutto della loro diretta volontà.

Identico discorso vale, peraltro, anche nel caso in cui tutte le parti abbiano manifestato il dissenso sulla proposta.

La chiusura di *default* della mediazione, infatti, senza una interazione mirata da parte del mediatore, eliminerebbe una opportunità significativa che può essere nuovamente offerta alle parti, impedendole di potere ulteriormente negoziare nel momento in cui se ne ravvisino ancora i presupposti.

Ecco che, pertanto, lo strumento della proposta può portare a un risultato concreto, anche nel caso in cui una o tutte le parti non l'abbiano accettata.

Ovviamente deve concludersi sul punto che tale eventualità non può e non deve essere prospettata alle parti, prima della formulazione della proposta, in quanto, in caso contrario, se ne vanificherebbe l'efficacia.

9.7 L'efficacia dello strumento della proposta nella prospettiva del processo

L'utilità pratica, nell'interesse delle parti, di formulare una proposta, non si esaurisce all'interno della procedura di mediazione.

Normalmente, qualora la mediazione, iniziata *ante causam* ovvero espletata nel corso di un procedimento, in quanto non previamente attivata, si concluda con un verbale negativo, senza la formulazione di una proposta, il giudice investito della controversia, stante il principio di riservatezza, non ha alcun punto di riferimento, relativamente alla controversia posta al suo esame, non potendosi allegare, nel contesto degli atti, le eventuali proposte informali generate o le dichiarazioni emerse nel procedimento mediatorio.

Questo non accade, al contrario, nell'ipotesi di conclusione di una mediazione con la formulazione di una proposta del mediatore non accettata, proprio in quanto la proposta stessa viene inserita nel corpo del verbale (ovvero allegato a esso) e depositata agli atti, al fine di attestare l'avvenuta conclusione della procedura e la maturazione della condizione di procedibilità, in caso di mediazione obbligatoria.

In tale ultima evenienza, il giudice si trova a disposizione non un verbale "asettico", nel quale il mediatore ha dato atto della mera impossibilità di raggiungere un accordo, ma un verbale "di contenuto", che, senza potere comprendere le dichiarazioni formulate dalle parti o elementi di fatto emersi nel procedimento (salvo concorde volontà delle parti stesse), evidenzia i termini della proposta, non condivisa, pur senza indicazioni delle motivazioni sottese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Se, da un lato, il giudice potrebbe limitarsi a prendere atto della mera chiusura negativa della procedura, riservandosi di valutare i termini della proposta solo in sede di sentenza, ai fini della condanna alle spese, nell'ambito di quanto previsto dall'art. 13, Dlgs 28/2010, dall'altro, potrebbe invece valorizzare quanto emerso dalla proposta stessa, anche in quanto a conoscenza della decisione delle parti, in ordine alla sua accettazione o meno.

La valutazione della proposta da parte del giudice, ai fini deflativi in ambito processuale e, quindi, ben prima della sua considerazione agli effetti di cui all'art. 13 sopra citato in sede di sentenza, può aprire una serie di opzioni nelle varie fasi del processo.

La proposta, infatti, può costituire il presupposto per il giudice per la fissazione di una udienza per un tentativo di conciliazione *ex* art. 185 Cpc, che, a prescindere dal caso di richiesta congiunta delle parti, può essere disposto in via autonoma per gli effetti di cui all'art 117 Cpc e, quindi, per interrogarle liberamente, ma al fine di "provocarne la conciliazione".

L'iniziativa del giudice potrebbe essere già adottata, per la prima volta nel processo, all'esito della prima udienza *ex* art. 183 Cpc, quando il magistrato ha già a disposizione l'atto di citazione e la comparsa di risposta, contenenti i termini del contenzioso, le domande ed eccezioni e, salva la facoltà di integrazione, gli elementi documentali a supporto delle rispettive tesi.

A quel momento, il giudice, proprio con l'ausilio della proposta non accettata, come terzo "atto" a disposizione, può avere un primo quadro della situazione e valutare se non vi siano i presupposti per pervenire a un accordo conciliativo.

La fissazione dell'udienza conseguente, pertanto, costituisce il presupposto per un chiarimento dei fatti con le parti e per sondare la loro disponibilità conciliativa, traendo spunto (anche) dalla proposta del mediatore.

La prima udienza, come noto, non è l'unico momento temporale nel quale potere disporre il tentativo di conciliazione, considerando il fatto che la disposizione di cui all'art. 185, secondo comma, Cpc prevede che "*il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione*".

Tale rinnovo, peraltro, deve essere giustificato dallo sviluppo processuale, secondo il libero apprezzamento del giudice.

Vi è, comunque, una sostanziale differenza, quanto al momento e all'efficacia del tentativo di conciliazione svolto in prima udienza, rispetto a quello disposto durante il procedimento, nel perimetro della fase istruttoria e, quindi, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Nel primo caso, infatti, le parti si trovano in una situazione di sostanziale parità di armi, in quanto, oltre alla proposta del mediatore, il giudice ha a disposizione i due distinti e opposti atti giudiziari iniziali (atto di citazione e comparsa di risposta); si potrebbe dire che, a quel momento, la partita è tutta da giocare.

Nel secondo caso, al contrario, lo sviluppo processuale porta con sé nuove istanze, eccezioni, produzioni documentali e provvedimenti, che iniziano a delineare le sorti del processo e, quindi, la probabile fondatezza o meno delle rispettive domande ed eccezioni.

Si pensi, in particolare, al tentativo di conciliazione disposto all'esito della concessione o del rigetto della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto.

Il provvedimento, pur avendo natura provvisoria e ferme tutte le riserve del caso, è comunque già tendenzialmente indicativo, circa la fondatezza o meno dell'opposizione e, conseguentemente, predispone le parti alla conciliazione in maniera diversa, a seconda dell'esito di tale provvedimento, anche se la sua motivazione potrebbe lasciare aperti spazi appositamente evidenziati nell'ottica del tentativo di conciliazione da esperirsi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ancor più indicativo, nella prospettiva indicata, è la fissazione di un tentativo di conciliazione all'esito della decisione sulle istanze istruttorie, in conseguenza del deposito delle memorie di cui all'art. 183 Cpc, ma con una distinzione non di poco conto.

Il giudice, infatti, sciogliendo la riserva normalmente assunta, potrebbe disporre il tentativo di conciliazione *ex* art. 185 Cpc, prima di pronunciare sulle istanze istruttorie formulate dalle parti, in tal modo senza anticipare quale possa essere la propria decisione in merito sulle istanze stesse.

Al contrario, il giudice potrebbe disporre il tentativo di conciliazione dopo avere deciso sulle istanze istruttorie, dando quindi un evidente segnale alle parti, che non può che incidere sui margini della negoziazione da svolgersi in sede di tentativo di conciliazione, nel quale si potrebbe nuovamente ripartire dai termini della proposta del Mediatore.

Un ulteriore sviluppo virtuoso della formulazione della proposta in mediazione, non accettata e sottoposta alla disamina del giudice, è dato dalla possibilità che sia lo stesso magistrato, nelle varie fasi processuali sopra descritte, all'esito o a prescindere da un formale tentativo di conciliazione, a formulare una propria proposta *ex* art. 185 *bis* Cpc, che, oltre che dagli atti di causa, può trovare spunto proprio dalla proposta già formulata dal mediatore, anche alla luce della decisione che le parti abbiano precedentemente adottato, in termini di accettazione o diniego della proposta stessa.

Lo strumento della proposta, in ambito processuale, non esaurisce i suoi effetti nei termini sopra espressi, in quanto il giudice, nel corso del procedimento e a prescindere dal fatto che un tentativo di mediazione, conclusosi negativamente, anche con proposta, sia stato già espletato, può dare ingresso alla cosiddetta "mediazione delegata" (o demandata) prevista dall'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010.

Come noto, la decisione del Giudice, in base alla norma richiamata, viene adottata sul presupposto della valutazione della "*natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*".

La norma in commento si limita, nello specifico, a riconoscere il potere del giudice di demandare la mediazione e, quindi, fare ritornare avanti al mediatore una mediazione già precedentemente svolta e conclusasi negativamente, anche sulla base di proposta non accettata, ovvero svolgere *ex novo* una mediazione, quando non si sia precedentemente svolta, in quanto non soggetta alla condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, Dlgs 28/2010.

Il dato significativo, peraltro, deriva dalla prassi e dalle modalità attraverso le quali il provvedimento di delega al mediatore viene formulato dal giudice.

Per quel che rileva nella presente sede, è frequente, nella prassi giudiziaria, che in tema di mediazione demandata, nella maggior parte dei casi disposta a seguito dello scioglimento di riserva, dopo il deposito delle memorie *ex* art. 183 Cpc, il giudice, oltre a concedere il termine di quindici giorni (non perentorio) alle parti per attivare la procedura di mediazione, disponga anche delle "linee guida" di svolgimento della mediazione stessa, pur se non vincolanti per il mediatore.

In particolare, il giudice, nell'invitare le parti a prendere una precisa posizione nella mediazione, collaborando in buona fede per il suo buon esito, invita altresì il mediatore a formulare una proposta di conciliazione, anche a seguito di una eventuale CTM, nel caso in cui l'accordo tra le parti non venga raggiunto.

Per inciso, non è infrequente, inoltre, il caso in cui sia lo stesso giudice, nell'ordinanza con la quale demanda la mediazione, a formulare il quesito da sottoporre al Consulente Tecnico, in modo da poter acquisire poi al processo la consulenza svolta, unitamente alla proposta del mediatore, nell'ipotesi nella quale le parti non raggiungano un accordo e la proposta non sia stata accettata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Tale situazione, se da un lato dimostra la creatività del giudice nello strutturare un provvedimento articolato e funzionale allo scopo, dall'altro comporta il riconoscimento dell'importanza che la proposta del mediatore (in questo caso vero e proprio "ausiliario di fatto" del giudice) assume all'interno della procedura di mediazione.

Anche qui, in caso di conclusione negativa della mediazione delegata, l'acquisizione agli atti della proposta del mediatore non accettata apre gli stessi scenari sopra descritti, generando un nuovo possibile effetto virtuoso della proposta (tentativo di conciliazione, proposta del giudice ecc.).

Significativo, a smentita della tesi per la quale la proposta del mediatore costituirebbe un'anticipazione di giudizio e, come tale, vista come inopportuna, è che la proposta stessa venga sollecitata dal magistrato il quale, pertanto, ritiene che una mediazione delegata, priva della proposta, perda un elemento essenziale, al fine di condurre a una soluzione positiva e, quindi, alla formulazione di un accordo, proprio in sede di mediazione.

Va ancora sottolineato, in relazione a tale aspetto, che la formulazione della proposta del mediatore, alla luce del provvedimento giudiziale che demanda la mediazione e che, nel merito, contiene già la decisione in ordine alle istanze istruttorie, mette le parti nella condizione di valutare, oggettivamente, quale potrebbe essere lo sviluppo processuale futuro, ponendole, quindi, seppure in un diverso rapporto di forza, nella condizione di delibare la convenienza di una definizione conciliativa, piuttosto che affrontare l'alea dell'istruttoria e della sentenza.

9.8 La proposta nella mediazione c.d. "in contumacia"

Lo strumento della proposta assume una sua particolare rilevanza in un'ipotesi residuale ma, nella prassi, particolarmente utile, che è quella della mediazione cosiddetta "in contumacia".

Va premesso, sul punto, che tale ipotesi, avvalorata dalla giurisprudenza, per la quale la mediazione possa proseguire oltre il primo incontro di programmazione, su richiesta della parte istante, anche in assenza della parte invitata, non sussistendo un diritto di veto che consenta alla parte stessa, in caso di mancata partecipazione, di impedire lo svolgimento della procedura, può attuarsi esclusivamente nel caso in cui la parte invitata non abbia aderito al procedimento e, quindi, non sia comparsa al primo incontro.

Al contrario, nell'ipotesi in cui la parte invitata abbia aderito e partecipato al primo incontro ma, esercitando un legittimo diritto, abbia dichiarato di non essere intenzionata a proseguire oltre nella mediazione, il mediatore non ha altra possibilità che redigere il verbale negativo (salvo quanto sopra detto in tema di proposta), non potendo proseguire oltre.

Sebbene la mediazione "in contumacia" possa essere considerata come un ossimoro, nella realtà rappresenta un potenziale strumento di coinvolgimento della parte inviata assente e di tentativo di definizione conciliativa, laddove viene messa in correlazione proprio con la proposta del mediatore, in determinati casi supportata da una Consulenza Tecnica in Mediazione.

La particolare fattispecie portata in mediazione, su richiesta della parte istante, pone il mediatore nella condizione di formulare una proposta di conciliazione, sulla base degli elementi forniti dalla parte che tale mediazione ha sollecitato, in uno con eventuali accertamenti peritali svolti nella procedura.

La proposta, così formulata, viene quindi comunicata alla parte invitata, non solo per gli effetti di cui all'art. 13, Dlgs 28/2010, ma soprattutto per stimolarne, all'esito dell'invio, una eventuale successiva partecipazione, nell'incontro finale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In tale contesto, qualora la proposta formulata dal mediatore, inviata a entrambe le parti, venga accettata dalla parte istante, ma rifiutata (anche a seguito di omessa comunicazione nei termini) dalla parte invitata, la parte istante potrà presentare nella successiva fase giudiziale non solo il verbale negativo, ma anche e soprattutto la proposta del mediatore, generando le possibili opzioni che sono state sopra esaminate.

Nel caso opposto, ma auspicato nella logica della mediazione "in contumacia", qualora la parte invitata, che non aveva precedentemente aderito alla mediazione, ricevuta la proposta, la trovi conveniente e comunichi di accettarla, ovvero, pur non accettandola, decida comunque di presentarsi all'incontro finale, con l'intento di negoziare sulla base della proposta stessa, si raggiunge l'obiettivo di "portare al tavolo" una parte che inizialmente non aveva avuto intenzione di partecipare, ma che, sulla base della proposta, ritiene sussistere spazi ulteriori di negoziazione, che valga la pena coltivare, nei termini già sopra evidenziati.

La proposta del mediatore, formulata in una mediazione "in contumacia", rappresenta, quindi, un ulteriore utile strumento per tentare una soluzione conciliativa, alternativa alla presa d'atto della mancata adesione e comparizione della parte invitata e, quindi, alla definizione immediata, in senso negativo, della procedura di mediazione.

9.9 Conclusioni

Nell'attuale contingenza pandemica e nello stato della giustizia civile, con tutte le problematiche legate alla tempistica dei processi e alle modalità di loro svolgimento, con le criticità proprie del momento, la mediazione civile e commerciale rappresenta sempre più un cardine del nostro sistema che consente, in tempi contenuti e con accordi che costituiscono titolo esecutivo, di soddisfare, con equità, gli interessi sostanziali di chi intende fare valere un proprio diritto.

La proposta di conciliazione, che si inserisce nel procedimento di mediazione, per le implicazioni che si sono viste, costituisce uno strumento efficace e duttile, per raggiungere un accordo che vale come una sentenza.

Come sempre, per istituti che entrano, lentamente, in un sistema giuridico consolidato e che rappresentano una novità di rilievo, serve un cambiamento culturale, che valorizzi le potenzialità dello strumento, proprio in quanto destinato a soddisfare le esigenze di giustizia dei cittadini.

In tale contesto, il ricorso sempre più ampio alla mediazione, la consapevolezza che essa rappresenti uno strumento alternativo effettivo e non un mero simulacro od ostacolo all'inizio di una causa e la valorizzazione delle opzioni che un sistema negoziale condiviso determina, con finalità deflative, evidenziano come magistrati, mediatori e avvocati siano sempre più interessati a cooperare, ciascuno per quanto di propria competenza, perché l'istituto sia utilizzato e valorizzato per dare risposte concrete e di tutela.

L'auspicio è che la cultura della mediazione continui a diffondersi e che emerga sempre più la consapevolezza che il dialogo, la collaborazione, l'ascolto, la comunicazione e la negoziazione per la soluzione di un problema rappresentino tasselli fondamentali di un sistema di ADR, dai quali non si può più prescindere, nell'interesse di tutti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

La redazione della proposta da parte del mediatore

Giorgio Salussoglia

La disamina della proposta di mediazione, sotto il profilo giuridico, nella prospettiva che si è voluta dare nel precedente commento, non può concludersi senza fornire al lettore uno spunto di analisi sulla proposta di mediazione dal punto di vista formale e sostanziale, nella sua declinazione pratica.

La normativa di riferimento non stabilisce la "struttura" della proposta, che, pertanto, può essere realizzata in forma sintetica, con la mera indicazione delle clausole della proposta stessa, ovvero più analitica, con premesse sostanziali e osservazioni più o meno estese, purché pertinenti e non in violazione del principio di riservatezza.

La proposta, peraltro, per essere efficace e produrre le conseguenze che si sono analizzate, sia in ambito di mediazione, sia giudiziale, deve essere appositamente concepita in modo da rappresentare, nel suo complesso, lo sviluppo della procedura e le considerazioni e i suggerimenti di "buon senso", tali da sollecitare un'attenta riflessione e mettere "in crisi" le certezze che ogni parte ha, soprattutto quando le posizioni assunte sono poco flessibili e, molte volte, di mero principio.

Per tali motivi, una proposta di mediazione adeguatamente strutturata può essere formulata passando attraverso:

- una sintetica rappresentazione dello svolgimento della procedura, con indicazione di quale sia stato il comportamento tenuto dalle parti;
- un analitico richiamo dell'art. 13 del Dlgs 28/2010, per evidenziare le conseguenze della mancata accettazione della proposta;
- una chiara precisazione in ordine alla funzione del mediatore e all'assenza di componenti di giudizio, in termini di torto o ragione, nelle proprie osservazioni;
- una indicazione sintetica, ma chiara, di quelli che sono gli elementi che il mediatore intende sottoporre all'attenzione delle parti, per porle nelle condizioni di decidere consapevolmente;
- l'indicazione che la proposta del mediatore non è e non può essere considerata come un giudizio o una valutazione di diritto sulla fondatezza o meno delle posizioni delle singole parti;
- la proposta, suddivisa in punti;
- l'invito formale alla comunicazione, nel termine di sette giorni, della accettazione o del diniego;
- la fissazione dell'incontro finale, nel quale recepire le dichiarazioni delle parti, per la chiusura della mediazione (ovvero, implicitamente, per la riapertura della negoziazione sulla base della proposta del mediatore).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Per rendere evidente e pratica l'attuazione dello schema proposto, si riporta di seguito un esempio di proposta di conciliazione, predisposta e utilizzata dalla Fondazione Aequitas ADR, sotto forma di lettera da inviare alle parti e ai rispettivi difensori.

Ogni mediazione, come ovvio, ha il suo sviluppo e, quindi, le proposte possono essere modulate secondo le specifiche esigenze, ricordando peraltro che una proposta concepita con coerenza, competenza, buon senso e creatività offre maggiori possibilità di adesione, nel procedimento di mediazione, e di attenta valutazione, in sede giudiziaria, in funzione di tutte le implicazioni sopra descritte.

PROPOSTA DI CONCILIAZIONE SOTTO FORMA DI LETTERA DA INVIARE ALLE PARTI E AI RISPETTIVI DIFENSORI

"Facendo seguito all'incontro del _____, tenutosi presso la sede della Fondazione Aequitas Adr in _____, nella mediazione n. _____

PREMESSO

- che la _____, in persona del legale rappresentante Sig. _____ con il patrocinio dell'Avv. _____, ha attivato la procedura di mediazione invitando nel procedimento la _____, in persona del legale rappresentante Sig. _____, con il patrocinio dell'Avv. _____;
- che, all'esito dell'incontro di programmazione tenutosi in data _____, trattandosi di mediazione delegata dal Giudice Dr. _____ dell'_____ Sezione del Tribunale di _____, nel procedimento R.G. _____, le Parti hanno deciso di proseguire nel procedimento e, quindi, svolgere la mediazione in modo effettivo, in conformità a quanto previsto dalla giurisprudenza, in materia di mediazione delegata;
- che, nell'incontro indicato, le Parti hanno fattivamente cercato di trovare una soluzione conciliativa, nello spirito della mediazione, tenuto conto di quanto indicato nel provvedimento del _____ del Dr. _____;
- che, tuttavia, nonostante una serie di incontri separati e collegiali, funzionali ad una definizione conciliativa, le Parti non sono pervenute ad un accordo, pur risultando che le rispettive posizioni, a seguito di ampia discussione, appaiono essere relativamente vicine;
- che, tenuto conto dell'impossibilità di pervenire ad un accordo, il Mediatore si è pertanto riservato di formulare una proposta di conciliazione, illustrando alle Parti ed ai rispettivi difensori, le conseguenze in ordine all'accettazione o diniego della proposta stessa;
- che il Mediatore ribadisce le conseguenze relative alla formulazione di una proposta, indicate dall'art. 13 Dlgs 28/2010, il cui contenuto si richiama integralmente:

"Art. 13 Spese processuali
1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.
2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

TUTTO CIÒ PREMESSO

Il Mediatore, osservato ulteriormente che:

a. le questioni emerse nel corso del procedimento di mediazione, così come prospettate dalle Parti, alla luce anche dei rispettivi atti depositati nel contenzioso, hanno evidenziato l'esistenza di problematiche di fatto e diritto, che è in ogni caso compito delle Parti valutare, nel contesto della presente mediazione, in funzione della eventuale adesione alla proposta di conciliazione;
b. in relazione alla sua funzione ed allo specifico ambito in cui si trova ad operare, il Mediatore non ha potere di esprimere giudizi o valutazioni di puro diritto, in termini di ragione o torto sulle rispettive posizioni, ma esclusivamente quello di agevolare una soluzione conciliativa tra le parti, anche quando tale soluzione sia percorribile attraverso lo strumento della proposta;
c. la proposta del Mediatore, caratterizzata da equità, oltre a tenere conto degli elementi emersi nel procedimento di mediazione, pone le parti nelle condizioni di valutarne la convenienza, in funzione della sua eventuale accettazione, in rapporto:
   - agli elevati costi della prosecuzione del giudizio, allo stato già iniziato, relativi agli oneri legali e peritali, conseguenti ad un'eventuale istruttoria, su tutte le questioni emerse, nell'ambito delle rispettive domande ed eccezioni contrapposte, sulla cui fondatezza od infondatezza le Parti ed i rispettivi difensori sono ovviamente invitati a riflettere, anche tenuto conto del provvedimento di cui in premessa del Dr. _____, in punto concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto;
   - in particolare, alle tabelle di liquidazione dei compensi per Avvocati, di cui al Decreto Ministeriale 10/3/2014 n. 55, applicabili al caso di specie, anche solo tenendo conto di un processo del valore medio da € _____ ad € _____, per il quale le spese del procedimento ammonterebbero ad € _____ per tutte le fasi della procedura, ivi compreso il rimborso forfettario 15%, a cui aggiungere gli esposti, anticipazioni, c.p.a. 4% ed IVA 22% e sempre senza considerare che lo scaglione di riferimento potrebbe essere superiore, con conseguente aumento ulteriore dei costi;
   - alla eventualità che, tenuto conto sempre delle rispettive difese delle Parti, potrebbe essere disposta una C.T.U., diretta a valutare i danni asseritamente subiti dal "_____" indicato dalle Parti, che incrementerebbe di costi ulteriori e significativi la procedura stessa, sia relativi al Consulente del Giudice che, eventualmente, dei rispettivi consulenti di Parte;
   - alla eventuale soccombenza parziale, rispetto alle domande ed eccezioni formulate, nella complessità del contenzioso, che potrebbe determinare il Giudice a compensare, in tutto o in parte, le spese stesse, con le conseguenti ricadute pregiudizievoli su entrambi i contendenti;
   - alla eventuale decisione del Giudice, alla luce dell'istruttoria che potrà essere esperita, che potrebbe non soddisfare una o entrambe le Parti, con la conseguente possibilità che, successivamente, la sentenza venga impugnata, moltiplicando i costi per il giudizio di appello, fermi quelli rilevanti già maturati;
   - all'eventualità che il credito accertato in corso di giudizio, tenuto conto delle domande proposte dalle Parti, possa porre comunque un problema di effettiva recuperabilità, nell'ipotesi di mancato e spontaneo adempimento, con la conseguenza che la parte interessata si vedrebbe costretta ad esperire un procedimento esecutivo, con costi certi e con la possibilità di non recuperare, in tutto o in parte l'eventuale credito liquidato;
   - alla natura di imprenditori delle Parti contendenti, soggetti che, in una logica complessiva, dovrebbero valutare attentamente il rapporto costi benefici nel proseguire un contenzioso giudiziario che, in ogni caso, distoglierebbe gli stessi (ed eventuali dipendenti / clienti / terzi, da indicare come eventuali testimoni), dalla loro normale attività, con conseguente potenziale perdita di opportunità lavorative, stante l'impegno da dedicare alla causa, sia in ambito privato che di Tribunale (incontri con professionisti, assistenza a udienze, sopralluoghi in caso di CTU ecc.).

Alla luce delle premesse di cui sopra e dei rilievi appena svolti, senza che le considerazioni effettuate e i termini della proposta sotto riportata costituiscano o possano essere interpretati, anche implicitamente, come un giudizio o valutazione di diritto sulla fondatezza o meno delle posizioni delle singole parti, il Mediatore formula la seguente

PROPOSTA

1. La _____ si impegna a corrispondere alla _____ a saldo, stralcio e transazione di ogni pretesa vantata in dipendenza dei titoli dedotti nel presente giudizio, la somma omnicomprensiva di capitale, interessi e concorso spese, di € _____.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2. La somma indicata al punto 1) viene accettata dalla _____, per il titolo ivi indicato, a completa tacitazione di ogni pretesa, con rinuncia a qualsiasi ulteriore ed eventuale richiesta, comunque connessa o semplicemente riconducibile ai titoli dedotti nel procedimento in essere avanti al Tribunale di _____ di cui in premessa.
3. Il pagamento della somma indicata al punto 1) dovrà essere effettuato dalla _____ a favore della _____, in ____ rate mensili consecutive da € _____ cadauna, a decorrere dal _____, sino ad estinzione del debito, con bonifico bancario a valuta fissa per il beneficiario, con contestuale consegna, entro lo stesso termine, di n. ___ cambiali da € _____ cadauna, a garanzia dell'esatto adempimento del debito).
4. Il mancato pagamento, anche di una sola rata, alle scadenze convenute, determinerà la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c., con contestuale diritto della _____ di agire per il recupero integrale della somma residua dovuta a saldo, sulla base delle intese derivanti dall'accettazione della proposta ovvero sulla base degli effetti cambiari di cui sopra.
5. Le Parti, all'udienza fissata per il _____ nel procedimento R.G. _____, pendente avanti al Tribunale di _____, Sezione _____ Civile, Dr. _____, si impegnano a richiedere, concordemente, un differimento dei termini del procedimento, al fine di consentire il rispetto della rateizzazione che, come strutturata, andrà a terminare, ove correttamente adempiuta, in data _____.
6. Con l'esatto, puntuale ed integrale pagamento delle somme indicate al punto 1), il procedimento di cui in epigrafe verrà abbandonato ex art. 309 Cpc, fermo restando che il decreto ingiuntivo, a seguito del suo passaggio in giudicato per estinzione del procedimento, si intenderà a quel momento espressamente rinunciato e privo di efficacia.
7. Ad avvenuta definizione del contenzioso, nulla sarà più reciprocamente dovuto per i titoli dedotti o deducibili nel procedimento per cui è causa.
8. Nel caso di mancato adempimento dell'obbligo di pagamento, nei termini di cui al punto 3), qualora la _____ non intenda agire per il recupero dell'importo residuo rispetto a quello di € _____ dovuto, potrà, in alternativa, risolvere il presente accordo conciliativo e, conseguentemente, proseguire nel giudizio avanti al Tribunale di _____, non avendo l'accordo in oggetto carattere novativo, fermo restando che, in tal caso, entrambe le parti saranno libere di azionare, integralmente, tutto quanto già oggetto di allegazione, nei rispettivi atti difensivi, nulla escluso.
9. Spese del procedimento di mediazione e legali, salvo quanto espresso al punto 1, integralmente compensate.

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11, comma 2 del Dlgs 28/2010, il Mediatore invita le parti a formulare per iscritto, entro il termine di **sette giorni** decorrenti dalla ricezione della presente comunicazione, l'accettazione od il rifiuto della proposta, precisando che, in mancanza di risposta nel termine, la proposta s'intenderà rifiutata.

Al fine di verificare l'esito delle determinazioni delle parti, relativamente alla proposta sopra indicata, il Mediatore fissa l'incontro conclusivo del procedimento al _____ sempre presso la sede della Fondazione Aequitas Adr, in_____, _____, precisando che in caso di accordo conseguente all'accettazione della proposta, sarà dovuta da ciascuna parte un'integrazione del 25%, oltre IVA, dell'indennità di mediazione già corrisposta.

Con l'occasione, porgo cordiali saluti.

Per la Fondazione Aequitas ADR
Il Mediatore
_____ "

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

La perizia contrattuale, strumento di facilitazione in mediazione

Paolo Lannutti

SOMMARIO: 11.1 Vantaggi e rischi da considerare prima di dare corso a una perizia tecnica in mediazione

L'articolo 8, Dlgs 4 marzo 2010, n. 28 prevede, al primo comma, ultimo periodo, la possibilità, per il mediatore civile e commerciale, di avvalersi di uno o più mediatori ausiliari, nel caso in cui la controversia richieda particolari competenze tecniche. Al quarto comma si stabilisce che il mediatore possa avvalersi di "*esperti iscritti agli albi dei consulenti presso i Tribunali*".

La concreta esperienza di questi oltre dieci anni di attività nell'ambito della mediazione civile e commerciale conferma la felice intuizione del legislatore nel prevedere che il mediatore possa avvalersi dell'ausilio di esperti tecnici, la cui iscrizione negli appositi Albi tenuti presso i Tribunali garantisca professionalità e imparzialità.

Una delle maggiori difficoltà che il mediatore si trova ad affrontare nel corso dei negoziati che si instaurano nel procedimento di mediazione è quella di indurre le parti a considerare ipotesi conciliative che si discostino, in misura anche significativa, dalle iniziali posizioni: i contendenti affermano infatti - in modo spesso perentorio e apparentemente granitico - di non essere disponibili ad alcuna concessione e di volere ottenere quanto richiesto anche a costo di rinunciare a qualsiasi ipotesi di accordo negoziato. In molti casi, le argomentazioni addotte dalle parti a sostegno delle proprie tesi e, conseguentemente delle proprie richieste, sono fondate su presupposti tecnici ed economici la cui fondatezza è contestata dalla controparte. Si pensi, ad esempio, a una controversia sorta nella fase esecutiva di un contratto di appalto in relazione al calcolo di eventuali maggiori somme spettanti all'impresa appaltatrice o all'effettivo valore dei lavori eseguiti o da eseguire, ovvero nell'ambito di un contratto di cessione di partecipazioni azionarie in cui vi sia contrasto sulla determinazione dell'eventuale plusvalore rispetto al valore nominale delle azioni, o ancora alla lite tra due fratelli che, dovendo sciogliere la comunione ereditaria relativa ad alcuni beni immobili, abbiano una divergente valutazione circa il valore effettivo di mercato dei cespiti ricevuti per testamento. In questi, come in altri casi, può dunque essere opportuno che il mediatore venga affiancato da un perito esperto, anch'esso terzo e imparziale, a cui poter sottoporre specifici quesiti tecnici, la cui risoluzione può agevolare, in modo anche risolutivo, il raggiungimento di un accordo negoziato tra le parti in conflitto.

Come ogni altra decisione assunta nell'ambito della procedura di mediazione, anche la scelta di affiancare al mediatore un esperto, al fine di procedere con una consulenza tecnica con le finalità sopra indicate, non potrà essere imposta dal mediatore, bensì condivisa con le parti, che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dovranno essere pienamente convinte dell'utilità di tale strumento anche in considerazione del fatto che ne dovranno sostenere i relativi costi.

Da un punto di vista di strategia negoziale, quindi, un primo elemento da considerare è la capacità del mediatore di riuscire a evidenziare alle parti in conflitto i possibili benefici derivanti dall'espletamento di una consulenza tecnica in mediazione rispetto, ad esempio, a un'analoga procedura esperita nel corso di un procedimento giudiziale.

Decisivo in tale senso può essere il contributo dei legali che assistono le parti e che, sulla base della propria esperienza professionale, possono supportare le argomentazioni addotte dal mediatore per convincere i propri assistito in un senso o nell'altro. Se non vi è infatti dubbio alcuno che una consulenza tecnica svolta in mediazione sia da preferire a una consulenza tecnica in sede giudiziale non solo per un oggettivo risparmio di tempi e costi, ma anche per la possibilità data alle parti di incidere sulla scelta del consulente e formulazione dei quesiti (elementi nel giudizio rimessi all'insindacabile decisione del giudice), altrettanto non può dirsi, teoricamente, nell'ipotesi in cui la procedura di mediazione, dopo l'espletamento della consulenza tecnica, si concluda con un mancato accordo tra le parti. In questa ipotesi infatti, come vedremo in seguito, qualora le parti diano inizio a una controversia in sede giudiziale, sussiste la concreta possibilità che la perizia tecnica redatta in sede di mediazione non sia utilizzabile nel successivo giudizio in forza del principio di riservatezza che assiste la procedura di mediazione o che comunque non sia ritenuta totalmente o parzialmente utilizzabile dal giudice, chiamato a una libera valutazione della stessa, anche se le parti si fossero preventivamente accordate per escludere la perizia dal novero dei documenti coperti da riservatezza.

Nei casi in cui appaia evidente che le ragioni del conflitto in atto risiedano, in tutto o in parte, in divergenti considerazioni su elementi tecnici e/o economici oggetto di una possibile valutazione da parte di un tecnico esperto terzo e imparziale, sussiste un concreto interesse delle parti nel dare corso alla perizia tecnica anche nell'ipotesi in cui, al fallimento della mediazione, segua una controversia in sede giudiziale.

A tale proposito è necessario sottolineare che l'elemento cardine della procedura di mediazione è rappresentato dal "principio di riservatezza" fissato dagli articoli 9 e 10, Dlgs 28/2010. L'articolo 9 del decreto in oggetto è rubricato "dovere di riservatezza" e prevede che chiunque presti la propria opera sia a servizio dell'organismo di mediazione sia all'interno di un procedimento di mediazione è tenuto al vincolo di riservatezza in merito alle dichiarazioni ricevute e alle informazioni acquisite. Il successivo articolo 10, rubricato "inutilizzabilità e segretezza professionale", stabilisce che tutte le informazioni assunte durante un procedimento di mediazione non possano essere utilizzate in un giudizio "*avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni*".

Come è stato correttamente osservato anche in una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano, "*l'obbligo di riservatezza trova la sua ragion d'essere nella necessità di favorire quanto più possibile l'instaurazione tra le parti presenti in mediazione di un clima libero e disteso, di sincero confronto, tanto nelle sessioni congiunte quanto in quelle separate, in modo tale da consentire ad ognuna di esse di aprirsi senza timori, potendo esprimere, fino in fondo il suo punto di vista, con le relative aspettative e richieste. Tale principio ha portata decisiva perché consente al legislatore di incentivare l'uso della mediazione, nonché di agevolare l'operato del mediatore alla ricerca di un accordo in grado di soddisfare i contrapposti interessi.*".

Alla luce del dettato normativo e della predetta corretta, quanto rigorosa interpretazione giurisprudenziale, è quindi lecito affermare che il generale principio di riservatezza fissato dall'art.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9 trova un altrettanto esplicito e comprensibile limite nella possibilità di derogarvi, vertendosi pur sempre in tema di diritti disponibili, con il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

Tale interpretazione del dettato normativo ha trovato, nel corso degli anni, ampio consenso e adesione della giurisprudenza di merito, che ha ritenuto la consulenza tecnica effettuata in mediazione "*ammissibile nella causa che può seguire in quanto non esista una norma che lo vieti specificamente*" (ordinanza del Tribunale Civile di Roma, sez. XIII, del 17 marzo 2014).

Secondo il dott. Massimo Moriconi, estensore della predetta e di altre ordinanze di eguale tenore, "*non si deve enfatizzare oltre ogni limite il principio della riservatezza, rischiando di andare oltre quello che il legislatore ha stabilito. Riservatezza ad ogni costo e sempre non significa infatti agevolare con sicurezza il successo della mediazione ed il raggiungimento dell'accordo. .... le parti potrebbero, per il timore di una sua circoscritta utilità, rifiutarsi di acconsentire alla nomina, da parte del mediatore, di un esperto anche quando l'ausilio di un tecnico specializzato potrebbe chiarire aspetti fondamentali, perché dubbi, della situazione in conflitto ed il farsi carico della spesa non irrisoria per il compenso da attribuire all'esperto potrebbe apparire inappropriato e non conveniente proprio per la prospettiva di non poter produrre la relazione dell'esperto nella causa che potrà seguire*".

Con altra ordinanza del 6 luglio 2015, lo stesso Tribunale ha chiarito che "*la possibilità di nomina di un consulente nel procedimento di mediazione è espressamente prevista dalla legge; anche nel caso di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell'esperto elaborata e depositata in quel procedimento non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha motivatamente elaborato*" e quindi liberamente valutata dal giudice quale prova atipica.

Con diversa ordinanza del 13 marzo 2015, anche il Tribunale di Parma, prima sezione civile, ha confermato la possibilità di utilizzare la relazione peritale redatta in mediazione, seppure in assenza della parte invitata che abbia deciso volontariamente di non aderire alla procedura, motivando tale decisione sull'assunto che l'attendibilità della perizia è conseguenza del fatto che il CTM viene nominato da un soggetto terzo e imparziale quale l'organismo di mediazione. Sempre sul punto si segnala infine una sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno del 18 ottobre 2018, con la quale si conferma che "*in sede di mediazione, su accordo delle parti, l'elaborato peritale è stato espressamente svincolato da riservatezza e pertanto* è *producibile in giudizio ed ha la stessa valenza ed efficacia della perizia redatta su incarico del giudice in quanto le parti hanno concordato, sempre in sede di mediazione, altresì che la stessa sia vincolante fra di loro. La redazione della consulenza tecnica in sede di mediazione ha i suoi vantaggi di costi e di tempi di redazione e può confluire nel successivo giudizio o unitamente alla proposta del mediatore, che potrebbe appunto ancorare la sua proposta ai risultati degli accertamenti tecnici, o, come nel caso de quo, prodotta da una delle parti unitamente al verbale negativo stante il consenso allo svincolo dalla riservatezza e dunque alla producibilità in giudizio: la perizia aveva ad oggetto i quesiti in uso presso il Tribunale e così come elaborati ed aggiornati dalla Commissione permanente e pertanto, ove la stessa fosse stata eseguita in giudizio, per ordine del giudice, avrebbe avuto gli stessi risultati, per essere i criteri di calcolo e le modalità di risposta ai quesiti tipizzati e dunque identici.*".

In considerazione di quanto sopra esposto, si può quindi affermare che:

1) la consulenza tecnica, come ogni altro documento elaborato all'interno del procedimento di mediazione, è da ritenersi riservata e quindi non utilizzabile dalle parti al di fuori della stessa procedura di mediazione: tale divieto di utilizzo si estende a maggior ragione all'eventuale giudizio che dovesse seguire a un esito negativo della procedura di mediazione;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2) vertendosi in tema di diritti disponibili e in forza di quanto previsto dall'art. 10, Dlgs 28/2010, è facoltà delle parti derogare - di comune accordo - al suddetto limite con facoltà di utilizzo della perizia anche nell›eventuale giudizio. Una possibile verbalizzazione potrebbe essere la seguente "*Le parti concordano che, in conformità con quanto previsto dall'art. 10 del Dlgs 28/2010, l'elaborato peritale potrà essere liberamente utilizzato anche al di fuori della presente procedura e quindi anche nell'eventuale giudizio che dovesse iniziare a seguito di un esito negativo della mediazione*".

11.1 Vantaggi e rischi da considerare prima di dare corso a una perizia tecnica in mediazione

Ma quali sono dunque i potenziali vantaggi e rischi che la parte deve considerare prima di scegliere se dare corso a una perizia tecnica in mediazione e, in caso positivo, se concordare o meno sulla possibilità di un utilizzo della perizia anche al di fuori della procedura di mediazione?

In primo luogo, ritengo che parte e avvocato dovrebbero considerare con attenzione il requisito dell'essenzialità dell'accertamento tecnico per la risoluzione del conflitto in atto.

È ragionevolmente prevedibile che una controversia in materia di divisione immobiliare possa essere risolta senza un preventivo accordo sulla valutazione di mercato dell'immobile da dividere? E, in caso di fallimento della mediazione, è prevedibile che nel successivo giudizio di divisione il giudice disponga una CTU con le medesime finalità?

Nell'esempio indicato, ritengo, anche sulla base di una pluriennale esperienza di mediazione, che la risposta non possa che essere positiva nel senso di ritenere indispensabile l'esperimento di una perizia estimativa sia in sede di mediazione, sia in sede giudiziale.

Riconosciuta quindi l'opportunità di dare corso alla perizia, le parti devono decidere se sia più utile e conveniente darvi corso in sede di mediazione o attendere l'eventuale giudizio.

Quali sono gli elementi che la parte dovrebbe tenere in considerazione e valutare per decidere in un senso o nell'altro?

Proviamo a rispondere a queste domande utilizzando l'esempio dei due fratelli in conflitto per la divisione dell'immobile lasciato loro in comunione ereditaria dalla defunta mamma.

Il fratello A ritiene che l'immobile abbia una valutazione di euro 200.000, mentre il fratello B considera questa valutazione del tutto irrealistica e che l'immobile possa valere non più di euro 150.000.
Se entrambe le parti sono ragionevolmente certe della fondatezza delle rispettive valutazioni, il mediatore potrà agevolmente convincerle non solo a dare corso a una perizia in mediazione, con risparmio di tempo e denaro rispetto alla medesima perizia fatta in sede giudiziale, ma anche a concordare sull'utilizzo della stessa perizia anche al di fuori della mediazione e quindi nell'eventuale giudizio. In questo secondo caso, le parti, convinte che la perizia darà un esito conforme alle loro aspettative, valuteranno positivamente il fatto che il giudice possa, seppure liberamente, prenderne visione, in tal modo minimizzando il rischio che possa disporre la rinnovazione della perizia con conseguente duplicazione dei costi già sostenuti dalle parti in mediazione. Diversamente, se una o entrambe le parti sono incerte o quanto meno dubbiose sulla concreta fondatezza delle proprie posizioni e richieste, al mediatore risulterà più semplice percorrere la strada di una perizia, i cui esiti siano comunque da considerare riservati in forza del disposto di cui all'art. 9, Dlgs 28/2010.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ma quale sarebbe, in caso di fallimento della mediazione, l'utilità per le parti di una perizia per cui sostenuto dei costi e che non possono utilizzare in alcun modo al di fuori della mediazione?

A questa obiezione, che viene frequentemente sollevata dai legali in mediazione, ritengo si possa correttamente rispondere che la perizia svolta in mediazione da un consulente tecnico terzo e imparziale rappresenta un fondamentale riscontro circa la fondatezza dell'impianto probatorio in forza del quale una parte si accinge ad intraprendere una controversia giudiziale. Se infatti l'esito della perizia svolta in mediazione fosse del tutto o comunque largamente difforme dalle evidentemente errate convinzioni di una parte, ciò potrebbe indurre la stessa a rinunciare o comunque a modificare significativamente i presupposti della causa da intraprendere in modo da evitare gli esiti pregiudizievoli di una sentenza negativa. In tal caso, la parte non potrebbe, ad esempio, dolersi di avere speso inutilmente i soldi della consulenza in mediazione, se questa lo abbia indotto a rinunciare a una causa il cui esito negativo gli sarebbe costato decisamente molto di più. In senso opposto, l'esito favorevole della perizia svolta in mediazione rafforzerà il potere contrattuale dell'altra parte che, in caso di esito negativo della mediazione, pur non potendo utilizzare in giudizio quella perizia, potrà comunque confidare in un esito prevedibilmente positivo della eventuale CTU disposta dal giudice.

Qualora entrambe le parti decidano preventivamente di considerare l'esito della perizia non riservato e quindi utilizzabile e liberamente valutabile dal giudice nell'eventuale causa successiva, la perizia in mediazione sarebbe all'evidenza di grande utilità, per entrambe consentendo, da un lato, di avere un esito peritale da un terzo imparziale in tempi rapidi e a costi ridotti rispetto alla CTU giudiziale e, dall'altro, di mantenersi comunque la possibilità di utilizzarne gli esiti anche in sede giudiziale.

In definitiva, si può quindi affermare che, in entrambi i casi, riservata alla mediazione o liberamente utilizzabile anche nel successivo giudizio, la perizia offre alle parti una concreta utilità in funzione delle diverse opzioni e strategie negoziali che possono essere messe in atto.

Oltre alle due ipotesi sin qui analizzate, esiste una ulteriore possibilità di utilizzo della perizia in mediazione, al fine della composizione negoziale del conflitto. Si tratta della perizia contrattuale con la quale le parti rimettono a un terzo la determinazione della prestazione dedotta nel contratto, che è quindi considerata direttamente riconducibile alla volontà dei contraenti per realizzare una cooperazione tra le parti e il terzo nell'attività di completamento del regolamento d'interessi. Con la perizia contrattuale le parti si trovano concordi nel rimettere tale determinazione a un terzo, impegnandosi a considerare il suo responso come vincolante. Al perito terzo, nominato dal mediatore, è quindi deferito un quesito di contenuto tecnico e mai giuridico, essendo la perizia contrattuale un meccanismo volto alla composizione di contrasti in ordine a questioni tecniche.

Quando le parti concordano nel considerare contrattuale la perizia in mediazione, ottengono due risultati: vincolarsi reciprocamente in ordine all'accertamento tecnico ed evitare che sull'elemento oggetto di perizia intervenga il potere cognitivo della giurisdizione. Mediante un atto negoziale, le parti legittimano l'espletamento di un accertamento effettuato da terzi, ma comunque riconducibile alla loro volontà, tant'è che la giurisprudenza costantemente si esprime in termini di "*accertamento sostitutivo della volontà delle parti*".

Una volta esaurita la procedura peritale, il giudice non può fare altro che prendere atto dell'esistenza, sul punto, di un atto negoziale. Mentre infatti l'attività del CTU non vincola affatto il giudice, il quale può, congruamente motivando, discostarsi dalle risultanze peritali, nel caso della perizia contrattuale, l'accertamento tecnico è il prodotto di un'attività svolta sul piano dell'autonomia privata e finalizzata a realizzare un nuovo assetto d'interessi di tipo negoziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Le parti conferiscono al perito l'incarico di dare un responso che esse stesse considerano vincolante e dunque si realizza una fattispecie negoziale che il giudice non può fare altro che recepire.

Alla luce delle predette considerazioni, è del tutto evidente che l'utilizzo della perizia contrattuale in mediazione consente alle parti di raggiungere un accordo parziale su un punto, spesso fondamentale, della controversia: nell'esempio sin qui utilizzato, se i due fratelli in lite decidono di attribuire alla perizia da svolgersi in mediazione il valore di perizia contrattuale, il risultato conseguito certamente è quello di determinare, in modo non più contestabile, il valore di mercato dell'immobile in comunione ereditaria.

Tale elemento agevolerà certamente il compito del mediatore e delle parti nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra le opposte richieste, al fine del raggiungimento di un accordo conciliativo negoziato.

In difetto, anche eventualmente a seguito di una proposta conciliativa del mediatore *ex* art. 11, Dlgs 28/2010, una o entrambe le parti potranno comunque procedere giudizialmente nella consapevolezza che il valore di mercato dell'immobile in comunione ereditaria, così come determinato in sede di perizia contrattuale, non potrà essere oggetto di accertamento giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

La mediazione civile, il punto di vista di un magistrato

Edoardo Di Capua

SOMMARIO: 12.1 Quattro diversi tipi di mediazione – 12.2 L'assistenza dell'avvocato – 12.3 Lo stimolo all'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione – 12.4 Altri strumenti processuali – 12.5 La scelta del giudice – 12.6 Vantaggi delle risoluzioni alternative delle controversi

Questo articolo si propone lo scopo di esporre il punto di vista di un operatore del diritto sull'istituto della "mediazione", definita dal legislatore europeo come un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore, con la precisazione che tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro (cfr. art. 3, lett. a, Direttiva 2008/52/CE).

Di regola si suole affermare che l'istituto della mediazione, disciplinato nel nostro ordinamento nazionale dal Dlgs 4 marzo 2010, n. 28[1] , persegue il duplice obiettivo di realizzare, attraverso la composizione preventiva della lite, l'interesse particolare dei contendenti a un più immediato soddisfacimento delle proprie pretese sostanziali rispetto a quello conseguibile all'esito del processo e, inoltre, di abbattere, in un'ottica deflattiva e nell'interesse generale, il contenzioso giudiziario (cfr. in tal senso, ad esempio, Trib. Modena 10 ottobre 2014 in *Giurisprudenza locale - Modena* 2014). Si tornerà più avanti su tali vantaggi, che, ad avviso di chi scrive, possono effettivamente essere conseguiti attraverso tale istituto. In materia è recentemente intervenuta una riforma con la legge 26 novembre 2021, n. 206, recante "*delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*", intesa a semplificare, razionalizzare e rendere più efficiente la giustizia civile, la quale, a tal fine, ha anche fissato principi e i criteri direttivi per la modifica della procedura di mediazione di cui al Dlgs 4 marzo 2010, n. 28.

1 Il Dlgs 128/2010 è stato emanato in attuazione dell'art. 60, legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ai sensi dell'art. 1, comma 4, lettera b), legge 206/2021, si chiarisce l'intento, "*eccezion fatta per l'arbitrato, [di] armonizzare, all'esito del monitoraggio che dovrà essere effettuato sull'area di applicazione della mediazione obbligatoria, la normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie previste dalla legge e, allo scopo, raccogliere tutte le discipline in un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC), anche con opportuna valorizzazione delle singole competenze in ragione delle materie nelle quali dette procedure possono intervenire*". Si tratta dunque di una iniziativa che verrà assunta al termine del monitoraggio da svolgersi sull'area di applicazione della mediazione obbligatoria e che non comprende la disciplina dell'arbitrato da ritenersi pertanto esclusa dall'opera di armonizzazione.

Per quanto concerne la disciplina della mediazione, la riforma è intervenuta su molti aspetti del procedimento, nell'ottica di incentivare il ricorso alla procedura e chiarire anche alcuni punti controversi della materia, in parte affrontati e risolti da alcune pronunce della Suprema Corte intervenute in questi anni, demandando peraltro talvolta ai futuri decreti governativi alcune soluzioni.

In proposito, può citarsi la questione relativa all'onere di promuovere la procedura di mediazione (obbligatoria o delegata) nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo (dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione), risolta dalla Cassazione civile, Sezioni Unite, con sentenza 18 settembre 2020, n. 19596, con il seguente principio di diritto: "*Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del Dlgs n. 28 del 2010, art. 5, comma 1 bis, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo*". Ora, la legge 206/2021 non ha preso un'espressa posizione su tale questione, demandando al governo di "*individuare, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, la parte che deve presentare la domanda di mediazione, nonché definire il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità*" (cfr. art. 1, comma 4, punto d, legge 206/2021).

12.1 Quattro diversi tipi di mediazione

Si deve chiarire che, in realtà, il legislatore ha previsto quattro diversi tipi di mediazione.

1. La c.d. "**mediazione facoltativa**" è prevista dall'art. 2, comma 1, Dlgs 28/2010, ai sensi del quale chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una "*controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili*"[2].
2. La c.d. "**mediazione concordata**" è prevista dall'art. 5, comma 5, Dlgs 28/2010, ai sensi del quale: "*Fermo quanto previsto dal comma 1* bis *e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo*

2 La mediazione non riguarda anche le controversie tributarie (cfr. sul punto Tribunale Modena, 28 aprile 2017).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto".

Ad avviso di chi scrive, sarebbe estremamente utile la collaborazione dei commercialisti, i quali, nel predisporre gli atti costitutivi e gli statuti delle società, potrebbero suggerire alle parti l'inserimento di tale clausola.

3. La c.d. "**mediazione obbligatoria**" è prevista dall'art. 5, comma 1 *bis*, Dlgs 28/2010, ai sensi del quale chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a determinate controversie (in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, ma con esclusione delle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140 *bis* del Codice del consumo), è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione[3].

L'esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria è "*condizione di procedibilità della domanda giudiziale*", ma la norma chiarisce che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza, con l'ulteriore precisazione che il giudice, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, deve fissare una successiva udienza (dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto dall'art. 6, Dlgs 28/2010) e che allo stesso modo deve provvedere quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione[4]. Ai sensi dell'art. 5, comma 2 *bis*, Dlgs 28/2010, "*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo".*

Su questo punto la legge delega 206/2021 ribadisce (con riferimento alla mediazione obbligatoria, ma è chiaro che il principio deve valere anche per la mediazione delegata) che deve restare fermo che "*la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*" (cfr. art. 1, comma 4, punto c, legge 206/2021).

Si ritiene che l'elencazione delle materie sia tassativa (cfr. per tutte: Tribunale Catania, sez. III, 29 luglio 2020 n. 2665), ma, in proposito, la citata legge delega 206/2021 ha ampliato i casi di mediazione obbligatoria, estendendola alla materia dei contratti di associazione in partecipazione,

3 Ovvero i procedimenti previsti dal Dlgs 8 ottobre 2007, n. 179 e dai rispettivi regolamenti di attuazione, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al Dlgs 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate.

4 Dunque, in tali casi, il giudice non può limitarsi a emettere una sentenza in rito di improcedibilità dell'azione, ma deve, prima di tutto, assegnare contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione (cfr. art. 5, commi 1 bis e 2, Dlgs 28/2010), ciò in base al principio secondo cui in claris non fit interpretatio (cfr. in tal senso: Tribunale Siena, 10 settembre 2019 n. 879; Tribunale Arezzo, 6 luglio 2018, n. 711; Tribunale Arezzo, 19 giugno 2018, n. 668; Tribunale Bologna, sez. II, 5 giugno 2018).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone, subfornitura (cfr. art. 1, comma 4, lettera c, legge 206/2021).

Proprio nell'ambito della mediazione obbligatoria, inoltre, la riforma è intervenuta su molti aspetti del procedimento nell'ottica di incentivare il ricorso alla procedura e chiarire anche alcuni punti controversi della materia (peraltro, sovente, trattasi di aspetti e problematiche in gran parte comuni alla "mediazione delegata").

4. La c.d. "**mediazione delegata**" è prevista dall'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010, ai sensi del quale, fermo quanto previsto dal precedente comma 1 *bis* sulla mediazione obbligatoria (e salvo quanto disposto dai successivi commi 3 e 4), il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione e "*l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello*".

Con tale provvedimento, che può essere adottato in qualsiasi momento della causa, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa[5], il giudice deve fissare la successiva udienza (anche in tal caso, dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto dall'art. 6, Dlgs 28/2010) e, quando la mediazione non è già stata avviata, deve assegnare contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione (anche per la "mediazione delegata" possono richiamarsi le considerazioni svolte alla nota 4).

Anche per la "mediazione delegata" deve richiamarsi l'art. 5, comma 2 *bis*, Dlgs 28/2010, ai sensi del quale, "*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*" (*v. Riquadro 1 a pagina seguente*).

Come chiarito dalla relazione illustrativa al Dlgs 28/2010, tale procedura non è impedita dal fallimento dell'eventuale precedente conciliazione in sede di "mediazione obbligatoria" e, dunque, è facoltà del giudice disporre la mediazione delegata finanche quando sia stato già avviato e concluso negativamente un procedimento di mediazione obbligatoria, trattandosi di modelli diversi e non alternativi, che si sviluppano con presupposti, forza ed efficacia non sovrapponibili (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 9 ottobre 2015).

Ovviamente il disposto di cui all'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010 è applicabile a tutte le controversie e non solo a quelle oggetto di mediazione obbligatoria di cui al comma 1 *bis* (cfr. in tal senso: Corte Appello Milano, sez. I, 22 marzo 2016; Tribunale Prato 16 gennaio 2012); dunque, la procedura di mediazione delegata potenzialmente si applica a tutte le controversie relative a diritti disponibili (cfr. in tal senso: Tribunale Modena, 28 aprile 2017). In proposito, è stato chiarito che la c.d. "mediazione *ex officio"* può essere disposta dal giudice anche a prescindere dalla natura della controversia e per questo può applicarsi finanche alle controversie familiari in cui il diritto non sia indisponibile (come nel caso di domanda avente ad oggetto il recupero di un credito insoddisfatto) (cfr. in tal senso: Tribunale Modena, 28 aprile 2017; Tribunale Milano, sez. IX, 14 ottobre 2015).

5 In giurisprudenza si ritiene peraltro che la mediazione delegata possa essere disposta dal giudice anche dopo aver rimesso la causa sul ruolo, in quanto la fissazione della prima udienza di precisazione delle conclusioni non esaurisce una volta per tutte il potere di avviare le parti in mediazione; l'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010 non autorizzerebbe, infatti, una simile lettura restrittiva (cfr. in tal senso: Corte Appello Firenze, sez. II, 17 novembre 2016, in Guida al diritto 2017, 19, 72; in tal senso sembra anche Cass. civile, sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 3665).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIQUADRO 1: PRONUNCE E INTERPRETAZIONI

a) Peraltro, secondo numerose pronunce di merito (pur precedenti alle pronunce della Cassazione civile infra citate), nella mediazione demandata, non potrebbe considerarsi realizzata la condizione di procedibilità, se ci si limiti all'incontro "preliminare informativo" con il mediatore. In altre parole, sia per la mediazione obbligatoria, sia per la mediazione delegata dal giudice, sarebbe necessaria l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione, laddove per "effettiva" si richiede che le parti non si fermino alla sessione informativa (cfr. sul punto: Tribunale Busto Arsizio, 10 febbraio 2021; Tribunale Firenze, sez. III, 8 maggio 2019, n. 9550; Tribunale Napoli Nord, sez. III, 28 giugno 2018; Tribunale Velletri, sez. II, 22 maggio 2018, n. 1247; Corte Appello Milano, sez. II, 10 maggio 2017, n. 2016; Tribunale Pavia 9 marzo 2017, n. 2475; Tribunale Roma, sez. XIII, 23 febbraio 2017; Tribunale Pavia, sez. III, 20 gennaio 2017; Tribunale Pavia 26 settembre 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 14 luglio 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 4 aprile 2016; Tribunale Roma, sez. XIIIz, 14 dicembre 2015; Tribunale Pavia, sez. III, 9 marzo 2015).
b) Secondo un'altra strada interpretativa, attualmente seguita dalla Cassazione, invece, la condizione di procedibilità deve intendersi soddisfatta anche quando sia tenuto solo il primo incontro di mediazione di cui all'art. 8, comma 1, Dlgs 28/2010, senza accordo (cfr. in tal senso: Tribunale Pordenone, 7 dicembre 2020, n. 647; Corte Appello Napoli, sez. II, 29 settembre 2020, n. 3227; Corte Appello Ancona, sez. I, 20 novembre 2019, n. 1554; Cass. civile, sez. III, 5 luglio 2019, n. 18068; Tribunale Milano, sez. XIII, 11 giugno 2019, n. 5605; Cass. civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473). In proposito, si è affermato che sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 -, sia l'argomento sistematico (la necessita di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo) depongono nel senso che la condizione di procedibilità debba ritenersi assolta "*con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalita di svolgimento della mediazione, puo liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilita di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione*"; depone in questo senso la struttura del procedimento, disciplinata dall'art. 8 e suddivisa in un "primo incontro preliminare davanti al mediatore" e "in uno o piu incontri successivi di effettivo svolgimento della mediazione"; pertanto "solo se le parti gli danno il via per procedere alla successiva fase di discussione, il mediatore andra avanti, interloquendo con le parti fino a proporre o a far loro proporre una possibile soluzione, altrimenti si arrestera alla fase preliminare"; quindi, *rebus sic stantibus*, se anche la parte invitata partecipa al primo incontro ed e l'istante che dichiara di non volere dare avvio alla mediazione, deve ritenersi che la condizione di procedibilita sia soddisfatta (cfr. in tal senso: Cass. civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473).

Sulla base dell'esperienza concreta di chi scrive, è possibile affermare che la "mediazione delegata" offre decisamente maggiori possibilità di successo (ossia di raggiungimento di un accordo) rispetto alla "mediazione obbligatoria": ora, se si tiene presente che, in entrambe le ipotesi di mediazione, sono identiche sia le conseguenze della mancata instaurazione del procedimento (ossia l'improcedibilità della domanda), sia le conseguenze della mancata partecipazione delle parti (previste dall'art. 8, comma 4 *bis*, Dlgs 28/2010 e *infra* richiamate), se ne deve logicamente dedurre che la ragione risiede probabilmente nell'elemento "psicologico" che consegue alla scelta discrezionale del giudice nel disporre la "mediazione delegata" e che induce le parti a un maggiore impegno nel raggiungimento di un accordo transattivo.

Molto opportunamente, quindi, nella legge di riforma 206/2021, emerge l'espressa volontà del legislatore di "*valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice, di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziali che demandano le parti alla mediazione*" e, agli stessi fini, di "*prevedere l'istituzione di*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi" (cfr. art. 1, comma 4, lettera o, legge 206/2021).

Come chiarito dall'art. 5, comma 3, Dlgs 28/2010, lo svolgimento della mediazione "obbligatoria" o "delegata" non preclude in ogni caso la concessione dei **provvedimenti urgenti e cautelari**, né la **trascrizione della domanda giudiziale**.

Sul punto, la legge delega di riforma 206/2021 ha ribadito (con riferimento alla mediazione obbligatoria, ma è chiaro che il principio deve valere anche per la mediazione delegata) che resta fermo "*che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale*" (cfr. art. 1, comma 4, lettera c, legge 206/2021).

L'art. 5, comma 4, Dlgs prevede che i commi 1 *bis* (ossia la "mediazione obbligatoria") e 2 (ossia la "mediazione delegata") non si applicano:

a. nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
b. nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 Cpc;
c. nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696 *bis* Cpc;
d. nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, Cpc;
e. nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
f. nei procedimenti in camera di consiglio;
g. nell'azione civile esercitata nel processo penale.

12.2 L'assistenza dell'avvocato

Ai sensi dell'art. 8, comma 3, Dlgs 28/2010, al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato (previsione contemplata anche dall'art. 5, comma 1 *bis*, Dlgs 28/2010, nell'ambito della mediazione obbligatoria).

Sul tema, deve peraltro richiamarsi la pronuncia della Corte di Giustizia UE, secondo cui la direttiva 2013 novembre UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato; l'art. 8, lettera b), direttiva 2013/11, infatti, stabilisce espressamente che gli Stati membri garantiscono che le parti abbiano accesso alla procedura ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale (cfr. in tal senso: Corte giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2017, n. 75, in *Guida al diritto* 2017, 28, 92; cfr. sul punto anche Tribunale Verona, sez. III, 28 settembre 2017.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La legge delega di riforma 206/2021 ha ribadito (con riferimento alla mediazione obbligatoria, ma è chiaro che il principio deve valere anche per la mediazione delegata) che resta fermo "*che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere necessariamente assistite da un difensore*" (cfr. art. 1, comma 4, lettera c, legge 206/2021).

Si discute se **la parte possa delegare a partecipare alla mediazione un terzo e, in particolare, il proprio avvocato** nella sua doppia veste di legale e di procuratore speciale della parte.

a. La tesi che prevaleva nella giurisprudenza di merito (precedente alla pronuncia della Cassazione civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473 *infra citata*) ammetteva la possibilità per la parte di farsi rappresentare nel procedimento mediatorio da un procuratore speciale, ma escludeva che la procura speciale potesse essere conferita al difensore. In altre parole, in tema di procedimento civile e mediazione civile, la mediazione avrebbe dovuto essere effettiva e, dunque, le parti sostanziali avrebbero dovuto essere presenti personalmente o rappresentate da un procuratore speciale, ma la procura speciale non avrebbe potuto essere conferita al proprio difensore sia al primo incontro che agli incontri successivi. Conseguentemente, il difensore, in sede di mediazione obbligatoria o delegata, non avrebbe potuto rappresentare la parte e sostituirsi a essa, dovendosi limitare ad assisterla, mentre la parte assente avrebbe dovuto giustificare la sua assenza al mediatore, al fine di consentirgli - se ritenuto opportuno - di rinviare l'incontro.

La tesi in esame è stata seguita, sia pure con varie sfumature, dalle seguenti pronunce: Tribunale Roma, sez. XIII, 20 dicembre 2018; Tribunale Vasto, 17 dicembre 2018; Corte Appello Napoli, sez. I, 1 giugno 2018; Tribunale Velletri, sez. II, 22 maggio 2018, n. 1247; Tribunale Pavia 26 settembre 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 14 luglio 2016; Tribunale Modena, sez. II, 2 maggio 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 4 aprile 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 14 dicembre 2015; Tribunale Vasto 9 marzo 2015; Tribunale Firenze, sez. II, 19 marzo 2014.

b. Secondo altra tesi, inizialmente minoritaria nella giurisprudenza di merito (almeno in quella edita sulle riviste), ma con maggiore favore in dottrina, e attualmente seguita dalla Cassazione *infra* citata, reputa possibile che l'avvocato cumuli la posizione di difensore e di procuratore speciale della parte sostanziale. In altre parole, la parte potrebbe presentarsi innanzi al mediatore personalmente oppure conferendo procura speciale ad altro soggetto che lo rappresenti nel procedimento mediatorio e la procura speciale potrebbe essere conferita anche al proprio difensore. Sul punto, si è pronunciata la Suprema Corte e, precisamente, Cassazione civile, sez. III, con sentenza 27 marzo 2019, n. 8473, rilevando come la lettera dell'art. 8, Dlgs 28/2010 non lasci adito a dubbi nel ritenere obbligatoria la presenza delle parti al primo incontro, argomentando poi come tale partecipazione al primo incontro "non comporta che si tratti di attività non delegabile", recependo sul punto un orientamento già espresso da una giurisprudenza minoritaria, per cui si deve ammettere "la possibilità di delegare a un terzo soggetto il potere sostanziale di partecipare al procedimento (e quindi di conciliare la lite), esito interpretativo peraltro del tutto conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento in tema di mandato (art. 1392 Codice civile), pacificamente ritenuti applicabili anche alla transazione (Cass. civ., Sez. III, 27 gennaio 2012, n. 1181) e che appaiono del tutto conformi e funzionali anche allo spirito del Dlgs 28/2010. La partecipazione pertanto può essere oggetto di delega. Tale delega, secondo la sentenza *de qua*, mancando una previsione espressa, può essere effettuata anche a favore del proprio difensore. In tal caso, tuttavia, affinché la delega sia valida, la parte deve conferire tale potere al

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

difensore "*mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*". E non integrano i requisiti richiesti dalla Cassazione né la procura alle liti, ancorché in forma di procura notarile (come nel caso che ha dato origine alla pronuncia in questione), né la procura autenticata dal difensore, poiché "*il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore*".

Tale tesi viene seguita, con diverse sfumature, dalle seguenti pronunce: Tribunale Crotone, 5 gennaio 2021; Tribunale Pordenone, 7 dicembre 2020, n. 647; Corte Appello Napoli, sez. II, 29 settembre 2020, n. 3227; Tribunale Napoli, sez. IX, 18 maggio 2020, n. 3514; Tribunale di Verona, 26 novembre 2019, n. 2642; Corte Appello Ancona, sez. I, 20 novembre 2019, n. 1554; Tribunale Piacenza, 16 ottobre 2019, n. 632; Tribunale Milano, sez. XIII, 11 giugno 2019, n. 5605; Tribunale Torino, sez. VIII, 12 aprile 2019, n. 1662; Tribunale Verona, sez. III, 11 maggio 2017; Tribunale Verona, sez. III, 28 settembre 2016; Tribunale Verona, sez. III, 28 gennaio 2016).

La questione è stata definitivamente risolta dalla legge delega di riforma 206/2021, disponendo (con riferimento alla mediazione obbligatoria, ma è chiaro che il principio deve valere anche per la mediazione delegata) di "*prevedere la possibilità per le parti del procedimento di mediazione di delegare, in presenza di giustificati motivi, un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la soluzione della controversia e prevedere che le persone giuridiche e gli enti partecipano al procedimento di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la soluzione della controversia*" (cfr. art. 1, comma 4, lettera f), legge 206/2021).

Sempre in materia, la medesima legge 206/2021 ha altresì previsto "*per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto*

legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti" (cfr. art. 1, comma 4, lettera g), legge 206/2021).

Infine, sempre la legge 206/2021 ha opportunamente previsto di "*riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, e le conseguenze della mancata partecipazione*" (cfr. art. 1, comma 4, lettera *e),* legge 206/2021).

12.3 Lo stimolo all'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione

Per stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione (sia essa "facoltativa", "concordata", "obbligatoria", o "delegata"), l'art. 8, comma 4 *bis*, Dlgs 28/2010 prevede, innanzitutto, che **dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione "*il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del Codice di procedura civile*"**

In giurisprudenza è stato sottolineato che equivarrebbe a tradire l'intento del legislatore svalutare la portata di tale norma considerandola una mera e quasi irrilevante appendice nel corredo dei mezzi probatori istituiti dall'ordinamento giuridico (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 29 maggio 2017).

In ogni caso, si ritiene che la mancata comparizione della parte regolarmente convocata davanti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

al mediatore costituisce di regola elemento integrativo e non decisivo a favore della parte chiamante, per l'accertamento e la prova di fatti a carico della parte chiamata non comparsa (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 29 maggio 2017), ma, comunque, concorre alla valutazione del materiale probatorio già acquisito (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 28 novembre 2016).

Sempre per stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione, l'art. 8, comma 4 *bis*, Dlgs 28/2010 prevede altresì che **il giudice deve condannare la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo "*al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*."**

La lettera della citata disposizione, in virtù dell'uso da parte del legislatore del tempo indicativo presente, induce a ritenere obbligatoria la pronuncia di condanna in questione ogniqualvolta la parte che non ha correttamente partecipato al procedimento non sia comparsa senza giustificato motivo (non fornendo una idonea giustificazione alla propria condotta); infatti, l'irrogazione della sanzione pecuniaria prescinde del tutto dall'esito del giudizio (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto, 9 aprile 2018; Tribunale Mantova, sez. I, 14 giugno 2016).

Si ritiene che la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione, se non fondata su un "**giustificato motivo**" impeditivo che abbia i caratteri dell'assolutezza e della non temporaneità o su un dissenso consapevole, informato e motivato, equivalga ad assenza ingiustificata, nonostante la preventiva comunicazione delle ragioni della decisione di non prendervi parte (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto 6 dicembre 2016).

Quindi, la condotta della parte che non si reca al primo incontro di mediazione e si limita a rappresentare per iscritto all'organismo di mediazione la decisione di non partecipare allo stesso, eventualmente anche illustrandone le ragioni, va interpretata alla stregua di una assenza ingiustificata della parte invitata, che la espone al rischio di subire le conseguenze sanzionatorie, sia sul piano processuale che su quello pecuniario, previste dall'art. 8, comma 4 *bis*, Dlgs 28/2010; questo perché, nello spirito della norma che disciplina lo svolgimento del procedimento di mediazione (art. 8), la partecipazione delle parti, sia al primo incontro, sia agli incontri successivi, rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della assolutezza e della non temporaneità (cfr. in tal senso: Tribunale Vasto 12 dicembre 2016).

Tuttavia, secondo la Corte giustizia UE, la direttiva 2013 novembre UE del Parlamento europeo e del Consiglio 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione; infatti, l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013 impone agli Stati membri di garantire che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura (cfr. in tal senso: Corte giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2017, n. 75).

Inoltre, sempre al fine di stimolare l'effettiva partecipazione al procedimento di mediazione (sia essa "facoltativa", "concordata", "obbligatoria", o "delegata") la legge delega di riforma 206/2021 ha opportunamente previsto "*che le procedure di mediazione e di negoziazione assistita possano essere svolte, su accordo delle parti, con **modalità telematiche** e che gli incontri possano svolgersi con **collegamenti da remoto***" (cfr. art. 1, comma 4, lettera p, legge 206/2021).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il ricorso alla procedura di mediazione può essere certamente favorito anche dall'espressa facoltà per il mediatore di avvalersi di **esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali (**cfr. art. 8, comma 4, Dlgs 28/2010**).**

In giurisprudenza è stato chiarito che la consulenza tecnica espletata nel procedimento di mediazione può essere utilizzata nel procedimento civile come prova atipica valutabile dal Giudice secondo scienza e coscienza, nonché senza violare il principio di riservatezza (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 17 marzo 2014; Tribunale Roma, sez. XIII, 17 marzo 2014**).**

Molto opportunamente la legge delega di riforma 206/2021 ha previsto, "*quando il mediatore procede ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28, la possibilit*à per le parti di stabilire, al momento della nomina dell'esperto, che la sua relazione possa essere prodotta in giudizio e liberamente valutata dal giudice" (cfr. art. 1, comma 4, lettera i, legge 206/2021).

Secondo numerose pronunce di merito, **dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo può conseguire anche l'eventuale condanna della parte per "responsabilità aggravata" ex art. 96, comma 3, Cpc.**

Cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 25 maggio 2020; Tribunale Biella 22 giugno 2018 nella causa 1962/2017 R.G.; Tribunale Torino 18 gennaio 2017, n. 214; Tribunale Roma, sez. XIII, 28 settembre 2017; Tribunale Roma, sez. XIII, 4 aprile 2016; Tribunale Roma, sez. XIII, 17 dicembre 2015.

Secondo tale orientamento, il volontario e ingiustificato rifiuto di aderire a un ordine del giudice civile, legittimamente dato, va sempre considerato grave e infatti l'ordinamento prevede rimedi, sanzioni e deterrenti di variegata natura e contenuto, a carico della parte renitente per il convergente e necessario fine che l'ordine non rimanga "*telum imbelle sine ictu*" e venga in tal modo, in maggiore o minore misura, intralciato e sabotato il buon governo della causa da parte del giudice (cfr. in tal senso: Tribunale Roma, sez. XIII, 17 dicembre 2015**).**

Si deve poi osservare che, per stimolare l'accordo nell'ambito della mediazione **l'art. 13, Dlgs 28/2010 ha previsto un'articolata disciplina delle spese di lite** (*v. riquadro 2*).

RIQUADRO 2: LA NORMA SULLE SPESE DI LITE

Precisamente, l'art. 13, Dlgs 28/2010 prevede quanto segue:
"1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.
2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.
3. Salvo diverso accordo, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri."

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Inoltre, sempre per stimolare l'accordo nell'ambito della mediazione, sono stati previsti diversi incentivi, sia dall'**art. 17, Dlgs 28/2010 in materia di risorse, regime tributario e indennità**, sia dall'**art. 20, Dlgs 28/2010 in materia di credito d'imposta** (*v. riquadro 3 da pagina precedente*).

È previsto un **compenso variabile ai mediatori**, ossia vi sono maggiorazioni delle indennità dovute ai mediatori, nell'ipotesi di successo della mediazione e comunque per il fatto di formulare la proposta (art. 16, comma 4, lettere b) e c), regolamento).

RIQUADRO 3: RISORSE, REGIME TRIBUTARIO E INDENNITÀ, CREDITO D'IMPOSTA

L'art. 17, Dlgs 28/2010 disciplina come segue le risorse, il regime tributario e le indennità:

"1. In attuazione dell'articolo 60, comma 3, lettera o), della legge 18 giugno 2009, n. 69, le agevolazioni fiscali previste dal presente articolo, commi 2 e 3, e dall'articolo 20, rientrano tra le finalità del Ministero della giustizia finanziabili con la parte delle risorse affluite al «Fondo Unico Giustizia» attribuite al predetto Ministero, ai sensi del comma 7 dell'articolo 2, lettera b), del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, e dei commi 3 e 4 dell'articolo 7 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 30 luglio 2009, n. 127.

2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

4. Fermo restando quanto previsto dai commi 5 bis e 5 ter del presente articolo, con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, sono determinati:

a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti;

b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati;

c) le maggiorazioni massime dell'indennità dovute, non superiori al 25 per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione;

d) le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1 bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2.

5 bis. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1 bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

5 ter. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

6. Il Ministero della giustizia provvede, nell'ambito delle proprie attività istituzionali, al monitoraggio delle mediazioni concernenti i soggetti esonerati dal pagamento dell'indennità di mediazione. Dei risultati di tale monitoraggio si tiene conto per la determinazione, con il decreto di cui all'articolo 16, comma 2, delle indennità spettanti agli organismi pubblici, in modo da coprire anche il costo dell'attività prestata a favore dei soggetti aventi diritto all'esonero.

7. L'ammontare dell'indennità può essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto Nazionale di Statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatasi nel triennio precedente.

8. Alla copertura degli oneri derivanti dalle disposizioni dei commi 2 e 3, valutati in 5,9 milioni di euro per l'anno 2010 e 7,018 milioni di euro a decorrere dall'anno 2011, si provvede mediante corrispondente riduzione della quota delle risorse del «Fondo unico giustizia» di cui all'articolo 2, comma 7, lettera b) del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, che, a tale fine, resta acquisita all'entrata del bilancio dello Stato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9. Il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri di cui ai commi 2 e 3 ed in caso si verifichino scostamenti rispetto alle previsioni di cui al comma 8, resta acquisito all'entrata l'ulteriore importo necessario a garantire la copertura finanziaria del maggiore onere a valere sulla stessa quota del Fondo unico giustizia di cui al comma 8." **L'art. 20, Dlgs 28/2010** disciplina come segue il credito d'imposta: "1. Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.
2. A decorrere dall'anno 2011, con decreto del Ministro della giustizia, entro il 30 aprile di ciascun anno, è determinato l'ammontare delle risorse a valere sulla quota del "Fondo unico giustizia" di cui all'articolo 2, comma 7, lettera b), del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181, destinato alla copertura delle minori entrate derivanti dalla concessione del credito d'imposta di cui al comma 1 relativo alle mediazioni concluse nell'anno precedente. Con il medesimo decreto é individuato il credito d'imposta effettivamente spettante in relazione all'importo di ciascuna mediazione in misura proporzionale alle risorse stanziate e, comunque, nei limiti dell'importo indicato al comma 1.
3. Il Ministero della giustizia comunica all'interessato l'importo del credito d'imposta spettante entro 30 giorni dal termine indicato al comma 2 per la sua determinazione e trasmette, in via telematica, all'Agenzia delle entrate l'elenco dei beneficiari e i relativi importi a ciascuno comunicati.
4. Il credito d'imposta deve essere indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi ed é utilizzabile a decorrere dalla data di ricevimento della comunicazione di cui al comma 3, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, nonché, da parte delle persone fisiche non titolari di redditi d'impresa o di lavoro autonomo, in diminuzione delle imposte sui redditi. Il credito d'imposta non dà luogo a rimborso e non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi, né del valore della produzione netta ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.
5. Ai fini della copertura finanziaria delle minori entrate derivanti dal presente articolo il Ministero della giustizia provvede annualmente al versamento dell'importo corrispondente all'ammontare delle risorse destinate ai crediti d'imposta sulla contabilità speciale n. 1778 "Agenzia delle entrate - Fondi di bilancio"."

La legge delega 206/2021 è intervenuta anche sui punti sopra richiamati, disponendo **il riordino e la semplificazione della disciplina degli incentivi fiscali relativi alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie** (*v. riquadro 4*).

RIQUADRO 4: INCENTIVI FISCALI

L'art. 1, comma 4, lettera a, della Legge n. 206/2021 ha infatti previsto:

- *l'incremento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'articolo 17, comma 3, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;*
- *la semplificazione della procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri professionali;*
- *l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalle parti nel giudizio che risulti estinto a seguito della conclusione dell'accordo di mediazione;*
- *l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita;*
- *la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato;*
- *la riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione;*
- *un monitoraggio del rispetto del limite dispesa destinato alle misure previste che, al verificarsi di eventuali scostamenti rispetto al predetto limite di spesa, preveda il corrispondente aumento del contributo unificato.*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.4 Altri strumenti processuali

A questo punto può essere utile osservare che, qualora il giudice intenda perseguire un tentativo di conciliazione, può optare non soltanto per la "mediazione delegata", ma altresì per i seguenti strumenti processuali:

1. il giudice può innanzitutto esperire direttamente un **tentativo di conciliazione in presenza davanti a sé ex art. 185 Cpc** (*v. riquadro 5 a pagina seguente*);
2. in secondo luogo, il giudice può formulare **una proposta transattiva o conciliativa ex art. 185 bis Cpc** (*v. riquadro 6 a pagina seguente*).

   Al fine di rendere realmente efficace la proposta conciliativa:
   - il legislatore ha opportunamente chiarito che la proposta di conciliazione, la quale deve necessariamente essere precisa e potenzialmente anticipatoria del giudizio, "*non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice"* (art. 185 *bis*, ultima parte, Cpc);
   - l'accoglimento della domanda in misura non superiore alla proposta conciliativa rifiutata senza giusto motivo comporta la condanna della parte alle spese di lite maturate dopo la proposta (art. 91, comma 1, seconda parte, Cpc).

RIQUADRO 5: TENTATIVO DI CONCILIAZIONE

L'art. 185 Cpc prevede testualmente quanto segue: "*Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.*
Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.
Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa.
Il processo verbale costituisce titolo esecutivo.".

RIQUADRO 6: PROPOSTA TRANSATTIVA O CONCILIATIVA

L'art. 185 bis Cpc, inserito dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, prevede quanto segue: "*Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.*"

12.5 La scelta del giudice

La scelta per il giudice se sia preferibile ricorrere alla mediazione delegata oppure al tentativo di conciliazione giudiziale *ex* art. 185 Cpc o 185 bis Cpc dipende da una valutazione da operarsi in concreto in ciascuna singola causa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Peraltro, sulla base dell'esperienza di chi scrive, possono enunciarsi le seguenti "strategie" processuali:

- la scelta del procedimento di mediazione delegata in genere può dipendere dalla particolare complessità della causa, la quale potrebbe anche richiedere una soluzione transattiva più articolata e finanche una nuova definizione dei rapporti tra le parti;
- la scelta del tentativo di conciliazione *ex* art. 185 Cpc o *ex* art. 185 *bis* Cpc può dipendere, oltre che dalla minore complessità della causa, dalla predominanza dell'aspetto giuridico su quello tecnico o fattuale;
- in linea di massima, può essere opportuno formulare una proposta transattiva o conciliativa ai sensi dell'art. 185 *bis* Cpc con l'ordinanza di ammissione delle prove (in particolare, ammissione di prove testimoniali e/o di una consulenza tecnica d'ufficio), in quanto, da una parte, si sono ormai verificate le preclusioni di merito e istruttorie e, dall'altra parte, ciò può fungere da stimolo per evitare l'ulteriore aggravio di spese derivante proprio dall'assunzione delle prove ammesse;
- di regola è invece opportuno disporre la "mediazione delegata" con l'ordinanza nella quale si invitano le parti a precisare le conclusioni (sia essa l'ordinanza di rigetto delle prove sia essa quella pronunciata all'esito delle prove), in quanto, da una parte, a quel punto è possibile prevedere l'esito della causa[6] e, dall'altra parte, si "ottimizza" il lasso di tempo intercorrente fino a tale udienza[7];
- peraltro, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo si rivela molto proficuo disporre la "mediazione delegata" con la stessa ordinanza con cui si provvede sull'esecuzione provvisoria o sulla sospensione del decreto ingiuntivo opposto (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 648 o 649 Cpc), essendovi già una valutazione nel merito da parte del giudice istruttore, che evidentemente finisce per agevolare la conclusione di un accordo;
- si deve aggiungere che, come anche chiarito in giurisprudenza, qualora la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti rendano particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima, anche in considerazione del contenuto delle proposte conciliative formulate nel corso del giudizio, il giudice può disporre, ai sensi dell'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010, l'esperimento del procedimento di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. in tal senso: Tribunale Torino, sez. I, 4 ottobre 2017, n. 4613; Tribunale Vasto 23 giugno 2015); dunque, la proposta conciliativa o transattiva, formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185 *bis* Cpc, anche se rifiutata dalle parti, può costituire la base su cui il mediatore, successivamente adito su disposizione del medesimo giudice, può esperire un autonomo tentativo di conciliazione[8], [9];

---

6 Essendo possibile valutarne concretamente l'esito, sulla base delle domande ed eccezioni proposte dalle parti, ormai definitivamente cristallizzate (essendo maturate le preclusioni di merito), dei documenti prodotti (essendo ormai maturate le preclusioni istruttorie) e delle risultanze delle prove esperite.

7 Come ben sanno gli operatori del diritto, infatti, nel processo civile il principale "collo di bottiglia" è costituito soprattutto dalla redazione della sentenza, ciò che richiede la necessità di scaglionare le udienze di precisazione delle conclusioni.

8 Cfr. in tal senso: Tribunale Verona, sez. III, 18 aprile 2017.

9 In particolare, si è affermato che "l'accordo conciliativo va valutato adeguatamente in un'ottica non di preconcetto antagonismo giudiziario, ma di reciproca rispettosa considerazione e valutazione dei reali interessi di ciascuna delle parti, di modo che esso potrebbe dirsi vantaggioso per tutte (ed infatti oltre all'aspetto della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- inoltre, al cospetto di una causa che, già *in itinere*, abbia avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, è opportuno che il giudice formuli una proposta conciliativa, sulla base dei fatti pacifici e non contestati; ove le parti rifiutino immotivatamente la proposta, il giudice ben può avviarle alla mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, Dlgs 28/2010 (cfr. in tal senso: Tribunale Milano 21 marzo 2014);
- addirittura, il giudice, in sede di formulazione della proposta conciliativa *ex* art. 185 *bis* Cpc, può indicare alle parti che, qualora la proposta non venga accettata, sarà disposta la mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (cfr. Trib. Palermo, sez. I, 16 luglio 2014);
- il giudice può poi trarre dalla consulenza tecnica disposta in sede di mediazione elementi utili ai fini della proposta transattiva o conciliativa di cui all'art. 185 *bis* Cpc (cfr. Trib. Roma, sez. XIII, 17 marzo 2014).

12.6 Vantaggi delle risoluzioni alternative delle controversi

Ad avviso di chi scrive, i **vantaggi che possono derivare alle parti dalle risoluzioni alternative delle controversie**, in sede di mediazione o anche di conciliazione *ex* art. 185 o *ex* art. 185 *bis* Cpc, sono molteplici e possono così sintetizzarsi:

1. l'evidente esigenza di evitare il rischio di causa;
2. l'opportunità di giungere in tempi brevi alla definizione del contenzioso in essere tra le parti in causa;
3. il vantaggio di evitare, da una parte, una decisione dall'esito incerto e, dall'altra parte, i prevedibili ulteriori gradi di giudizio (giudizio in Appello e poi in Cassazione, cui potrebbe seguire anche un ulteriore giudizio di rinvio);
4. il vantaggio di evitare un ulteriore notevole aggravio di costi processuali, talvolta comprensivo delle spese di una consulenza tecnica d'ufficio che si renda necessario esperire in corso di causa;
5. il vantaggio per la parte che propone una domanda di condanna al pagamento di una certa somma di denaro di ottenere in tempi brevi un minor importo, senza peraltro dovere subire il rischio dell'eventuale insolvenza della controparte (che risultasse soccombente nei vari gradi di giudizio), e/o senza dovere affrontare le incerte e costose procedure di esecuzione forzata, di cui la parte vittoriosa dovrebbe comunque anticipare le ingenti spese e che potrebbero concludersi, in tutto o in parte, infruttuosamente.

Peraltro, i **vantaggi di una risoluzione alternativa della controversia non concernono soltanto le parti, ma l'intero sistema ordinamentale**, in quanto:

---

durata della causa – beninteso, di questa come di ogni altra – che può penalizzare, sia pure in modo diverso, ciascuno dei contendenti, incombe sempre il rischio del risultato ultimo che non è solo la sentenza, ma gli eventuali successivi gradi di giudizio nonché, per chi spetti, in caso di non volontario adempimento, i tempi ed i costi dell'esecuzione coattiva); va peraltro evidenziata la reciproca alea processuale poiché, in definitiva, l'alternativa all'accordo è che l'esito del giudizio possa, per ciascuna delle parti, essere diverso e peggiore di quello ambito, circostanza questa niente affatto anomala ma insita nella natura stessa della giurisdizione; tutto ciò posto, il giudice ben può disporre il procedimento di mediazione dando alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nella opportunità e convenienza di farla propria ovvero di svilupparla autonomamente" (cfr. in tal senso: Tribunale Napoli, sez. VI, 5 febbraio 2019).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1. la causa conciliata o transatta viene definitivamente "eliminata" dal mondo processuale, contribuendo così a deflazionare l'enorme contenzioso non soltanto in primo grado (Tribunale o Giudice di Pace), bensì anche in Appello e nel giudizio in Cassazione;
2. da ciò consegue l'ulteriore evidente vantaggio di abbreviare i tempi di definizione delle altre cause (definite con sentenza);
3. in particolare, la mediazione contribuisce a realizzare un più corretto funzionamento del mercato;
4. il corretto funzionamento degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie finisce poi per ripercuotersi favorevolmente sull'andamento dell'economia.

Infine, la mediazione può e deve essere vista anche come un **prezioso strumento di soluzione della crisi d'impresa**, il cui esercizio richiede anche una gestione tempestiva, competente ed efficace delle (frequenti) situazioni di criticità, onde evitare che diventino irreversibili[10] e, a tal fine, essa può essere un ulteriore strumento per raggiungere tali obiettivi, tenuto conto che:

1. l'impresa ha necessità di intervenire tempestivamente e la mediazione presenta proprio il vantaggio dei tempi ridotti;
2. l'impresa in crisi non ha adeguate risorse finanziarie e la mediazione presenta il vantaggio dei costi contenuti;
3. l'impresa di regola ha interesse a mantenere, in una prospettiva di risanamento, i rapporti con banche e fornitori e la mediazione, mirando alla pacificazione delle parti in conflitto, può avere una particolare rilevanza proprio in ambito commerciale in quanto consente di recuperare tali rapporti.

L'imprenditore ed i professionisti che l'assistono potrebbero quindi impostare idonei percorsi di risanamento affidandosi ad organismi di mediazione che diano garanzie di serietà e qualità e che si avvalgano di mediatori specializzati nelle materie trattate.

10 Del resto, le riforme degli ultimi anni, compresa quella del Codice della crisi di impresa, mirano a predisporre validi ed efficaci strumenti per fronteggiare le situazioni di criticità delle imprese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE III

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

La composizione negoziata per la soluzione della crisi: un nuovo percorso di risanamento

Alessandro Danovi, Gualtiero Terenghi

La procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa, come introdotta dal Dl 118/2021 e modificata, senza sostanziali e rilevanti interventi, dalla versione definitiva del decreto legislativo 83/2022 recante modifiche al Codice della crisi, offre all'imprenditore commerciale ed agricolo che si trovi, indipendentemente dalla sua dimensione, in una condizione di squilibrio patrimoniale od economico-finanziario che "*rendono probabile la crisi o l'insolvenza*", la possibilità di un risanamento agevolato purché risulti "*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*", anche, se del caso, mediante la cessione dell'intera azienda o di un suo ramo.

La composizione negoziata sostituisce la procedura di allerta presente nella precedente versione del Codice della crisi, tramite l'integrale riscrittura del Titolo II, ora rubricato appunto "*Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per l'anticipata emersione della crisi*": rispetto all'allerta, che si proponeva di evidenziare all'impresa una situazione di difficoltà rilevante e potenzialmente già corrispondente ad uno stato di crisi o di insolvenza, la composizione negoziata intende fornire al debitore meccanismi che invece segnalino la necessità di attivarsi prontamente per evitare la crisi, recependo così quanto previsto dall'art. 3 della direttiva Ue 2019/1023.

Trattasi quindi non di una procedura, ma di un percorso di negoziazione, volontario e stragiudiziale, che intende portare il debitore a perseguire il risanamento tramite il ricorso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal Codice della crisi, nonché dell'unico strumento utilizzabile dal debitore che si trova in una situazione di squilibrio qualificabile come "precrisi".

La modalità di accesso è su base volontaria ed all'art. 12 è sancita esplicitamente l'inapplicabilità dell'art. 39 CCII, che disciplina l'iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi da parte del Pubblico Ministero. Il legislatore rimette infatti all'imprenditore la scelta esclusiva di iniziare il percorso, rivolgendosi al segretario generale della CCIAA dove si trova la sede legale dell'impresa per la nomina dell'esperto.

La scelta del legislatore di consentire l'accesso alla composizione negoziata su specifica iniziativa dell'imprenditore si traduce in una procedura semplificata con una minore presenza dell'autorità giudiziaria: come illustrato nei capitoli seguenti, l'intervento del Tribunale è sostanzialmente limitato ai casi in cui l'impresa **i)** chieda di beneficiare di misura protettive, **ii)** intenda ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili o **iii)** voglia ottenere

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

il trasferimento dell'azienda o di suoi rami in esenzione della solidarietà prevista dall'art. 2560, comma 2, del Codice civile.

Maggior semplicità e minor formalizzazione si esplicano anche nella nomina dell'esperto, che sarà un singolo professionista anziché il collegio dei tre previsto nell'abrogata composizione assistita. L'esperto della procedura di composizione negoziata è scelto tra i soggetti in possesso della specifica formazione di 55 ore prevista dal Decreto direttoriale 28 settembre 2021, che risultano iscritti nell'apposito elenco tenuto dalla competente Cciaa, a cui possono accedere professionisti iscritti da almeno 5 anni negli albi di dottori commercialisti, avvocati e consulenti del lavoro, nonché coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentino di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione positivamente conclusesi.

L'esperto ha un ruolo da taluni definito di facilitatore o di mediatore, non essendo lo stesso assimilabile alla figura dell'attestatore della vigente legge fallimentare, né tantomeno a quella del curatore o del commissario. La gestione dell'impresa durante la fase di composizione rimane infatti pienamente nelle mani dell'imprenditore, che solo nei casi tassativi prima elencati dovrà passare per il vaglio dell'autorità giudiziaria.

È comunque posto in capo all'esperto un ruolo di garanzia *super partes* che può tradursi in censura delle scelte gestorie dell'imprenditore laddove, ad esempio, l'art. 21 prevede l'obbligo, di informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento: a norma del comma 4 l'esperto ha la facoltà di annotare il suo dissenso nel Registro delle imprese, facoltà che si tramuta in obbligo "*quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori*".

Sussistono quindi in capo alla nuova figura, seppur limitati, poteri di controllo preventivo sull'operato dell'imprenditore.

Il ruolo principe dell'esperto rimane tuttavia quello di facilitare l'individuazione delle soluzioni più idonee a superare la situazione di crisi, che potrebbero sfociare in un vero e proprio processo di *turnaround* aziendale non limitato alla mediazione tra imprenditore e ceto creditorio nella determinazione di una percentuale di soddisfacimento. A tal proposito sovviene il decreto 28 settembre 2021 prima citato che, sebbene norma di natura regolamentare, si riferisce esplicitamente a "*strategie di intervento*" ed "*iniziative industriali*" da sviluppare con specifiche "*capacità e competenze manageriali*" (sez. II, par. 3).

L'imprenditore, avuto accesso alla procedura su propria istanza, vedrà dunque nominato l'esperto che compirà una disamina della situazione dell'impresa, verificando preliminarmente la sussistenza di una concreta prospettiva di risanamento. Ove ciò non fosse, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata entro i successivi cinque giorni lavorativi.

Il requisito per accedere alla procedura è, come detto, la presenza di uno squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che renda probabile la crisi o l'insolvenza, dunque uno stato di crisi che potrebbe ragionevolmente sfociare in insolvenza. Primario compito dell'esperto, per impostare un credibile percorso di risanamento, è dunque quello di individuare le cause della crisi, verificando che l'impresa non si trovi in stato di già conclamata insolvenza.

Comprendere le ragioni è infatti essenziale per appurare se le linee di intervento previste siano in grado di rimuovere le cause che hanno generato la crisi.

Il termine del percorso deve condurre al risanamento dell'impresa, inteso nella nozione dell'art.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

67 L.F. di risanamento dell'esposizione debitoria che assicuri il riequilibrio della situazione finanziaria e dunque il ritorno alla creazione di valore. La duttilità della nuova procedura di composizione negoziale permette sia la strada del risanamento "esterno", tramite gli strumenti descritti, sia la strada del risanamento "interno": in quest'ultimo caso l'esperto coadiuverà l'imprenditore alla luce delle *best practice* professionali, focalizzandosi sulle cause della crisi e sviluppando le strategie per il riequilibrio delle condizioni economico-patrimoniali aziendali. Accanto ad un'analisi critica del modello di *business* dell'azienda occorrerà verificare le competenze e la stabilità del *management*, versando poi l'analisi qualitativa in un piano industriale che, partendo dai dati degli esercizi precedenti, sviluppi bilanci prospettici da cui si possa evincere l'effetto della strategia di risanamento sulle variabili deboli che hanno determinato lo stato di crisi.

Liberamente la scelta dell'imprenditore può ricadere su un piano che preservi la continuità aziendale oppure preveda il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo. Il bene della continuità aziendale è tutelato dal legislatore nella procedura di composizione negoziale, tra l'altro, con il disposto dell'art. 20 CCII, che sospende gli obblighi della disciplina sulla riduzione del capitale sociale di cui agli artt. 2446, 2447, 2482 *bis*, 2482 *ter*, 2484 e 2545 *duodecies* Cc dalla pubblicazione dell'istanza di accesso alla procedura (art. 17) e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Nel caso le prospettive di risanamento siano concrete l'esperto coadiuva l'imprenditore nelle trattative, che, nel silenzio della norma, sono rimesse alle parti in piena libertà, fissandone la legge soltanto un limite temporale pari a 180 giorni, prorogabili per ulteriori 180 (art. 17, comma 7). Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari, al giudice che le ha emesse perché ne dichiari cessati gli effetti (art. 17, comma 8).

Ad eccezione del caso in cui l'accordo non coinvolga terzi, ma sia semplicemente un atto di riorganizzazione di gestione interna dell'azienda e dunque un risanamento "interno", i possibili sbocchi finalizzati al risanamento sono riconducibili **(A)** all'utilizzo di uno dei nuovi strumenti introdotti con la composizione negoziata **(B)** al ricorso ad una procedura già esistente come modificata dal correttivo che recepisce la direttiva *insolvency* oppure **(C)** al ricorso ad una delle restanti procedure con- corsuali.

(A) Il primo dei nuovi strumenti è l'accordo finalizzato alla continuità aziendale. Trattasi di un contratto il cui contenuto non specificato dalla legge, che si limita a stabilire come lo stesso debba essere idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. È demandato all'esperto il compito di versare nella sua relazione finale, che alcuni autori hanno per questo ritenuto simile ad un'attestazione, un giudizio di probabilità che il contratto sia effettivamente in grado di garantire la continuità aziendale. È forse interessante notare che la legge limita il riferimento alla continuità, e non anche al risanamento dell'impresa, che è condizione più ampia, specie con riferimento all'orizzonte temporale.

L'opzione per questo strumento deve essere preceduta da un'attenta analisi delle cause che hanno compromesso, o stanno per compromettere, la continuità aziendale. È infatti noto che molteplici cause possono minare l'equilibrio aziendale, determinando inizialmente una perdita di marginalità che sfocia poi nella rottura dell'equilibrio ed infine nell'erosione del patrimonio dell'impresa. L'esperto, accertata la presenza di *asset* su cui basare il rilancio, dovrà implementare azioni strategiche a medio termine che, in base ai dati prospettici, siano in grado di definire un assetto idoneo al risanamento, sia sul piano industriale, sia sul piano finanziario. La corretta

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

individuazione delle cause della crisi è cruciale per individuare i correttivi necessari ad intervenire quantitativamente sulle grandezze aziendali compromesse, in particolare il capitale circolante netto, la copertura finanziaria degli investimenti, la posizione finanziaria netta e quindi, in definitiva, il patrimonio netto.

Nei casi in cui il risanamento passi per la continuazione dell'impresa, l'accordo non potrà prescindere dall'analisi previsionale dei flussi di cassa, che si dimostra particolarmente delicata. Le entrate non saranno infatti soltanto derivanti dalla dismissione di beni, ma proverranno dalla realtà aziendale in funzionamento, così come le uscite, che non saranno destinate semplicemente al pagamento del ceto creditorio, ma copriranno l'intera gestione aziendale. Accanto all'accordo finalizzato alla continuità è dunque necessario che l'esperto determini analiticamente i flussi di cassa, incrociando i dati di natura economico-patrimoniale con quelli di natura finanziaria e tenendo in debito conto le obbligazioni connesse al soddisfacimento del debito. Sotto questo profilo sono opportunamente distinti i due casi della continuità diretta e della continuità indiretta. Nel primo i flussi derivano solo dall'attività dell'impresa e dalle cessioni dei beni ritenuti non più necessari. Nella continuità indiretta le risorse per i creditori saranno fornite dall'acquirente dell'azienda.

Un secondo strumento offerto dalla procedura di composizione è la conclusione di una convenzione di moratoria *ex* art. 62 CCII. La novità risiede nella possibilità di applicare a tutti i creditori la disciplina originariamente prevista solo per le banche e gli intermediari finanziari con la stipula di una convenzione che disciplini "in via provvisoria gli effetti della crisi"; la convenzione può avere ad oggetto le scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative, ma non misure che comportino la rinuncia al credito. Ulteriore peculiarità dell'accordo così concluso è l'efficacia estesa anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, a condizione che gli aderenti corrispondano almeno il 75% di tutti gli appartenenti alla stessa.

Per sua stessa definizione la convenzione di moratoria disciplina in modo provvisorio gli effetti della crisi e dunque potrebbe non essere sufficiente, di per sé sola, al risanamento definitivo. L'adozione di questo strumento può infatti rivelarsi risolutiva soltanto per crisi aziendali di carattere temporaneo (si pensi ad esempio ad oscillazioni forti ma contingenti del prezzo delle materie prime o a circostanziate difficoltà di approvvigionamento), in cui le criticità sono lievi e di carattere fondamentalmente esogeno, tali dunque da consentire, con il solo riscadenzamento dei debiti, il mantenimento della continuità aziendale ed il suo successivo recupero. È però altamente improbabile che in un contesto di crisi matura la convenzione in moratoria consenta da sola il risanamento, essendo più probabile un suo utilizzo quale strumento di passaggio prodromico all'adozione di altri istituti e strategie che portino ad un duraturo riequilibrio aziendale.

Il terzo ed ultimo strumento è quello dell'accordo sottoscritto dall'imprenditore e dai creditori, oltre che dall'esperto, che produce gli effetti **(i)** di cui agli artt. 166, co. 3, lett. d), relativo all'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del piano di cui agli artt. 56 e 284 e **(ii)** di cui all'art. 324, che disciplina le esenzioni dai reati di bancarotta.

È da notare che previsione di sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto garantisce, da un lato, che l'accordo sia finalizzato al risanamento dell'impresa, *ratio* fondamentale della procedura di composizione negoziale, e, dall'altro, fa implicitamente ritenere che il professionista, sottoscrivendo l'accordo, faccia propri i dati aziendali e dunque anche la loro veridicità.

Il piano, in cui sono indicate le azioni operative e strategiche volte a rimuovere lo stato di crisi,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

si pone come lo strumento che consente l'attuazione delle operazioni necessarie a ripristinare la situazione di equilibrio economico-finanziario garantendo il risanamento con l'esclusione dell'applicabilità dell'azione revocatoria. Nel piano è possibile predisporre accordi *ad hoc* con il ceto bancario, se del caso in moratoria, per integrare e meglio definire la manovra finanziaria necessaria al risanamento, anche eventualmente tramite l'erogazione di nuova finanza o, nei casi di aziende di maggiori dimensioni, con la conversione del debito in strumenti di *equity*.

(B) L'art. 23 prevede poi, al suo secondo comma, che l'imprenditore possa, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61 premurandosi di specificare che "*la percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto*". È il caso di sottolineare che la scelta legislativa di considerare separatamente il ricorso agli accordi di ristrutturazione può rinvenirsi nella circostanza che, ove gli stessi siano maturati in seno alla procedura di composizione negoziale – e dunque condivisi dall'esperto che lo sancisce nella sua relazione finale – la percentuale delle adesioni necessaria all'estensibilità dell'accordo alla minoranza si riduce al 60%.

L'esperto coadiuverà l'imprenditore nella fase stragiudiziale del piano, mirata alla formalizzazione dell'accordo con i creditori, che sarà poi oggetto di omologazione da parte del tribunale. Occorre, in caso di accordo di ristrutturazione, che l'esperto individui i creditori estranei all'accordo e provveda nel piano a stimare i flussi di cassa liberi al servizio del debito dei non aderenti, con la redazione di uno specifico piano di tesoreria: il piano dovrà infatti consentire il risanamento garantendo la presenza dei mezzi sufficienti al rimborso dei creditori, aderenti e non, permettendo altresì all'azienda di mantenere autonomamente la continuità nel suo contesto competitivo. Dal punto di vista della strutturazione del piano occorre porre attenzione alla corretta modellizzazione delle obbligazioni assunte ai fini del risanamento, anche con riferimento a quelle dei creditori (ad esempio istituti finanziari che apportano nuova finanza) o di eventuali terzi (ad esempio i soci), che nel caso di risanamento tramite accordi di ristrutturazione si rivela di particolare complessità, atteso che le condizioni pattuite possono essere di natura diversa e differenziate per ciascun creditore.

(C) Da ultimo l'imprenditore può far ricorso "ad ogni altro strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza". La norma va letta in collegamento con il successivo art. 25 *bis* relativo alle misure premiali e a mente del cui comma 3 "*Le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di cui all' articolo 12, comma 1, e oggetto della composizione negoziata sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'articolo 23, commi 2 e 3*": l'intento del legislatore è perciò quello di fornire un ulteriore incentivo all'accesso alla procedura di composizione negoziale, alleggerendo il carico tributario dell'imprenditore nel caso in cui la composizione negoziale anteceda ulteriori procedure concorsuali (in generale sul tema si veda A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento dell'impresa*, Giuffrè, 2014).

La procedura di composizione negoziata si pone quindi, per la sua marcata deformalizzazione e scarsa presenza dell'autorità giudiziaria, quale primo strumento che il legislatore offre all'imprenditore, a volte poco propenso a far tempestivamente emergere e contrastare la crisi, per iniziare la strada del risanamento tramite una composizione vigilata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

Un quadro d'insieme sulla composizione negoziata

Riccardo Ranalli

SOMMARIO: 2.1 La "cassetta degli attrezzi" per la gestione della crisi – 2.2 Le finalità del test pratico e la logica sottostante allo stesso – 2.3 La lista di controllo (check-list) – 2.4 La concreta praticabilità del risanamento, con particolare riguardo alla situazione d'insolvenza – 2.5 La gestione dell'impresa nel corso della composizione negoziata e le valutazioni dell'esperto – 2.6 La nuova finanza – 2.7 Un cenno sulle novità portate allo strumento della composizione negoziata nel suo recepimento nel CCII – 2.8 Conclusioni

La composizione negoziata ha sostituito la composizione assistita del Codice della Crisi e si sostanzia in trattative tra l'imprenditore e le parti che hanno interesse al suo risanamento, coordinate da un esperto terzo ed indipendente che opera in un orizzonte temporale definito. L'impresa che rilevi elementi che la inducano a ritenere di essere in crisi o prossima ad essa può richiedere, attraverso una Piattaforma telematica, la nomina di un esperto indipendente, che verrà scelto da una apposita commissione tra soggetti formati *ad hoc* ed iscritti in uno specifico elenco. Lo strumento è nato come emergenziale per fronteggiare le conseguenze della pandemia Covid-19. Le modifiche al CCII portate in sede di attuazione della direttiva unionale 2019/1023 (direttiva *Insolvency*) lo introduce a regime tra gli strumenti di composizione della crisi.

Lo strumento, dotato di una apposita 'cassetta degli attrezzi', più ampia rispetto a quella disponibile negli altri strumenti offerti dal CCII, poggia sul ruolo dell'esperto; si tratta di un ruolo che non ha precedenti nel nostro Paese. Non è, infatti, paragonabile a quello del collegio dell'OCRI. Il CCII richiedeva l'indipendenza dei suoi membri nei confronti dell'imprenditore al momento della nomina, ma mancavano indicazioni normative che consentissero all'indipendenza richiesta di costituire un effettivo valore. L'esperto della composizione negoziata non deve essere solo indipendente, anche intellettualmente, ma è chiamato ad operare con imparzialità e terzietà. Muovendo dal dettato della norma il protocollo definito nella sezione III del decreto dirigenziale del 28 settembre 2022 delinea al punto 8.2 il significato dell'operare con imparzialità: *l'esperto è terzo a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare accordi.*

Coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna. Estremamente chiare sono anche le parole della Relazione ministeriale del Dl 118/2022: egli *non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con altre parti interessate ma serve a dare e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

creditori e le altre parti interessate[1]. L'equidistanza rispetto alle parti è il presupposto necessario per assicurare *l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti, in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse e alle utilità loro derivanti dalla continuazione aziendale dell'impresa* (punto 9.2 del protocollo)[2].

La presenza di un soggetto terzo che operi effettivamente in modo imparziale, nell'interesse di tutte le parti al tavolo, dovrebbe rimuovere la diffidenza dei creditori rispetto alle richieste del debitore e costituisce un presupposto di credibilità e, di conseguenza, di celerità nell'avanzamento delle trattative che, nella composizione della crisi, è invero il momento di maggiore criticità: lo dimostrano le difficoltà con le quali avanzano le trattative negli altri strumenti di composizione negoziale della crisi. I motivi della loro durata eccessiva (è frequente il caso di una durata superiore ai 18-24 mesi) risiedono a ben vedere nel fatto che si tratta di proposte che pervengono dall'imprenditore, confezionate dai suoi consulenti, e come tali di parte. Ebbene è spesso la durata a pregiudicare il risanamento dell'impresa e non sono pochi i casi in cui il raggiungimento dell'accordo arriva troppo tardi, al punto che poco o nulla è di aiuto la tempestività dell'allerta se poi si perde tempo nelle trattative.

La terzietà nell'operato pone l'esperto nella situazione ideale per svolgere il ruolo di facilitatore delle trattative[3]. Essa deve essere il primo obiettivo di un esperto consapevole del proprio ruolo: occorre infatti poco per generare sospetti di parzialità. Se l'imprenditore richiede ai propri creditori sacrifici più alti del necessario o non rappresenta con oggettività la propria situazione nella speranza di ottenere ulteriore credito, l'esperto, che ha accesso alle informazioni disponibili, dovrebbe intervenire per perseguire l'equilibrio dei sacrifici richiesti alle diverse parti (compreso l'imprenditore) evitando, nei limiti di quanto possibile, che una di queste si avvantaggi ingiustificatamente a scapito delle restanti. Quando dovesse sorgere in una delle parti il mero sospetto che l'esperto sia parziale, il suo ruolo di facilitatore risulterebbe compromesso.

Assume grande rilevanza il fatto che l'esperto disponga di un protocollo per lo svolgimento della propria attività. Il protocollo lo aiuta ad individuare come muoversi e a meglio articolare la propria attività; grazie al protocollo, non dovrà inventarsi un ruolo, né perdere tempo nel domandarsi che cosa fare e come farlo. Il fatto che esso sia consultabile sulla Piattaforma, consente inoltre all'imprenditore, prima di richiederne la nomina, di comprendere come agirà l'esperto, rendendo più prevedibile il suo comportamento e permettendo all'imprenditore una maggiore consapevolezza sullo strumento della composizione negoziata.

Dal protocollo l'esperto è stimolato ad individuare le parti maggiormente interessate al risanamento dell'impresa. Si tratta di un passaggio fondamentale per un loro efficace coinvolgimento nelle trattative e per ottenere una maggior condivisione del percorso di risanamento. Oggi nel nostro paese le trattative per la composizione delle crisi si svolgono preminentemente tra l'imprenditore e le banche, trascurando di valutare se sussistano altre parti egualmente o maggiormente interessate.

---

1 Per ulteriori considerazioni sulla figura dell'esperto v. GUIDOTTI, La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in Ristrutturazioni Aziendali, 8 settembre 2021.

2 La "tutela equilibrata" è efficacemente puntualizzata da FAROLFI, Le novità del Dl 118/2021: considerazioni sparse a "prima lettura", in Diritto della Crisi, settembre 2021.

3 È stato efficacemente osservato che il ruolo dell'esperto è quello di un facilitatore che non si ingerisce nell'esercizio d'impresa, ma lo sorveglia (v. LEUZZI, Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021 in Diritto della crisi, 28 settembre 2021, che individua analogie e differenze con il mandataire ad hoc francese).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sempre il protocollo fornisce indicazioni operative sulla disamina del piano di risanamento, sulla conduzione delle trattative, sulla gestione della crisi in un gruppo di imprese, sulle modalità di valutazione degli atti di gestione dell'impresa, sulle valutazioni sottostanti ai pareri che gli dovessero essere richiesti dal tribunale, sull'individuazione dei possibili esiti delle trattative.

Anche all'imprenditore ed ai creditori è richiesto di comprendere il proprio ruolo; in questo sono agevolati dal decreto dirigenziale, che reca i pilastri, perché ciascuno sappia che cosa deve fare e come farlo, oltre che come comportarsi nelle trattative.

L'imprenditore, in particolare, deve utilizzare la composizione negoziata con trasparenza, buona fede e autoconsapevolezza. Sono questi presupposti indispensabili; l'autoconsapevolezza è agevolata dal test per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, che egli trova nella piattaforma telematica, nonché dalla *check-list* con il relativo allegato recante gli esempi di proposte che possono essere formulate alle diverse categorie di *stakeholder*.

La finalità del test è quella di dare evidenza della relazione causa-effetto tra i singoli elementi che vi concorrono e le iniziative che possono essere intraprese dall'imprenditore per intervenire su quelli più determinanti. Se l'imprenditore comprende il nesso logico tra i flussi al servizio del debito ed il debito che deve essere servito, gli appaiono evidenti gli obiettivi di dettaglio da perseguire e diventa chiaro quali siano le linee di intervento necessarie e la difficoltà di percorso per pervenire al risanamento.

L'imprenditore deve avere chiara la direzione in cui andare. È ben vero che tra gli allegati della domanda vi è solo un progetto di piano di risanamento; tra di essi però compare il piano di tesoreria e una relazione recante l'individuazione delle iniziative che egli intende intraprendere. Da qui ad arrivare ad un piano finito il passo è molto breve; al punto che è estremamente opportuno che il piano egli lo abbia già redatto, quanto meno in bozza (in tal senso, v. il primo capoverso della sezione II del decreto dirigenziale) prima di accedere alla composizione negoziata e che nel redigerlo abbia seguito la *check- list*; essa fa del confezionamento del piano un processo, consentendo di pervenire agli elementi qualitativi e a quelli quantitativi ad esito del percorso che muove dalla situazione in atto e giunge sino alla formazione proposte agli *stakeholder*.

L'imprenditore deve anche sapere, e va sottolineato con grande forza, che eventuali abusi dello strumento avrebbero le gambe estremamente corte, perché si scontrerebbe subito con la realtà di fatto; quando egli ricorra alla composizione negoziata solo per differire l'accesso ad una procedura concorsuale, non potrebbe non richiedere anche la protezione generalizzata nei confronti dei creditori (lo strumento consente anche di richiedere una protezione selettiva). In quel caso però trasmetterebbe ai creditori la piena consapevolezza del rischio di credito sulle nuove forniture (diverse da quelle derivanti da contratti pendenti dai quali la controparte non potrebbe liberarsi) che non fruiscono del regime automatico della prededuzione; ne deriverebbe la subordinazione dei nuovi approvvigionamenti al pagamento anticipato o al rilascio di congrue garanzie. Ebbene, i pagamenti anticipati all'ordine e la prestazione delle garanzie sono indicati nel protocollo dell'esperto (Punto 7.3 del protocollo) tra atti di straordinaria amministrazione, in relazione ai quali l'esperto esprime il proprio dissenso se di pregiudizio dei creditori o dell'esito della composizione; a tale proposito nel protocollo viene suggerito all'esperto un *iter* logico. Con una conseguenza: a seguito degli atti comunque posti in essere, se l'esperto dovesse iscrivere presso il registro delle imprese il proprio dissenso, l'iscrizione renderebbe gli atti in questione suscettibili di assoggettamento alle azioni revocatorie di cui agli artt. 165 e 166 del CCII. Il che indurrà il fornitore, nel momento stesso in cui viene data pubblicità della protezione, a chiedere la prova del mancato dissenso dell'esperto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Inoltre, quando ne ricorda l'esigenza, lo stesso esperto, che trova nel protocollo indicazioni per poter svolgere valutazioni sul pregiudizio cagionato ai creditori dalla prosecuzione di un'attività in assenza di concrete prospettive di risanamento, o i creditori potrebbero chiedere al tribunale di abbreviare i termini della protezione o addirittura di disattivarla.

In caso di espressione del dissenso la conseguente difficoltà negli approvvigionamenti sarebbe molto probabilmente intercettata dall'esperto e segnalata al tribunale per la revoca delle misure protettive, sempre che non lo abbiano già fatto i creditori. Si può dunque dire che la richiesta di misure protettive, se non giustificata e sostenibile nei rapporti con i creditori, sarebbe sufficiente a far crollare l'intero castello, al punto che l'abuso dello strumento, pur astrattamente possibile, avrebbe probabilmente breve durata anche nel caso in cui l'esperto non fosse particolarmente tempestivo nell'interrompere la composizione.

Nella composizione negoziata, il ruolo del tribunale non viene affatto meno, ma è solo eventuale e cambia significativamente rispetto agli altri strumenti esistenti. I giudizi autorizzativi e di conferma delle misure protettive e cautelari verranno svolti nel contraddittorio con l'imprenditore e i creditori, chiamando l'esperto ad esprimere il proprio parere (parere espressamente previsto per la conferma delle misure protettive e cautelari, ma implicito nel momento in cui per le autorizzazioni si prevede che il tribunale assuma le informazioni necessarie). Proprio la conduzione di trattative in un ambiente di informativa trasparente, assicurato dalla presenza di un terzo imparziale ed indipendente, consente di collocare l'intervento giudiziario nell'ambito del contraddittorio, nella consapevolezza che il risanamento di una impresa non è mai un atto del solo imprenditore ma necessita del consapevole coinvolgimento dei suoi *stakeholder*.

La caratteristica forse più efficace della composizione negoziata risiede nella sua flessibilità di impiego, tanto marcata da consentire, strada facendo, cambi di direzione ed anche il raggiungimento di composizioni dopo la relazione finale dell'esperto. Essa consente una pluralità di sbocchi (meri contratti con singole parti, convenzioni di moratoria, piani attestati, accordi di ristrutturazione anche ad efficacia estesa); ulteriore elemento di flessibilità è la possibilità di perseguire accanto alla continuità in forma diretta anche quella indiretta, invece preclusa dall'assenza di una deroga alla solidarietà passiva di cui al co. 2 dell'art. 2560 Cc agli accordi di ristrutturazione, ai piani di risanamento e alla composizione assistita; rientra nella flessibilità di impiego anche la ricerca di una composizione di gruppo, consentita dalle specifiche disposizioni di cui all'art. 13 che corrisponde all'art. 25 del CCII riformato.

Uno sbocco elettivo della composizione negoziata è il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione di cui all'art. 64 *bis* del CCII. Tale strumento, che consente di superare le regole della distribuzione del valore, necessita, infatti, di una interlocuzione con i creditori posto che per la sua proposizione si rende necessaria la confidenza nell'approvazione (con le nuove regole) da parte di tutte le classi.

Solo attraverso l'interlocuzione con i creditori è, infatti, possibile comprendere quali siano le attese degli stessi e non è detto che il tasso di *recovery* sia l'elemento maggiormente determinante.

Inoltre, la stima della liquidazione dell'intero patrimonio dell'imprenditore, prevista al par. 13 del protocollo costituisce una fonte informativa importante per evitare eccezioni dei creditori in ordine al difetto di convenienza.

Qualora l'esito delle trattative fosse negativo, le attività svolte potranno comunque essere utilmente impiegate nella successiva proposizione di un concordato preventivo in continuità, resa più celere e solida grazie alla documentazione (in primo luogo, un piano redatto nel rispetto della lista di controllo del decreto dirigenziale) predisposta per la composizione negoziata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Tra gli esiti della composizione negoziata, solo quando le trattative siano state avviate e condotte in buona fede e non abbiano avuto esito favorevole, vi è anche il concordato semplificato. È questa una procedura liquidatoria accelerata, volta a rimettere in circolo le risorse prima possibile, in quanto non ha una fase di ammissione né una di votazione. È però una procedura alla quale si può accedere solo se le trattative si siano svolte (in particolare da parte dell'imprenditore) secondo correttezza e buona fede e sia possibile assicurare utilità a tutti i creditori nel rispetto della regola della priorità. Essa si gioverebbe anche dell'attività svolta dall'esperto e dall'eventuale ricerca di potenziali acquirenti dell'azienda dallo stesso condotta, per la quale il protocollo individua puntuali *best practices* che potrebbero essere sollecitate dagli stessi creditori e che condurrebbero a massimizzare i valori di realizzo.

La flessibilità di impiego deve però essere correttamente compresa. Provo a spiegarmi con due esempi che si pongono ai due estremi opposti della scala delle difficoltà di percorso.

Il primo esempio, e mi auspico che sia un caso ricorrente, è quello di una società che abbia violato i limiti del minimo del capitale sociale e versi, pur in assenza di ritardi di pagamento reiterati e significativi, in situazione di cui all'art. 2447 Cc; essa ha principalmente la necessità di ricostituire la propria adeguatezza patrimoniale pur non avendo il socio di riferimento la disponibilità delle risorse occorrenti. In una situazione del genere, l'intervento dell'esperto può essere estremamente efficace; la sua presenza e la trasparenza informativa che ne deriva consente alle parti interessate alla continuità aziendale di comprendere il grado di credibilità del piano d'impresa, nonché la concretezza delle prospettive di risanamento anche attraverso l'apertura del capitale sociale. Le parti che potrebbero essere coinvolte nel capitale sociale possono essere i fornitori strategici, che trovano nell'impresa uno sbocco alla propria produzione, il cliente di filiera, che necessita delle forniture dell'impresa, i soci di minoranza, ma anche eventuali terzi interessati. La pubblicazione presso il registro delle imprese della sospensione delle disposizioni dell'art. 2447 Cc comporta peraltro la diffusione di una notizia che mette in allerta i creditori, ed in particolare i fornitori; la presenza di un piano correttamente redatto che convinca esperto e controparti sulla percorribilità del risanamento attraverso un mero aumento del capitale sociale sarà però sufficiente a mitigare l'impatto reputazionale. In questi casi, l'esito della composizione negoziata, che verrebbe raggiunto rapidamente dopo le necessarie *due diligence* dei potenziali investitori, sarebbe quello più semplice tra quelli possibili e precisamente quello previsto dalla lett. a) del co. 1 dell'art. 23 del CCII riformato (contratto, in questo caso di investimento, concluso con uno o più creditori, idoneo ad assicurare la continuità aziendale per almeno due anni). L'impiego dello strumento in tali frangenti sarebbe comunque legittimato anche in assenza di uno squilibrio economico-finanziario, dalla mera presenza di uno squilibrio patrimoniale, e ciò in forza della congiunzione disgiuntiva "o" usata al comma 1 dell'art. 12 del CCII riformato.

All'estremo opposto abbiamo la situazione di un imprenditore che versa in stato di insolvenza, per il quale si prospetta come unica alternativa la cessione dell'azienda. Perché lo strumento possa essere impiegato in questo caso occorre che l'insolvenza sia reversibile ed in particolare che una parte dei creditori sia disponibile ad accontentarsi delle risorse, tante o poche che siano, che derivano dalla cessione dell'azienda, una volta soddisfatti integralmente tutti i restanti creditori. Perché l'esperto si possa rendere conto se la strada sia o meno percorribile è necessario aprire il tavolo delle trattative con i principali creditori, rappresentando loro le grandezze quantitative di riferimento (debito complessivo, marginalità che l'impresa è in grado di esprimere).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il decreto dirigenziale fa peraltro presente che le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote se l'impresa distrugge risorse, l'imprenditore non è disponibile ad immettere nuove risorse e il compendio aziendale non presenta alcun valore apprezzabile.

Già dalla prima riunione l'esperto si potrà rendere conto della perseguibilità della composizione negoziata e nel momento in cui questa non vi fosse egli non potrà che chiedere l'archiviazione della domanda. Il che è sufficiente a precludere in via di fatto la possibilità di impiego dello strumento in via strumentale solo per pervenire ad un concordato semplificato, magari volto a cedere l'azienda a una parte correlata dello stesso imprenditore, perché mancherebbe il presupposto per poter accedere a tale forma di concordato che è costituito dalla buona fede e dalla correttezza nello svolgimento delle trattative. Queste ultime, affinché possano essere considerate tali, occorre che siano state effettivamente avviate e abbiano avuto una prosecuzione dopo la riunione iniziale di rappresentazione dei dati e delle informazioni.

Lo strumento nel suo complesso, composizione negoziata e concordato semplificato, si presenta, sotto molteplici aspetti, tanto innovativo quanto sfidante. È una sfida innanzitutto culturale, sul piano delle competenze e della diffusione della cultura della gestione della crisi d'impresa.

2.1 La "cassetta degli attrezzi" per la gestione della crisi

La composizione assistita della vecchia versione del CCII presentava carenze sotto il profilo dei rimedi attivabili dall'imprenditore e dal collegio degli esperti per affrontare le esigenze delle imprese in crisi, anche in relazione alle conseguenze che sarebbero derivate dalla pandemia in atto. La composizione negoziata, sotto questo profilo, appare invece dotata di una 'cassetta degli attrezzi' variegata.

Che cosa troviamo al suo interno? Innanzitutto la possibilità per l'impresa che ricorra al nuovo strumento di avvalersi della nuova finanza, sia esterna che infragruppo, in quanto ad essa può essere riconosciuta la prededuzione, presupposto necessario per la sua concessione non presente né nei diversi piani attestati né nelle composizioni assistite avanti all'OCRI. Troviamo anche la possibilità per l'impresa in crisi di ricorrere a finanziamenti concessi da altre società del gruppo ottenendo, al verificarsi di specifiche condizioni, l'esclusione della loro postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* Cc (art. 25 del CCII riformato); è questa una previsione determinante per la gestione del fabbisogno finanziario di un'impresa appartenente ad un gruppo che approcci lo strumento della composizione della crisi. Vi è inoltre la possibilità di cedere rami d'azienda o addirittura l'intera azienda, grazie alla deroga, in seguito ad autorizzazione del tribunale (art. 22, co. 1, lett. d), della responsabilità solidale prevista dal secondo comma 2560 Cc che impedisce di fatto la cessione anche di un solo ramo di azienda da parte di una impresa in crisi; la portata di tale norma è assai rilevante tenuto conto che la deroga è preclusa negli altri strumenti di composizione diversi dal concordato preventivo.

È inoltre possibile con la composizione negoziata anche la rateazione del debito fiscale, a prescindere dalla presenza o meno di un avviso bonario o di una iscrizione a ruolo; è questa una possibilità che si affianca a quella del ricorso alla transazione su crediti tributari e contributivi di cui all'art. 63 CCII, comunque percorribile a valle della composizione negoziata quando l'esito della stessa sia un accordo di ristrutturazione. Abbiamo nondimeno la possibilità di ricorrere

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

all'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa con il quorum ridotto del 60% rispetto all'ordinario 75%. Anche la sospensione della regola "ricapitalizza o liquida" di cui all'art. 2447 Cc si avvantaggia, nella composizione negoziata, di un percorso snello ed agevole. È inoltre possibile rivolgere le misure protettive in via selettiva solo a taluni creditori; la protezione potrebbe ad esempio essere utilmente invocata solo nei confronti di quei creditori che avrebbero interesse a pregiudicare il successo dell'operazione, avendo finalità confliggenti con quelli del risanamento dell'impresa.

2.2 Le finalità del test pratico e la logica sottostante allo stesso

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento è volto a permettere all'imprenditore interessato di valutare se "risulta ragionevole il risanamento dell'impresa" (art. 12 del CCII).

Esso aiuta anche l'esperto a comprendere se sussistano o meno una "concreta prospettiva di risanamento" (art. 17 del CCII).

Ciò premesso, prima di affrontare la logica del test pratico e le sue finalità operative pare opportuno delineare il test in via di esclusione. Il test non è un indice o un indicatore di crisi dell'impresa, ciò in quanto la stessa espressione quantitativa che ne deriva può per un'impresa essere sostenibile e per un'altra impresa non esserlo, in dipendenza del rischio e della volatilità dell'andamento gestionale ai quali l'impresa è esposta, del suo tasso di crescita, del posizionamento del prodotto all'interno del ciclo di vita[4], nonché del merito di credito dell'imprenditore. Il test non deve infatti essere considerato alla stregua degli indici della crisi dell'art. 13 del CCII soppresso, la cui portata è stata spesso fraintesa nell'equivoco che essi avessero, al contempo, capacità predittiva e precisione diagnostica (e che invece non avrebbero mai potuto avere contemporaneamente). Esso è invece volto a rendere evidente all'imprenditore, attraverso una valutazione preliminare della complessità del risanamento, il grado di difficoltà del percorso che dovrà affrontare e quanto il suo successo dipenda dall'adozione di iniziative in discontinuità rispetto al passato e dall'intensità degli effetti delle stesse.

La crisi o anche solo lo stato di difficoltà è intercettato attraverso altri percorsi. Vero è che l'imprenditore è sempre il primo a percepire il proprio stato di difficoltà e lo fa sulla base di elementi oggettivi, tanto elementari quanto efficaci: il calo dei volumi dei ricavi, se esso assume carattere di criticità, o il momento in cui la flessione delle risorse finanziarie diventa critica. Se ciò nonostante egli rimane inerte, il motivo è da ricercarsi altrove: il timore dell'imprenditore ad intraprendere un percorso, quello del risanamento, perché ne teme, quanto meno per sentito dire, i costi rilevantissimi, i possibili incidenti e l'esito infausto (perdita dell'azienda o addirittura fallimento). Se ciò è vero, egli non necessita di un algoritmo che dia indicazioni della presenza di difficoltà o di una crisi, ma di un percorso logico indotto da uno strumento che gli trasmetta la consapevolezza della natura delle difficoltà del percorso di superamento degli squilibri economico-finanziari e patrimoniali.

Il test appare efficace nel condurre l'imprenditore a misurare i flussi al servizio del debito e il debito che deve essere servito dagli stessi attraverso la disamina delle grandezze dalle quali

4 Il ciclo di vita di un prodotto si distingue in cinque fasi successive: introduzione, sviluppo, maturità, saturazione e declino. Ciascuna di esse è caratterizzata da una diversa intensità di domanda, investimenti e marginalità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

essi dipendono. Il risanamento di un'impresa in crisi d'altronde necessita della crescita dei flussi liberi al servizio del debito (e conseguentemente anche della redditività dell'impresa) e della riduzione o del riscadenziamento dell'esposizione debitoria. In talune situazioni è sufficiente agire su una sola delle due leve (flussi e debito); in altre occorre agire su entrambe.

Fondamentale è comprendere da che cosa dipendano i flussi ed il debito in questione. I fattori sono molteplici: la marginalità lorda dell'impresa, cioè la capacità dell'impresa di creare ricchezza e risorse finanziarie; gli investimenti occorrenti, sia di mantenimento che quelli necessari per porre in essere le azioni in discontinuità volte ad accrescere i flussi reddituali; il realizzo di risorse ottenute dalla dismissione di beni; la contribuzione in capitale da chiunque effettuata.

Il margine operativo lordo, al netto degli investimenti annui di mantenimento e del pagamento delle imposte sul reddito, deve tendere ad un saldo positivo, in difetto del quale mancherebbe l'equilibrio economico; situazione nella quale il test porta il lettore a condurre riflessioni in ordine all'esperibilità della cessione dell'azienda ovvero alla praticabilità del risanamento.

Quando l'equilibrio economico non sia attuale ma se ne preveda il raggiungimento in futuro, sempre che si tratti di un futuro prossimo (non superiore a 12 mesi, in linea con quanto previsto dalla lett. a) dell'art. 2 CCII riformato), il test consente di utilizzare i flussi prospettici positivi, ma a condizione che il debito da servire venga incrementato del saldo del disequilibrio economico corrente, che è quello dell'esercizio in corso ma che ragionevolmente va esteso sino a quando non venga raggiunto un equilibrio economico, sempre che ciò avvenga in tempi contenuti.

L'*iter* logico sottostante al test è di fatto costituito dal tempo astrattamente occorrente per il rimborso del debito con i flussi che possono essere posti al servizio dello stesso; esso obbliga l'imprenditore ad approfondire il fondamentale tema della sostenibilità del debito attraverso una consapevole autovalutazione.

È bene fare una precisazione: per alimentare il test non si tratta semplicemente di rilevare i dati storici dal sistema contabile per immetterli in un prospetto di calcolo, ma di stimare, ancorché in modo sommario, i dati prognostici di flusso che, secondo il realistico apprezzamento dell'imprenditore, l'impresa è in grado di generare. A fronte di essi vi è lo *stock* del debito che deve con essi essere servito, opportunamente adeguato per tenere conto dell'eventuale distruzione di risorse in funzione del raggiungimento dell'equilibrio economico.

Il test, per la sua struttura e per le caratteristiche dei dati occorrenti, impone all'imprenditore un vaglio critico della propria situazione attraverso un percorso ordinato e gli restituirà un'informazione in termini: i) di numero di anni occorrenti per estinguere la sua esposizione debitoria, ii) del volume del debito che necessita di ristrutturazione, iii) dell'entità in misura assoluta di eventuali stralci o conversione in *equity*.

Il test è un test pratico e cioè agevolmente adottabile ed intuitivo, sorretto da un chiaro e controllabile *iter* logico. La caratteristica della praticità comporta una certa semplificazione cui corrispondono misurazioni necessariamente grossolane e approssimative. Per questo motivo, il test non porta volutamente in conto il fabbisogno di capitale circolante netto: è ben vero che ad ogni variazione di volumi di vendita deriva un impatto in termini di assorbimento (o, a seconda dei casi, di liberazione) di risorse per effetto dell'investimento/disinvestimento in capitale circolante netto. Si tratta però di un impatto di secondo livello, rispetto a quello – di primo livello – costituito dal margine operativo lordo. La conversione in cassa dipende dal ciclo di conversione in cassa degli elementi di ricavo e di costo che è una variabile di non

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

agevole misurazione in corso d'esercizio che presuppone assunzioni (tempi di incasso e di pagamento, nonché di rigiro del magazzino) causa di possibili errori. L'esigenza pratica di agevole fruibilità e il rafforzamento del cennato rapporto diretto causa-effetto tra le diverse grandezze ha suggerito un approccio più semplice (come meglio precisato nella nota 2 della sezione I del decreto dirigenziale) del c.d. *Free Cash Flow from Operation* costruito ricorrendo alle sole grandezze economiche[5].

D'altronde i flussi finanziari non sono soltanto più difficili da determinare, ma, quando limitati ad un orizzonte temporale contenuto quale è quello del test, possono anche condurre a conclusioni non corrette. Si prenda il caso di una realtà il cui ciclo di cassa sia invertito, cioè caratterizzata da situazioni di incasso dei ricavi prima del sostenimento dei relativi costi (proprie di taluni *business*, quali le compagnie aeree e il trasporto passeggeri via nave, in particolare se caratterizzati da stagionalità).

Tale realtà al termine del periodo antecedente alla stagione estiva si ritroverà comunque flussi di cassa positivi in quanto i costi relativi agli incassi effettuati non sono ancora stati sostenuti. Il che vale anche per gli appaltatori, per effetto delle anticipazioni ricevute sul contratto.

Il flusso economico, invece, oltre ad essere più facile da determinare, ha la peculiarità di essere destinato a tradursi in futuri flussi finanziari e meglio consente la misurazione della creazione del valore. È ben vero che un'impresa in forte crescita, con ciclo di cassa diretto, presenta un fabbisogno finanziario in termini di capitale circolante costituito dalle dilazioni concesse ai clienti (per l'eccedenza rispetto a quelle ottenute dai fornitori) e dall'incremento delle scorte di magazzino. Però è altrettanto vero che la crescita costituisce un elemento di astratta positività per l'andamento aziendale e pertanto la sottovalutazione che ne deriva non è particolarmente drammatica in sede di valutazioni sommarie.

L'esito del test conduce a tre livelli di complessità del risanamento. Il primo di questi, che potremmo chiamare *comfort zone*, corrisponde a situazioni agevoli, risolvibili senza necessità di interventi pervasivi, semplicemente con convenzioni di moratoria o accordi di riscadenziamento. Esso si colloca in rapporti tra debito e flussi a servizio dello stesso inferiori a 2. Al di sopra di questa vi è una fascia che arriva sino a rapporti di 5-6, nella quale la difficoltà di risanamento cresce e dipende dalla credibilità dei momenti di discontinuità che si intendono attuare. Oltre tale livello vi è una zona di pericolo nella quale, salvo in caso di radicale e credibile cambiamento dell'andamento aziendale, si tratta di comprendere se sia percorribile la continuità indiretta perché in caso contrario il risanamento apparirebbe difficilmente perseguibile.

La particolarità forse più rilevante del test è la sua articolazione attraverso la quale l'imprenditore assume la necessaria consapevolezza[6] . Lo stesso DSCR, il *debt service coverage ratio*[7], pur importantissimo indice che raffronta i flussi al servizio del debito con il debito che deve essere servito, non permette una valutazione altrettanto efficace; in primo luogo perché circoscritto ad un orizzonte temporale definito, mentre il test consente all'imprenditore di estendere, ove occor-

5 Ciò a differenza della check-list per la redazione del piano nella quale viene posta in evidenza, al punto 4.11.1, l'esigenza della determinazione del ciclo di conversione in cassa.

6 A ben vedere, il test, nel momento in cui concorre all'autoconsapevolezza dell'imprenditore sul proprio stato e sugli effetti che le iniziative da adottare debbono avere, costituiscono strumenti di segnalazione della necessità di agire senza indugio di cui al par. 1 dell'art. 3 della Direttiva.

7 Il DSCR era l'indice fondamentale individuato, in relazione a quanto previsto dall'art. 13 CCII, dal CNDCEC per l'individuazione della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ra, l'osservazione ad un orizzonte temporale più ampio, in secondo luogo perché il DSCR fa leva sul solo dato di sintesi, mentre nel test rileva la composizione ed il peso dei singoli addendi che concorrono a comporre il nominatore e il denominatore.

Dal test emerge inoltre quando il risanamento dipenda dalla mera ristrutturazione del debito e quando invece dipenda dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali in discontinuità rispetto al passato tali da incidere sull'economicità della gestione; sicché, in questo secondo caso, assume precipua rilevanza la presenza di un piano d'impresa affidabile e correttamente redatto. Tant'è che in tutti i casi, anche nell'area della *comfort zone*, in cui i flussi economici portati in conto dipendano da significative discontinuità rispetto al passato o alla situazione corrente, la credibilità dell'effetto delle iniziative previste deve sussistere; il che richiede l'esecuzione degli approfondimenti prevista dalla *check-list*. In particolare, quando l'imprenditore non abbia ancora redatto il piano egli deve comunque stimare le grandezze prospettiche tenendo conto di quanto emerge dalla *check.list*.

2.3 La lista di controllo (check-list)

L'*incipit* della sezione II del decreto dirigenziale che reca la lista di controllo (o *check-list*) sottolinea che *è utile, anche se non imprescindibile, che l'imprenditore, nel momento in cui decida di intraprendere il percorso di risanamento, abbia già redatto il piano d'impresa*. Invero, come già detto, tra gli allegati della domanda vi sono il progetto del piano d'impresa, il piano finanziario per i successivi sei mesi e la descrizione delle iniziative che l'imprenditore intende adottare. In buona sostanza, anche quando non vi sia ancora un piano completo, occorrono le linee guida dello stesso e la rappresentazione economico-finanziaria dell'andamento della gestione per tutto il periodo della composizione negoziata. Il piano d'impresa è, infatti, l'elemento che consente di formulare la strategia di risanamento e di misurarne in via prognostica gli effetti. È solo attraverso tale esercizio che potranno essere formulate alle parti interessate proposte adeguate per il risanamento dell'impresa e la sostenibilità del debito.

La complessità della redazione di un piano di risanamento aumenta con il crescere dei momenti di discontinuità rispetto al passato. Quando un'impresa genera risultati operativi negativi distrugge valore e per ottenerne il risanamento, in linea di massima salvo rare e giustificate eccezioni, occorre che venga recuperata la redditività. L'obiettivo del risanamento è in primo luogo quello di rendere sostenibile il debito e per farlo l'impresa deve poter essere ragionevolmente in grado di produrre, in misura adeguata, flussi positivi al servizio dello stesso. L'*iter* logico è comune a quello che sorregge il test di praticabilità del risanamento cui si è già fatto cenno, con la differenza che mentre quest'ultimo reca stime oggetto di una valutazione complessiva essendo solo volte a comprendere la tipologia e la complessità del processo di risanamento che l'imprenditore si accinge ad intraprendere, il piano è la bussola che deve orientare passo passo l'imprenditore per il raggiungimento della meta.

Ai fini della redazione del piano, la lista di controllo reca indicazioni particolareggiate, utili a tutte le imprese ma rivolte in special modo alle PMI che sono meno use alla redazione dei piani d'impresa. In quanto presente *online* nella parte della piattaforma accessibile al pubblico, essa realizza il presidio richiesto dalla Direttiva *Insolvency* (1023/2019) al par. 2 dell'art. 8.

Invero, la sua impiegabilità anche al di fuori del contesto della composizione negoziata permette, unitamente al test, l'adozione degli adeguati assetti di cui al co. 2 dell'art. 2086 Cc Attra-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

verso di essi il dato normativo degli adeguati assetti, che rischierebbe di essere muto[8], si traduce in procedure e prassi operative che consentono di "*comprendere la prevedibile evoluzione della situazione aziendale, le variabili rilevanti e le leve di disposizione del management*". A tal riguardo, sono esplicativi delle necessità organizzative i requisiti contenuti al paragrafo 1 della sezione II: si tratta della disponibilità delle risorse umane e tecniche chiave per la conduzione dell'attività e delle competenze tecniche per le iniziative industriali che si intendono adottare, della presenza di un sistema di monitoraggio in continuo dell'andamento aziendale e dell'impiego di indicatori chiave gestionali specifici (KPI), nonché della disponibilità in continuo di un piano di tesoreria a 6 mesi o, almeno, a 13 settimane.

La predisposizione di flussi informativi che consentano di alimentare il test in coerenza con la lista di controllo costituisce, a ben vedere, il presupposto per l'adozione dell'assetto organizzativo adeguato richiesto dalla disposizione citata, *anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa*, nonché il presupposto *per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale*.

La redazione di un piano d'impresa, al pari di quella di un piano di risanamento, è sempre un 'processo', come opportunamente sottolinea il preambolo della sezione II. Il piano non è tanto un insieme di tabelle e numeri, ma è innanzitutto un *iter* logico che, partendo dallo stato dell'impresa e, in caso di piani di risanamento, dalla manifestazione delle difficoltà percepite dall'imprenditore conduce ad individuarne, in primo luogo le cause, e, in di conseguenze, le iniziative necessarie per rimuoverle. La vera essenza del piano è l'indicazione di che cosa si intende fare nella conduzione dell'impresa e la descrizione di come si intende farlo. La conversione di tali indirizzi in stime quantitative viene solo dopo alla definizione della fondamentale parte programmatico-qualitativa del piano.

Diversamente rispetto ai dati consuntivi, per i dati previsionali non esiste però alcun *set* preconfezionato di regole valide per ogni uso e non esiste per un banale motivo: le regole di dettaglio dipendono da come è conformato il modello di *business*, da come è in concreto strutturata l'organizzazione dell'impresa, da quali sono le linee di responsabilità e quelle di riporto, dalla mappatura delle informazioni disponibili, dalla loro fruibilità, dal vaglio dell'adeguatezza del processo di rilevazione e di condivisione, dalle modalità di impiego e di confronto e condivisione tra le funzioni delle valutazioni condotte. In pratica, ogni impresa costituisce un *habitat* originale difficilmente replicabile in vitro. Per tale motivo, non esiste uno schema di piano d'impresa pronto all'uso, semplicemente da compilare, ma le regole di confezionamento del piano e la sua struttura devono essere scritte dalla singola impresa. Ciò non toglie che, per quanto alla sua scrittura vi si giunga solo gradualmente, attraverso affinamenti successivi, l'esercizio della redazione del piano possa essere avviato in qualunque momento, senza attendere la definizione delle regole interne. Sarà anzi l'esercizio stesso a portare l'impresa a definire le regole. Di fatto, per quanto lo strumento della pianificazione sia il cardine della gestione consapevole dell'impresa, sono molte le imprese, in particolare le PMI, che non hanno maturato internamente le necessarie competenze. Alla PMI che si accinge per la prima volta alla redazione del piano d'impresa, come all'impresa di dimensioni superiori che ha constatato la presenza di scostamenti

8 IRRERA, RIVA, La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e del D.L. 118/2021: is cash still king? DSCR e TdR a confronto in Ristrutturazioni aziendali, 20 ottobre 2021, che ravvisano nel Test e nella lista di controllo la declinazione degli assetti organizzativi adeguati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

significativi tra i dati previsionali e quelli consuntivi, più che un manuale preconfezionato di redazione del piano di difficile impiego concreto, occorre una *check-list* che, per l'impresa che intenda comporre la crisi, il decreto dirigenziale ha previsto nella forma di un insieme articolato di domande dirette all'imprenditore le cui risposte sono di stimolo al rafforzamento dell'*iter* adottato per pervenire al dato prognostico. Non si tratta, e lo precisa con chiarezza la premessa della Sezione II, di precetti assoluti, ma unicamente del recepimento delle migliori pratiche di redazione dei piani; l'imprenditore, cogliendo stimolo da esse, sarà in grado di pervenire alla ragionata definizione delle regole di dettaglio, che tengano conto dell'attività svolta, della tipologia, della dimensione, dell'organizzazione e della complessità dell'impresa, oltre che delle informazioni disponibili.

In sintesi, il processo si snoda in cinque fasi. In primo luogo l'autovalutazione della sussistenza dei necessari requisiti di organizzazione interna. Quindi la rilevazione della situazione in essere, alla quale fa seguito l'individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi. Solo a questo punto può essere svolto l'esercizio della proiezione dei dati finanziari e la misurazione dei flussi che possono essere destinati al servizio del debito, attraverso un percorso che si dipana in sottofasi successive. Completa il processo il risanamento dell'esposizione debitoria. Le cinque fasi costituiscono il contenuto di altrettanti corrispondenti paragrafi della lista di controllo, ai quali fa seguito un sesto paragrafo recante le specificità in caso di un gruppo di imprese.

Elemento imprescindibile è costituito dal fatto che il piano di risanamento deve essere *fondato su intenzioni strategiche* [c.d. linee guida] *chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera.* Nel piano il lettore (in primo luogo l'esperto) deve poter trovare la risposta ad una semplice ed emblematica domanda: *le strategie di intervento e le iniziative industriali individuate dall'imprenditore appaiono appropriate per il superamento delle cause della crisi?* (punto 3.9 della lista di controllo). Affinché la risposta sia convincente occorre che essa presenti forti collegamenti con le specificità dell'impresa (modalità di conduzione del *business*, elementi che consentono visibilmente la creazione del valore) e, al contempo, con le cause della crisi, nel senso che essa appaia visibilmente atta, quanto meno in astratto, a rimuoverle (si tratta dei temi affrontati con le domande del paragrafo 3 della sezione II). Non sono adeguati a rendere una risposta convincente piani decontestualizzati, che si riferiscono ad intenzioni strategiche *standard*, prive di aderenza alla realtà. Il piano deve essere sistematico nel senso che deve descrivere la situazione attuale e quella obiettivo e nel farlo deve riferirsi alle principali aree di attività dell'azienda, ai processi operativi più significativi, alla struttura organizzativa e manageriale, alle risorse disponibili e alle obbligazioni dell'azienda (si tratta delle questioni affrontate con le domande di cui paragrafo 1 della sezione II).

Il primo requisito del piano di risanamento è dunque la sua astratta attitudine al superamento dello stato di crisi che deve essere innanzitutto qualitativa, prima ancora che quantitativa[9].

9 L'intera check-list poggia sui profili qualitativi del piano e ne affronta le principali peculiarità, contrariamente a quanto a quanto osservato da un autore (BASTIA, Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata, in Ristrutturazioni aziendali, 4 novembre 2021, 5). Sono, infatti, previste: le strategie di intervento al par. 3; l'analisi sistematica delle risorse aziendali ai punti 1.1., 1.2 e 3.5; l'architettura organizzativa del "chi fa cosa", unitamente ai relativi cronoprogrammi, al punto 3.6; il controllo sull'avanzamento del piano e la reportistica ad hoc dettagliati ai punti 1.3, 1.4 e 1.5.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'elemento qualitativo non ammette, infatti, errori: la scelta della strategia deve essere sorretta da razionalità. Nel momento in cui la razionalità viene meno, occorre cambiare strategia e adottare un piano diverso.

Il processo del piano non si esaurisce con la sua redazione. Occorrerà, infatti, condurre il monitoraggio della sua implementazione e la valutazione degli scostamenti (punto 1.3 della lista di controllo); si tratta di un presupposto fondamentale per il risanamento che incidentalmente diventa uno strumento per la *governance* dell'impresa, contribuendo alla creazione del valore ed alla mitigazione del rischio.

Attraverso le indicazioni contenute nella lista di controllo l'imprenditore che intende accedere allo strumento, prima ancora di richiedere la nomina dell'esperto, può, anzi dovrebbe, cimentarsi nella redazione di un piano del quale può verificare da solo l'affidabilità, semplicemente rispondendo alle domande contenute nella lista di controllo. L'esperto interverrebbe in pratica solo in un momento successivo quando esamina il piano con l'imprenditore, soffermandosi sulle risposte date da quest'ultimo alla lista di controllo. Qualora da esse emergano incoerenze o contraddittorietà, lo rappresenterà all'imprenditore ed ai suoi professionisti chiedendo di rimuoverle attraverso i necessari approfondimenti.

2.4 La concreta praticabilità del risanamento, con particolare riguardo alla situazione d'insolvenza

La prima domanda alla quale deve rispondere l'esperto in seguito all'accettazione dell'incarico, che costituirà un *leit motiv* di tutto il suo intervento, è quella sulla sussistenza delle concrete prospettive di risanamento.

L'esperto le può cogliere dal test ma, salvo in situazioni particolarmente gravi (meglio rappresentate in appresso), raramente il test da solo è sufficiente ad escluderne la presenza.

L'esperto necessiterà dell'esame del piano, della sua discussione con le figure chiave dell'impresa e della interlocuzione con i creditori e gli altri *stakeholder* per cogliere elementi ulteriori sulla credibilità della concreta capacità dell'impresa ad attuare il piano. È possibile, infatti, che i fornitori, le banche e i clienti, ed anche talune funzioni aziendali, quando vengano sentiti, esprimano perplessità in via argomentata. In tal caso l'esperto non potrà astenersi dal richiedere approfondimenti all'imprenditore e la coerenza e credibilità delle risposte date sarà fondamentale nella valutazione della concretezza della perseguibilità del risanamento.

A questo punto, si rende necessaria una digressione. Come chiaramente traspare dalla Relazione illustrativa, non è uno stato di insolvenza a rendere impraticabile l'impiego della composizione negoziata ma la sua irreversibilità[10] nell'ottica del risanamento dell'impresa. Vi è un mo-

10 Sulla reversibilità dell'insolvenza v. JORIO, La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà, in Il diritto fallimentare, 2/2019, p. 283 ss. Lo scrivente aveva osservato che per la natura di reversibilità rilevi il contenuto del par. 1 dell'art. 1 della Direttiva Insolvency che fa leva sulla sostenibilità economica dell'impresa: "Il che consente di recuperare un concetto risalente nel tempo quello dell'insolvenza reversibile per distinguerlo da quello dell'insolvenza irreversibile. Sarebbe irreversibile … quella che pur con uno stralcio del debito non permetta soluzione diversa dalla liquidazione giudiziale", in RANALLI, Le misure di allerta – dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI, Milano, novembre 2019, capo I par. 1.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mento nel quale all'insolvenza deve essere negato il carattere della reversibilità ed è il momento in cui viene constatato che le risorse occorrenti per rendere sostenibile il debito, comprese quelle messe a disposizione dai creditori attraverso il riconoscimento di stralci o della conversione in *equity*, non possano conseguire un ritorno adeguato per l'investitore o il creditore che tenga conto del rischio che si assume colui che le mette a disposizione.

L'immissione di nuove risorse proprie, attraverso un aumento a pagamento del capitale sociale o la conversione di debiti in capitale, espongono infatti l'investitore ad un rischio che deve trovare una remunerazione adeguata attraverso il c.d. "premio per il rischio". Con una precisazione: nessun creditore consapevole si aspetta un ritorno a fronte delle perdite che subirebbe comunque nell'alternativa concretamente praticabile; il rischio che deve trovare una contropartita nella remunerazione adeguata è solo quello delle ulteriori perdite alle quali egli si espone mettendo a disposizione le risorse.

In altre parole, se un fornitore che vanta un credito di 10.000 euro che, nella alternativa concretamente praticabile, verrebbe soddisfatto per 1.000, converte in equity il proprio credito, si espone al rischio per 1.000 euro e si attende un premio per tale rischio.

È questa una considerazione che l'esperto dovrà portare in conto per valutare la concretezza delle prospettive di risanamento anche quando in astratto il risanamento parrebbe conseguibile attraverso la conversione di crediti in *equity* o il loro stralcio. Con un'ulteriore precisazione: la valutazione del ritorno minimo necessario (e dell'implicito premio per il rischio) la può fare solo colui che mette a disposizione le risorse, sulla base del suo livello di appetito al rischio. Da ciò l'esigenza che per percepire la reversibilità dell'insolvenza occorre, molto spesso, attivare le trattative con le parti interessate. Il punto 2.4 del Protocollo lo sottolinea evidenziando che la praticabilità delle prospettive di risanamento deve essere valutata *sulla base dell'effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito*. Con un limite: *sono assai remote* le probabilità che l'insolvenza sia reversibile, indipendentemente dalle scelte dei creditori, se si sia in presenza: *(i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale.*

D'altronde, già si è detto che in una situazione di insolvenza il ricorso alle misure di protezione è probabilmente necessario; dal che può derivare un pregiudizio per gli approvvigionamenti, presupposto chiave della continuità aziendale.

2.5 La gestione dell'impresa nel corso della composizione negoziata e le valutazioni dell'esperto

La gestione nel corso della composizione negoziata costituisce un momento di rilevante attenzione, tanto maggiore quanto più complesso è il risanamento e più grave è la situazione dell'impresa. Ad essa si rivolge l'art. 21 del CCII che pone in capo all'esperto un ruolo di monitoraggio dei singoli atti che si somma a quello della rilevazione della sussistenza della concretezza delle prospettive di risanamento. L'esperto quando ritiene che un atto possa arrecare pregiudizio

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

A tale fine assume rilevanza il suggerimento all'esperto, contenuto al punto 7.2 del protocollo, di fare inizialmente presente all'imprenditore che egli deve informarlo, con un adeguato preavviso, sia degli atti di straordinaria amministrazione che intende porre in essere, che dei pagamenti che intende eseguire se potenzialmente non coerenti con l'andamento delle trattative o le prospettive di risanamento.

L'informativa preventiva gli evita il rischio dell'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso qualora l'esperto rilevasse *ex post* l'atto pregiudizievole posto in essere.

Con l'informativa preliminare, l'eventuale dissenso è inizialmente rivolto al solo imprenditore e, in presenza di chiarimenti adeguati, l'esperto potrebbe non confermare il proprio convincimento. Il che assume particolare rilevanza per gli atti che arrechino, anche solo astrattamente, il pregiudizio ai creditori, in quanto per questi, in caso di loro compimento, l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese è comunque dovuta.

Con una rilevante ulteriore conseguenza. Il co. 3 dell'art. 24 del CCII dispone che *gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 165 e 166 se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese*. Il che rende probabile che, in caso di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti potenzialmente incoerenti, le controparti – se informate della composizione negoziata in atto perché coinvolte nelle trattative o a seguito della pubblicità presso il registro delle imprese per gli effetti dell'art. 18 o dell'art. 20, pretendano di avere contezza dell'informativa resa all'esperto e del mancato dissenso da parte dello stesso.

Sotto questo profilo, le indicazioni ai punti 7.3 e 7.4 del protocollo sono utili, non solo all'imprenditore ma anche alle controparti, per una più agevole concreta individuazione degli atti e dei pagamenti interessati dalla disposizione.

La valutazione dell'esperto sarà diversa in relazione allo stato dell'impresa. Se lo stato è di mera difficoltà o di pre-crisi, ovverosia di mera probabilità della crisi, il rischio di un pregiudizio per i creditori è contenuto; in tali situazioni il *focus* dell'esperto è quello del pregiudizio alla sostenibilità economico- finanziaria dell'attività. Esso cresce di intensità in presenza della crisi, nel qual caso occorre valutare il pregiudizio per i creditori, e cresce ulteriormente in caso di insolvenza, in presenza della quale l'attività deve essere svolta nell'interesse prevalente dei creditori. In ciò il test potrà fornire utili indicazioni all'esperto il quale è chiamato valutare gli atti gestori prima che vengano posti in essere per esprimere eventualmente il proprio dissenso. Quanto alle valutazioni da compiere con riferimento al singolo atto, il protocollo fornisce al punto 7.5 indicazioni di massima per intercettare il pregiudizio alla "*sostenibilità economico-finanziaria dell'attività*".

Qui appare opportuno sottolineare che, ancorché la Direttiva Insolvency parli di sostenibilità economica (par. 3 dell'art. 10), la sostenibilità sia tendenzialmente finanziaria; peraltro per le piccole imprese sono i principi contabili (OIC 9) che consentono di utilizzare i dati economici in luogo di quelli finanziari per determinare la "verifica di sostenibilità degli investimenti". Nello stesso senso il test muove dalle grandezze economiche (margine operativo lordo) in luogo delle grandezze finanziarie (*free cash flow from operations*), come meglio precisato nella nota al test.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.6 La nuova finanza

La crisi d'impresa spesso necessita di nuove risorse finanziarie. La concessione della prededucibilità costituisce un presupposto essenziale per il loro ottenimento. Essa deve essere autorizzata *ad hoc* dal tribunale che, nell'acquisire le informazioni necessarie, potrà richiedere all'esperto (e probabilmente richiederà) il proprio parere.

Nuovamente il protocollo fornisce utili elementi di valutazione. In particolare, differenzia gli approfondimenti che possono essere svolti dall'esperto nel caso di finanziamenti erogati nel corso della composizione negoziata (punto 10.1 del protocollo) rispetto a quelli occorrenti in caso di finanziamenti da erogare in esecuzione delle soluzioni di cui all'art. 23 del CCII, ad esito della stessa. Per i primi raccomanda all'esperto di valutare l'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile e fornisce concrete indicazioni al riguardo; per i secondi, e solamente per essi, gli suggerisce di tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza del finanziamento (punto 10.2); per entrambi individua un *iter* logico che gli consente di esprimere un parere motivato.

Particolare rilevanza assumono anche i finanziamenti a favore delle controllate o delle società sottoposte a comune controllo pattuiti dopo la presentazione della domanda di composizione negoziata (art. 25 del CCII). Ad essi, anche in difetto di richiesta di autorizzazione della loro prededucibilità, non si applica la regola della postergazione, nonostante lo stato di crisi del prenditore, qualora l'operazione sia stata segnalata all'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese. A tal fine l'esperto potrà utilmente avvalersi delle indicazioni di cui al punto 7.5 del protocollo.

2.7 Un cenno sulle novità portate allo strumento della composizione negoziata nel suo recepimento nel CCII

Le modifiche introdotte con il decreto legislativo di attuazione della direttiva unionale reca alcune precisazioni di rilievo con riferimento alla composizione negoziata. Della principale di esse, costituita dal progetto del piano, già si è detto. Ad essa si aggiungono: (i) la sospensione da parte del segretario della CCIAA della trattazione dell'istanza con l'invito all'imprenditore di integrare la documentazione nei 30 giorni successivi; (ii) la previsione che la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 Cc cessa al momento dell'eventuale provvedimento di inefficacia o di revoca delle eventuali misure protettive; (iii) la soppressione della previsione dell'intervento del giudice sul contenuto dei contratti in presenza di squilibri compresi quelli derivanti dalla pandemia; (iv) la riduzione a 4 mesi dell'impedimento di una nuova istanza di composizione negoziata in caso di richiesta di archiviazione da parte dell'imprenditore entro i 2 mesi dall'accettazione dell'esperto nei 4 mesi precedenti; (v) il fatto che, nella designazione dell'esperto, la commissione debba tenere conto anche dell'attività prestata come esperto nell'ambito di precedenti composizioni negoziate; (vi) l'interoperabilità della piattaforma con le banche dati e lo scambio di informazioni tra l'imprenditore ed i creditori; (vii) la possibilità della sostituzione dell'esperto in presenza di osservazioni da parte dell'imprenditore o dei creditori sul suo operato; (viii) la rimodulazione dei compensi spettanti all'esperto con una forchetta di valori che comportano una sostanziale riduzione degli stessi; (ix) le modalità della loro determinazione in assenza del bilancio d'esercizio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.8 Conclusioni

La diffusione della conoscenza della gestione della crisi che deriva dalla piattaforma e dalla disponibilità nella stessa del test, della lista di controllo e del protocollo costituisce la vera sfida sottostante allo strumento, spostando la competenza della crisi d'impresa dal "club" ristretto dei ristrutturatori d'impresa a quello di tutti i consulenti d'azienda, grazie alla maturazione di una specifica sensibilità professionale sul tema della composizione della crisi. Il che pare sufficiente a considerare lo strumento in primo luogo di allerta.

Se ciò verrà colto dagli operatori, il ricorso alla composizione negoziata, di per sé, non comporterà alcun aggravamento del profilo di rischio presso i creditori ed anzi, laddove l'impiego sia tempestivo, mitigherà i rischi di credito.

Sarebbe questo un effetto sufficiente a generare un valore determinante per il sistema e giustificherebbe gli sforzi generosamente profusi da tutti coloro che se ne stanno ad ogni titolo e da ogni fronte occupando.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

La piattaforma telematica delle Camere di commercio per la composizione negoziata

Sandro Pettinato

I dati sulle domande per la Composizione negoziata che arrivano giornalmente dalle Camere di Commercio fanno subito capire – anche se è molto presto per dare un primo giudizio – che il nuovo istituto stragiudiziale per la soluzione delle crisi aziendali, partito lo scorso 15 novembre e modificato con il recente decreto legislativo, ha ancora bisogno – a modesto parere dello scrivente – di tre livelli di interventi correttivi.

Il primo è certamente di carattere comunicativo, poiché spesso i veri vantaggi della composizione non sono ancora del tutto conosciuti sia dalle imprese che dai professionisti che le assistono. Cito, solo a titolo di esempio, il vantaggio della continuità aziendale, grazie al quale l'azienda in composizione, non deve interrompe la propria attività; o ancora quello relativo alla solida "tutela del debitore", garantito dall'adozione delle specifiche misure protettive previste; o i vantaggi della rapidità delle procedure stesse che devono concludersi in 6 mesi (o massimo, un anno); la semplicità dell'uso della piattaforma per presentare la domanda, le misure premiali ed i costi previsti (più contenuti di altre procedure concorsuali), e molti altri vantaggi ancora che dovrebbero far propendere il debitore verso questa forma di istituto.

Il secondo livello di intervento riguarda l'atteggiamento di una delle parti maggiormente coinvolte nell'utilizzo dello strumento della composizione: mi riferisco al sistema creditizio – ed *in primis* a quello bancario – il quale attende, ancora oggi, di comprendere, pienamente e nel concreto, gli effetti e le ricadute che la composizione negoziata potrà avere sul proprio sistema. Ciò vale sia quando affrontiamo il delicato tema delle conseguenze sulla classificazione del debitore (secondo le più recenti normative Eba), sia quello dell'apertura di nuove linee di credito, spesso necessarie per dare linfa vitale al piano e quindi continuità all'azienda. Occorrerà, quindi, prestare particolare attenzione – *in primis* – a questi due aspetti, se si vogliono sfruttare appieno le potenzialità della composizione negoziata, proprio nella fase importantissima in cui tutte le "provvidenze" degli interventi economici post-pandemia, stanno via via per concludersi.

Un terzo passaggio – non meno urgente – riguarderà l'ulteriore qualificazione dei professionisti abilitati a ricoprire il ruolo di esperti: ad oggi gli oltre 2.000 consulenti iscritti negli elenchi regionali, dovranno sempre più specializzare la propria competenza sui processi di ristrutturazione aziendale (vedi le possibili soluzioni offerte dall'art. 11 del decreto legge 147/2021), fondendo tale competenza con quella di mediatore, negoziatore – terzo ed autorevole – nel rapporto con i creditori.

Sulle misure premiali probabilmente il legislatore avrebbe dovuto "osare" un po' di più poiché la riduzione alla misura legale degli interessi sui debiti tributari, o la riduzione alla misura

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

minima per le sanzioni, così come l'abbattimento al 50% delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza, non sembrano aver raggiunto l'obiettivo di invogliare più di tanto il debitore a ricorrere all'istituto della composizione negoziata. E nemmeno la possibilità – se si chiude un contratto con i creditori, o si attiva un accordo di risanamento – di ottenere un piano di rateizzazione fino a 6 anni per i debiti contratti con l'Agenzia delle Entrate, sembra sortire tale effetto. Certamente avrebbero avuto maggior impulso, qui, forme di riduzione parziale del debito o, ancora meglio, interventi mirati di garanzia pubblica (ovviamente per le imprese meritevoli) sul pagamento bancario, effettuato per pagamenti a favore dell'erario, ove l'azienda raggiunga una delle forme di accordo previste dalla normativa sulla composizione.

Passando, adesso, ad esaminare da vicino lo strumento della piattaforma gestita dal sistema delle Camere di Commercio, va messo subito in evidenza come l'infrastruttura telematica su cui "viaggia" tutto l'impianto della composizione negoziata, permetta un percorso semplice, rapido e guidato in ogni dettaglio, ripercorrendo tutti i "passaggi base" su cui si basa l'istanza di composizione negoziata.

Anzitutto – e siamo ancora nella parte pubblica della piattaforma, cioè quella accessibile a chiunque – particolare rilievo assume la redazione del test di autovalutazione, che permette di comprendere il grado di interventi necessari alla ragionevole perseguibilità del piano di risanamento aziendale. In secondo luogo – e qui entriamo, invece, nella parte della piattaforma riservata a chi presenta formale istanza di composizione – la compilazione della *check-list* (per la redazione del piano di risanamento) da parte sia dell'esperto che del debitore.

Terzo aspetto di particolare importanza è la fase di avvio e realizzazione delle trattative fra tutte le parti interessate, sotto l'occhio vigile dell'esperto, come l'attenzione al protocollo di conduzione della composizione che potrà portare – ci si augura, nel più breve tempo possibile – ad una delle diverse soluzioni previste dal legislatore. Tutta questa "infrastruttura", espressamente realizzata e gestita dal sistema delle camere di commercio italiane, garantisce un percorso rapido, snello ed automatico per arrivare a presentare, gestire e concludere l'intero percorso di composizione negoziata. Il funzionamento della Piattaforma è espressamente definito nella sezione V del decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del settembre 2021: il testo ne individua sostanzialmente il funzionamento, i requisiti essenziali per il suo utilizzo, le funzioni disponibili – sia per l'area pubblica che per quella riservata – ai vari utenti autorizzati, le funzioni per l'inserimento dell'accettazione della nomina dell'esperto, quelle per la redazione della sua relazione finale e del suo compenso, il meccanismo di funzionamento delle aree secretate e le modalità di presentazione delle varie offerte, attraverso una sorta di *virtual data room*.

Partiamo, quindi, dalle funzioni che la piattaforma rende disponibili: accedendo al sito *www.composizionenegoziata.camco m.it* si entra subito nella cosiddetta "parte informativa" del provvedimento. Qui viene spiegato cosa si intenda per "composizione negoziata per la crisi di impresa", descrivendo le regole generali che la normativa prevede, chi siano gli utilizzatori (dal rappresentante legale dell'impresa, all'esperto designato, fino ai creditori invitati o agli altri soggetti che l'esperto ritiene di chiamare).

Vengono, poi, spiegate quali funzionalità sono previste dal sistema (dall'autenticazione ufficiale, all'*upload* della documentazione, dalla creazione del fascicolo della domanda, alla protezione alla visibilità del fascicolo stesso, dall'invio automatico di comunicazioni agli utenti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

attraverso PEC, fino all'archiviazione del fascicolo), per esporre, infine, quali documenti utili dovranno essere prodotti obbligatoriamente per l'avvio formale della procedura, ecc.

Sempre nella parte pubblica, si passerà poi alla realizzazione (volontaria) del test pratico di autovalutazione, che consentirà all'imprenditore, ancor prima di ricorrere formalmente alla procedura, di verificare se esista o meno una ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa e soprattutto "quanto", questa fase di riassetto, dovrà essere incisiva: il test, infatti, non intende rilasciare una sorta di "*rating*" né, tantomeno, una valutazione del merito di credito dell'impresa richiedente. Serve, invece, a capire – ed a far capire all'esperto – quanto debba essere significativo il livello di interventi da adottare, parametrando il debito complessivo che deve essere coperto, con i flussi di ricavi attesi al servizio di tale copertura.

Soffermiamoci brevemente su questo punto. L'imprenditore interessato compila – su un vero e proprio foglio Excel – i vari *format* relativi al valore del proprio debito riscadenziato, alle linee di credito bancario utilizzate, ad eventuali rate di mutui e finanziamenti in scadenza, agli investimenti relativi alle iniziative da adottare, ad eventuali risorse recuperabili da dismissione di cespiti o rami d'azienda ed a nuovi conferimenti e finanziamenti. Di seguito, vengono poi riportate le voci relative ai flussi previsti annualmente "a servizio del debito": la stima del Margine Operativo Lordo prospettico, gli investimenti di mantenimento a regime e le imposte sul reddito annuo, cui vanno sottratte le varie voci relative al debito come sopra richiamato, permettendo di comprendere, quindi, l'eventuale perseguibilità del risanamento, sulla base di un rapporto tra le voci del debito e quelle dell'ammontare dei flussi annui: una scala numerica crescente, delineerà un progressivo ed incisivo grado di interventi, necessari per il perseguimento del risanamento.

La piattaforma permetterà di ottenere e conservare le varie risultanze del test, fornendo all'impresa utili indicazioni sul suo stato attuale e "aiutando" successivamente l'esperto ad individuare le migliori soluzioni per la gestione della crisi, anche correggendo eventuali anomalie sul test, dovute ad una non esatta compilazione dello stesso da parte del debitore.

Sempre nella "parte pubblica" della piattaforma sono descritte in modo sintetico (ma da qui non è possibile inviarli formalmente) le modalità di preparazione dell'istanza, l'elenco dei documenti richiesti da allegare, le procedure telematiche per l'invio dell'istanza formale, le fasi di "presa in carico" della domanda, la parte relativa alla nomina dell'esperto, le comunicazioni per i professionisti abilitati alla funzione di esperto, l'apertura delle trattative riservate e tutta una serie di controlli formali sull' istanza stessa.

Per accedere alla procedura di composizione – e da qui, quindi, partecipare formalmente ai vari passaggi ufficiali previsti dalle normative – occorre entrare nella "parte riservata" della piattaforma, quella riservata al solo "imprenditore-debitore" che voglia ufficialmente avviare l'istanza di composizione. Ecco perché d'ora in poi è necessario entrare in una sorta di sede "protetta", che prevede l'ingresso del legale rappresentante dell'impresa solo attraverso un'identità digitale (SPID, CNS o CIE) che ovviamente renderà riconoscibile e tracciabile tutte le fasi dell'intero procedimento, cui sarà assegnato un protocollo di tipo alfanumerico.

Da qui in avanti si è, quindi, in un ambiente con "identità digitale" e sarà possibile compilare formalmente la domanda, inserire la documentazione a corredo della stessa, provvedere all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, accedere alle cosiddette "*virtual data room*", inserire la relazione finale dell'esperto e redigere il prospetto per la liquidazione del compenso dello stesso.

La domanda, corredata dalla documentazione obbligatoria prevista dalla normativa (senza

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

la quale la procedura automatica non consentirà l'invio della domanda), sarà automaticamente smistata al Segretario generale della Camera di Commercio competente su base territoriale (quella dove risiede la sede legale dell'impresa), attingendo dai dati della stessa azienda in oggetto, per indirizzare correttamente la domanda senza che il richiedente debba minimamente preoccuparsene.

Da sottolineare che, al momento della compilazione della domanda, oltre ai documenti obbligatori da allegare, il richiedente potrà (ed in alcuni casi "dovrà") fornire una serie di dati: cito ad esempio l'eventuale appartenenza dell'azienda ad un "gruppo aziendale"; o la presentazione della domanda da parte di un'impresa di tipo "sottosoglia" (vedi sotto), o l'indicazione di nuove risorse finanziarie, per conseguire gli obiettivi del piano ed evitare danni gravi all'attività aziendale, o ancora se intenda "richiedere" (non ancora ottenere, si badi!) le misure protettive del patrimonio *ex* art. 6 Dl 118 (che consente l'acquisizione di diritti di prelazione non concordati, la protezione da azioni esecutive o cautelari sul patrimonio, il rifiuto dell'adempimento di contratti pendenti, ecc.) o quelle *ex* art. 8 (quali l'esenzione dagli obblighi di ricostituzione del capitale e da cause di scioglimento *ex* art. 2446 e ss.) e, da ultimo, è prevista la possibilità di allegare il test di autovalutazione per la perseguibilità del risanamento, compilato precedentemente.

È sempre in forma automatica che il Segretario generale della Camera di Commercio competente, che ha ricevuto inizialmente la domanda, invia ai membri della Commissione regionale – entro due giorni lavorativi – tutto il fascicolo contenente l'istanza di composizione dell'azienda (integrandolo con settore di competenza, fatturato e numero di addetti dell'impresa), al fine di permettere alla Commissione stessa di poterne valutare i contenuti e procedere all'individuazione ed alla nomina dell'esperto.

Si ricorda però che, invece, nel caso in cui l'azienda richiedente abbia le caratteristiche di impresa "sottosoglia", cioè abbia contestualmente tutti e tre i seguenti valori – ricavi complessivi, attivo patrimoniale e debiti – rispettivamente minori di 200.000, 300.000 e 500,000€, la procedura relativa alla selezione e nomina dell'esperto resta in capo al segretario della Camera di Commercio territoriale presso cui l'impresa ha la propria sede legale (e non viene inviata alla Commissione nel capoluogo di Regione).

La Commissione regionale – entro i 5 giorni previsti dalla norma – analizza l'istanza e designa quindi l'esperto competente (individuandolo tra i nominativi presenti negli appositi elenchi regionali) il quale, nell'apposita area a lui dedicata, potrà inserire – entro i 2 giorni previsti – l'accettazione dell'incarico, visionare la documentazione inserita dal rappresentante legale dell'impresa, invitare i soggetti interessati alla procedura (anche attraverso la virtual data room che permette l'accesso e lo scambio di informazioni riservate a singoli interessati), inserire la relazione finale e provvedere al caricamento dei dati per il compenso dell'esperto.

In buona sostanza, dal momento in cui il legale rappresentante dell'impresa ha inviato la domanda sulla piattaforma di composizione, fino alla fase di accettazione della nomina dell'esperto, sono trascorsi al massimo 9 giorni lavorativi, ad eccezione, ovviamente, dei casi in cui la domanda risulti incompleta o inesatta. In questo caso è stato previsto – dalle recenti modifiche normative introdotte – che possa essere richiesta – all'impresa che ha fatto istanza di composizione – la necessaria documentazione integrativa mancante, evitando così di respingere la domanda o di archiviarla. In questo caso si interrompe la decorrenza dei termini – sopra richiamati – per l'invio del fascicolo ai fini della nomina dell'esperto. Se volessimo rappresentare, in termini di flussi, le 11 fasi più importanti di lavoro sui cui la piattaforma opererà (limitatamente alla sola

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fase che va dalla mera consultazione alla presentazione della domanda ufficiale), potremmo descriverle secondo questi passaggi logici:

A) Accesso alla Piattaforma (parte pubblica):
1) Consultazione della documentazione
2) Effettuazione Test pratico con scarico documento in ambito locale (opzionale)

B) Accesso alla Piattaforma (Parte ufficiale riservata):
3) Autenticazione SPID/CNS/CIE
4) Verifiche automatiche Registro delle Imprese (titolarità del soggetto)
5) Inserimento della domanda formale
6) Uploading degli allegati richiesti (in formato pdf)
7) Inserimento delle autodichiarazioni (fatturato, addetti, valori per imprese sottosoglia, gruppi, misure protettive, urgenza risorse finanziarie)
8) Recupero automatico informazioni dal Registro delle Imprese (categoria economica)
9) Inserimento Soggetti invitati (Codice Fiscale, Nominativo, PEC)
10) Controlli formali automatici (completezza documentazione e apposizione della firma digitale)
11) Invio della domanda completa.

A queste, ovviamente, seguono poi tutte le altre fasi di competenza dell'esperto, sulla base della varie soluzioni individuate, cui la stessa piattaforma riserva appositi spazi.Va ricordato che è solo dal momento formale dell'accettazione dell'esperto che è possibile ottenere il riconoscimento delle misure protettive (*ex* artt. 6 e 8) sopra richiamate, al quale provvederà automaticamente la piattaforma telematica, comunicando la loro iscrizione in apposita sezione del Registro delle imprese. L'art. 7 della normativa prevede che lo stesso giorno il debitore chieda la conferma o la sospensione delle misure protettive: ritenendo che tale termine sia particolarmente stringente per richiedente, il sistema camerale ha proposto al legislatore di estendere tale periodo ad almeno 2 giorni.

Come si è detto, dal momento dell'accettazione dell'esperto, decorrono i 180 gg (prorogabili al massimo di altri 180) per arrivare ad una delle soluzioni previste dall'art. 11 del Dl 118, chiudere la procedura di composizione e definire il compenso che deve essere corrisposto dal debitore, cioè dall'impresa che ha presentato istanza di composizione, all'esperto incaricato. Ed è a questo punto, quindi, che concluso l'*iter* e giunti ad una delle varie soluzioni previste dalla norma – sia quelle contemplate nell'art. 11, sia quelle conseguenti all'archiviazione della pratica o all'impossibilità motivata di giungere ad un percorso di risanamento – l'esperto presenta, nell'apposita sezione della piattaforma, l'elenco delle voci che costituiranno il proprio compenso, ai sensi dell'art. 16: valore percentuale commisurato all'attivo patrimoniale dell'azienda, con annesse le voci di incremento o decremento del compenso in base all'esito raggiunto, al numero dei creditori, al caso di operazioni relative ad un gruppo, ecc. aggiungendo a questi, gli altri costi vivi sostenuti (spese di trasferta o altro) dal professionista incaricato. Sono state approvate, recentemente, sostanziali integrazioni al decreto 118 sulla composizione: norme, che com'è noto, saranno incastonate nel nuovo testo del Codice della Crisi d'impresa, sostituendo quindi l'intero Titolo II del precedente testo.

Tra le norme più significative introdotte si segnalano: il carattere pubblico – e non più riservato – degli elenchi regionali degli esperti abilitati alla composizione, la figura del supplente nelle Commissioni regionali, chiamate a designare gli esperti per le singole istanze, l'elaborazione di una scheda sintetica dei requisiti e delle caratteristiche dell'esperto, da definire con

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

apposito decreto ministeriale, la possibilità di "sanare" eventuali imperfezioni o irregolarità (i documenti mancanti, per esempio) nella presentazione della domanda entro il termine di 30 giorni, l'istituzione infine – di una segreteria della Commissione, formalmente attribuita alle Camere di Commercio, la segnalazione da parte dei soggetti creditori pubblici qualificati agli organi di controllo societari del superamento di specifici tetti di debito, l'interoperabilità delle banche dati pubbliche con la piattaforma della composizione negoziata e l'accesso da parte dei creditori a tali banche dati per verificare la posizione debitoria dell'impresa che ha fatto istanza di composizione.

UNIONCAMERE

ISTANZE PRESENTATE

Regione	Numero	Percentuale
Lombardia	54	19,42%
Lazio	39	14,03%
Toscana	26	9,35%
Campania	25	8,99%
Emilia-Romagna	24	8,63%
Veneto	19	6,83%
Piemonte	15	5,40%
Abruzzo	14	5,04%
Puglia	12	4,32%
Sicilia	12%	4,32%
Umbria	11	3,96%
Calabria	8	2,88%
Fruili Venezia Giulia	6	2,16%
Liguria	6	2,16%
Marche	4	1,44%
Sardegna	2	0,72%
Basilicata	1	0,36%
Molise	0	0,00%
Provincia autonoma di Bolzano	0	0,00%
Provincia autonoma di Trento	0	0,00%
Valle d'Aosta	0	0,00%
Totale	**278**	**100%**

Al 24 giugno, le istanze di composizione negoziata risultano essere **278**.

Il maggior numero di istanze inviate si riscontra in **Lombardia (54)**, seguita dal **Lazio (39)**, dalla **Toscana (26)**, dalla **Campania (25)**, e dall'**Emilia-Romagna (24)**, rappresentanti il 60% del totale.

Non si registrano ancora istanze presentate in Molise, Val d'Aosta e prov. Aut. di Bolzano e di Trento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ISTANZE PRESENTATE

Caratteristiche	Numero	Percentuale
Totale	278	
Mis. Protettive	185	66,55%
Mis. Sospensive	143	51,44%
Test pratico	104	37,41%
Risorse finanziarie	72	25,90%
Gruppi imprese	25	8,99%
Sottosoglia	15	5,40%

Analizzando le istanze, risulta che 185 imprese (il 67% del totale) hanno richiesto le misure protettive, ex art. 6 del d.l. 118/2021, convertito con l. 147/2021.

Hanno poi fatto ricorso alla composizione negoziata 15 imprese sottosoglia (il 5,4%) e 25 aziende (il 9%) appartenenti a gruppi d'imprese.

ISTANZE PRESENTATE

Istanze	Numero	Percentuale
Totale	278	
Chiuse	31	11,15%
Rifiutate	7	2,52%

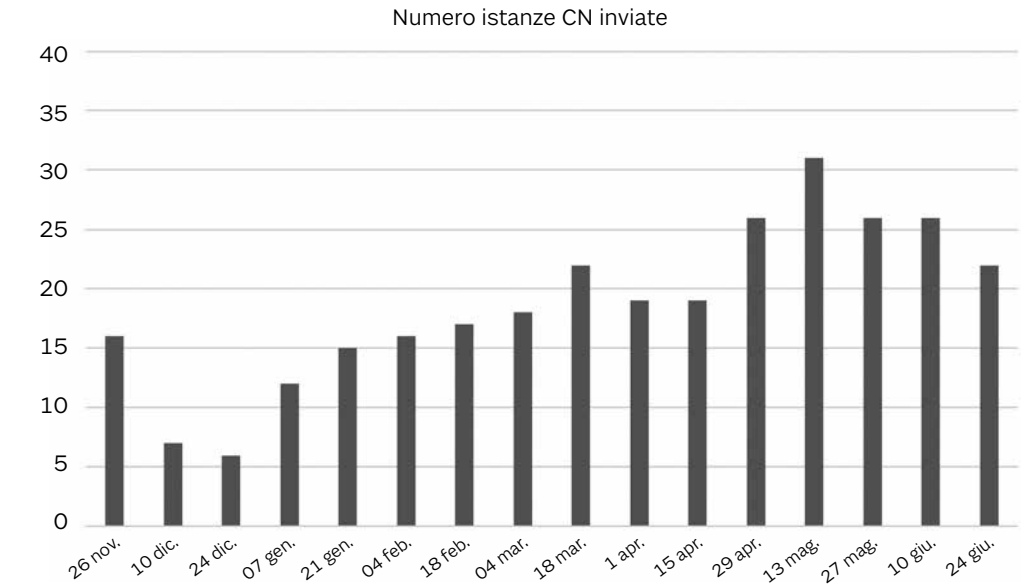
In totale, le istanze chiuse sono circa il 14% delle istanze totali.

Le principali motivazioni per cui le istanze vengono chiuse è l'assenza di prospettive di risanamento, condizione necessaria per l'accesso all'istituto, oppure la conclusione negativa della fase di trattazione.

Invece, per quanto riguarda le istanze rifiutate, queste vengono respinte per lo più per decorrenza dei termini.

UNIONCAMERE

ISTANZE PRESENTATE



Analisi quindicinale delle istanze inviate alle diverse CCIAA.
Dati aggiornati al 24/06/2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

UNIONCAMERE

ISTANZE PRESENTATE

Dopo il 15 novembre 2021 (data di introduzione dell'istituto), si denota un andamento piuttosto stabile delle istanze che vengono inviate ogni 15 giorni.
Fatta eccezione per il periodo iniziale, in cui l'utilizzo dello strumento è stato sicuramente inferiore a causa della novità dello strumento, è possibile notare un trend crescente.
Il picco massimo si ha in corrispondenza del 13 maggio, a circa sei mesi dall'introduzione dell'istituto, con un quantitativo di istanze inviate pari a 31.
In media, ogni quindici giorni vengono inviate 19 istanze di composizione negoziata.
Si rimarca come, nelle ultime quattro settimane, il numero di istanze medie è raddoppiato passando ad una media di 2 al giorno (contro un valore di poco più di 1 del precedente periodo).

UNIONCAMERE

ESPERTI

Regione	**Numero**	**Percentuale**
Lombardia	642	18,40%
Toscana	438	15,55%
Emilia-Romagna	379	10,86%
Veneto	359	10,29%
Lazio	291	8,34%
Campania	284	8,14%
Abruzzo	147	4,21%
Marche	147	4,21%
Puglia	129	3,70%
Piemonte	128	3,67%
Umbria	106	3,04%
Liguria	93	2,67%
Calabria	74	2,12%
Friuli Venezia Giulia	71	2,03%
Sicilia	68	1,95%
Sardegna	54	1,55%
Provincia autonoma di Trento	37	1,06%
Basilicata	16	0,46%
Molise	13	0,37%
Provincia autonoma di Bolzano	10	0,29%
Valle d'Aosta	3	0,09%
Totale	**3489**	**100%**

Al 24 giugno, figurano 3489 esperti iscritti agli elenchi regionali.

Il maggior numero di esperti proviene dalla **Lombardia**, dalla **Toscana**, dall'**Emilia-Romagna**, dal **Veneto** e dal **Lazio**, rappresentanti il 60% del totale.

Si ricorda che, a partire dal 16 maggio scorso, gli ordini professionali possono inviare una sola volta, in un anno, gli elenchi degli esperti alle rispettive CCIAA.

Questo spiega perché il numero degli esperti negli elenchi regionali, sia cresciuto in misura inferiore nelle ultime settimane.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

UNIONCAMERE

ESPERTI

Caratteristiche	Numero	Percentuale
Totale	**3489**	
Commercialisti	2846	81,57%
Avvocati	599	17,17%
Dirigenti d'impresa	36	1,03%
Consulenti lavoro	8	0,23%

La quasi totalità degli esperti (81,57%) è rappresentata da commercialisti.

Esperti	Numero	Percentuale
Totale	**3489**	
con un incarico	178	5,10%
con due incarichi	5	0,14%
senza incarichi	3306	94,75%

Al 24 giugno, risulta che solo il 5% degli esperti ha ricevuto un incarico (solo 0,15% ne ha ricevuti 2).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Presupposti, fasi del percorso e concrete prospettive di risanamento

Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro, Niccolò Sabatini

SOMMARIO: 4.1 Presupposti – 4.2 Procedimento – 4.3 Concrete prospettive di risanamento

Il 15 giugno 2022 Il Consiglio dei Ministri ha approvato il Decreto Legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per adeguarne gli istituti alla Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dei Ministri del 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE, anche nota come Direttiva *Insolvency*. Tra i vari e significativi cambiamenti apportati possiamo annoverare la sostituzione del precedente Titolo II, concernente "*le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*", in favore della novella procedura di composizione negoziata, introdotta con il Dl 118/2021 e confermata poi con la legge 147/2021, a cui, oltre ad alcune modifiche migliorative rispetto alla prima formulazione, si sono aggiunte anche le disposizioni introdotte dagli artt. dal 30 *ter* al 30 *sexies* del Dl 6 novembre 2021, n. 152 (convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233) sulle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati (art. 25 *novies* CCII), sulla interoperabilità delle banche dati (art. 14 CCII) e sulla predisposizione di piani di rateizzazione per esposizioni debitorie di ammontare contenuto (art. 25 *undiceis* CCII).

L'inserimento nel panorama concorsuale italiano di "*nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale*" (come evidenziato nello stesso preambolo alla legge 147/2021) si concilia integralmente con il Considerando n. 17 della Direttiva *Insolvency,* riguardante l'esigenza di creare, per le PMI di tutti gli Stati membri, procedure di ristrutturazione più efficienti "*al fine di aiutare i debitori a ristrutturarsi a basso costo*" atte a tenere conto "*delle risorse limitate delle PMI per l'assunzione di esperti*". Pertanto, non reca stupore che la composizione negoziata, individuata già in precedenza quale strumento idoneo a far fronte alle difficoltà di tutto il tessuto socioeconomico nazionale provato dall'emergenza epidemiologica, sia stata inserita all'interno del codice della crisi, tra gli strumenti atti ad agevolare l'accesso delle imprese alle diverse procedure esistenti e alternative al fallimento.

4.1 Presupposti

Secondo quanto evidenziato dal nuovo articolo 12 CCII (già art. 2 legge 147/2021), la composizione negoziata per la soluzione della crisi è uno strumento di cui possono avvalersi gli imprenditori commerciali ed agricoli, grandi e piccoli, in presenza di:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- condizioni "*di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*" (art. 12 CCII comma 1, già legge 147/2021, art. 2, comma 1);
- una ragionevole possibilità di perseguire il risanamento d'impresa.

ART. 25 QUATER (IMPRESE SOTTO SOGLIA E IMPRESE AGRICOLE)

1. L'imprenditore commerciale e agricolo di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economicofinanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere la nomina dell'esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

ART. 25 NOVIES (SEGNALAZIONI DEI CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI)

1. L'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione segnalano all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, tramite posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria:
a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, il ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore:
1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000;
2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000;
b) per l'Agenzia delle entrate, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'articolo 21 bis del Dl 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, superiore all'importo di euro 5.000;
c) per l'Agenzia delle entrate-Riscossione, l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società, all'importo di euro 500.000.
2. Le segnalazioni di cui al comma 1 sono inviate:
a) dall'Agenzia delle entrate, entro sessanta giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'articolo 21 bis del Dl 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122;
b) dall'Istituto nazionale della previdenza sociale e dall'Agenzia delle entrate-Riscossione, entro sessanta giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi indicati nel medesimo comma 1.
3. Le segnalazioni di cui al comma 1 contengono l'invito alla presentazione dell'istanza di cui all'articolo 12, comma 1 se ne ricorrono i presupposti.
4. Le disposizioni del presente articolo si applicano:
a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 1° gennaio 2022;
b) per l'Agenzia delle entrate, in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche relative al primo trimestre dell'anno 2022;
c) per l'Agenzia delle entrate-Riscossione, in relazione ai carichi affidati all'agente della riscossione a decorrere dal 1° luglio 2022.

ART. 25 DECIES (OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE PER BANCHE E INTERMEDIARI FINANZIARI)

1. Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta in entrambi i casi di presupposti a carattere oggettivo che devono essere valutati dall'imprenditore con i suoi consulenti poiché il procedimento ha carattere assolutamente volontario, stante la natura negoziale e stragiudiziale sancita dall'inapplicabilità dell'art. 38 CCII (accesso alle procedure di regolazione della crisi su iniziativa del Pubblico Ministero).

Proprio per questo motivo, Il legislatore, ai fini di una più rapida emersione dello stato di probabile crisi e per evitare il possibile grado di immobilismo degli amministratori, ha inserito il novellato articolo 25 *octies*, concernente l'obbligo dell'organo di controllo societario di segnalare "*per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 12, comma 1*", a seguito della cui ricezione, viene fissato un "*congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese*".

Inoltre, sempre per facilitare la presa di conoscenza delle situazioni di difficoltà societarie, nella nuova stesura del Titolo II del CCI sono stati previsti obblighi informativi in capo tanto all'istituto nazionale della previdenza sociale, che all'Agenzia delle entrate e all'Agenzia delle entrate- Riscossione (art. 25 *novies*), quanto agli stessi istituti bancari e intermediari finanziari (art. 25 *decies*) (v. box alla pagina precedente).

Una volta appurata la presenza di criticità aziendali, l'imprenditore deve essere in grado di valutare rapidamente la sussistenza di concrete possibilità di risanamento, il quale, conseguentemente, potrà essere raggiunto solo tramite l'implementazione di uno specifico piano d'azione atto ad uscire o ad evitare la crisi imminente.

In virtù di queste considerazioni, tenuto altresì conto delle limitate capacità economiche delle aziende per cui tale strumento è stato concepito, il legislatore, tramite l'art. 13 del CCI (già art. 3 legge 147/2021), ha previsto l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale ove sarà possibile consultare "*una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati, e un protocollo di conduzione della composizione negoziata*".

L'accesso alla piattaforma sarà possibile solo "*agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese*" (art. 13). Tale scelta comporta l'emersione di un ulteriore presupposto, stavolta di carattere soggettivo, necessario per avvalersi della procedura di composizione negoziata destinata, pertanto, alle sole PMI iscritte nei registri pubblici, circostanza che esclude di conseguenza le società di fatto dall'utilizzo dello strumento.

L'esperto indipendente entra in campo in un secondo momento, in quanto, il suo ruolo rimane quello di agevolare le trattative tra le parti al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio economico, se possibile mantenendo l'impresa in capo all'imprenditore, ma "*anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa*" (art. 12, co. 2 CCI già legge 147/2021, art. 2, co. 2).

Conseguentemente, già prima dell'inserimento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza, era sorta qualche perplessità sulla natura del nuovo istituto e sulla possibilità di annoverarlo tra le procedure concorsuali, mancando del controllo esercitato dall'attività giudiziale.

Anche se, al di là del tema sistematico, le condizioni di accesso previste dal legislatore hanno determinano le peculiarità dell'istituto, il quale trae chiaramente i suoi riferimenti più in strumenti di gestione della crisi del diritto francese che nella normativa italiana previgente.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.2 Procedimento

I primi passaggi necessari per accedere alla composizione negoziata per la soluzione della crisi devono essere condotti dall'imprenditore stesso, utilizzando la nuova piattaforma telematica nazionale, accessibile attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

I presupposti di "squilibrio economico" e di "possibilità di risanamento" devono essere qui attestati dai risultati delle analisi sullo stato di salute della società, condotte dall'imprenditore o da un professionista da lui delegato.

Come precedentemente anticipato, i test di verifica sono consultabili e scaricabili dal sito della piattaforma telematica mentre, le modalità di esecuzione, sono state definite dal decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia 28 settembre 2021 così come specificato dall'art. 13 CCI.

Se il risultato dei vari test avvalora la sussistenza dei requisiti, l'impresa può richiedere la nomina dell'esperto indipendente, sempre tramite la piattaforma telematica, con apposito modulo ivi disponibile. Anche il contenuto del modulo è stato definito con il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia 28 settembre 2021.

Insieme all'istanza di nomina, devono essere allegati e caricati sulla piattaforma telematica anche (art. 17, co. 3 CCII già legge 147/2021 art. 5, comma 3):

a. *"i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza;*
b. *un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'art. 13, co.2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare;*
c. *l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;*
d. *una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 46 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000 sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi dell'articolo 40, anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lettera a), e 54, comma 3;*
e. *il certificato unico dei debiti tributari di cui all'articolo 364, comma 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14;*
f. *la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione;*
g. *il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'articolo 363, comma 1;*
h. *un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza".*

Si tratta evidentemente della documentazione necessaria per consentire una oculata scelta dell'esperto, la cui iscrizione presso le camere di commercio è stata maggiormente puntualizzata nell'art. 13 CCI ai commi 3, 4 e 5 (già legge 147/2021 art. 3, commi 3,4,5) il quale, una volta designato, affiancherà l'impresa nella gestione della crisi.

La nomina avviene ad opera di una commissione istituita presso le camere di commercio e che resta in carica per due anni. Più specificatamente, è il segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa che, ai sensi dell'art. 13 co. 7 CCII

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che, ricevuta l'istanza di ammissione, "*nei successivi due giorni lavorativi, la comunica alla commissione costituita ai sensi del comma 6, unitamente a una nota sintetica contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero dei dipendenti e del settore in cui opera l'impresa istante*." (art. 13 co. 7).

La nuova formulazione dell'istituto ha voluto tenere in considerazione anche la possibile ipotesi di "*incompletezza dell'istanza di nomina o della documentazione*" e, per tale ragione, ha previsto che sia "*l'imprenditore a integrare le informazioni o la documentazione mancante entro un termine di trenta giorni, decorso inutilmente il quale l'istanza non è esaminata e l'imprenditore può riproporla*".

A questo punto la Commissione prende la propria decisione su impulso dello stesso segretario generale ed entro i cinque giorni successivi alla ricezione dell'istanza "*nomina l'esperto tra gli iscritti nell'elenco di cui al comma 3 secondo criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza e avendo cura che ciascun esperto non riceva più di due incarichi contemporaneamente*" (art. 13 co. 7). La nomina dell'esperto, che può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale, deve tenere conto dell'esperienza formativa risultante dalle schede sintetiche, presentate dagli ordini professionali alle distinte Camere di commercio, anche previa visione e confronto dei diversi curricula dei professionisti disponibili.

A questo punto l'esperto, verificati i propri presupposti di indipendenza, comunica all'imprenditore, entro i seguenti due giorni lavorativi, l'accettazione dell'incarico inserendo nella piattaforma la propria dichiarazione di accettazione "*e una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000, sul possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 16, comma 1*" (art. 17 co. 4 già legge 147/2021 art. 5, co. 5). In caso di indisponibilità, visto il limite imposto di avere massimo due incarichi contemporaneamente, l'esperto comunica la propria decisione alla commissione, la quale, dovrà celermente provvedere alla sua sostituzione.

Accettato l'incarico, l'esperto convoca l'imprenditore per valutare "*l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica.*

L'imprenditore partecipa personalmente e può farsi assistere da consulenti" (art. 17 co. 5 CCII già legge 147/2021 art. 5, co. 5).

In esito a tale disamina, la procedura giunge ad un bivio con due alternative, a seconda che l'esperto ritenga:

a. che le prospettive di risanamento siano concretamente perseguibili, dando quindi avvio alle consultazioni delle altre parti interessate al processo di risanamento, per mostrare le possibili strategie di intervento e per fissare i successivi incontri "*con cadenza periodica ravvicinata*" (art. 17, co. 5, CCII già legge 147/2021, art. 5, co. 5);
b. che le prospettive di risanamento siano assenti, fatto che renderebbe necessaria la comunicazione tanto all'imprenditore quanto al segretario generale della camera di commercio, il quale disporrà l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Nel caso in cui l'esperto ritenga possibile l'avvio dell'*iter* di risanamento aziendale, "*le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della camera di commercio*" (art. 17, co. 6, CCII già legge 147/2021, art. 5, co. 6), ma solo entro tre giorni dalla comunicazione della convocazione. Ove le perplessità o le osservazioni delle parti appaiano non immotivate, sarà compito del segretario generale riportarle alla commissione affinché questa possa decidere in merito alla sostituzione o meno dell'esperto nominato.

L'esperto "*è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente" e soprattutto "non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'articolo 2,*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

comma 1, lettera o)" (art. 16 co. 2, CCII). Nell'espletamento del proprio ruolo di intermediario tra le parti, all'esperto è concesso di chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie per il proseguito delle trattative. All'occorrenza, l'esperto potrà anche avvalersi di soggetti dotati di competenze specifiche necessarie per il compimento del proprio ruolo.

Durante le trattative, le parti hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza e, inoltre, secondo quanto disposto dall'art. 16, co. 4 e 5, CCII:

a. *"L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori";*
b. *"Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. In ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta".*

Altra prerogativa delle trattative è l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore nonché sulle iniziative da questi intraprese per il superamento dello stato di difficoltà mentre, allo stesso tempo, è richiesto alle controparti di dare riscontro "*alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata*" (art. 16 co. 6 CCI già legge 147/2021 art. 4, co. 7).

Il procedimento può essere considerato concluso se, dopo centottanta giorni dall'accettazione della nomina, le parti non hanno raggiunto nessun accordo anche a seguito della mediazione dell'esperto. D'altro canto, qualora tutte le parti lo richiedessero, l'incarico potrebbe proseguire.

Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che viene comunicata all'imprenditore. Laddove fossero state concesse delle misure protettive e cautelari, la comunicazione va trasmessa anche al giudice che le ha emesse affinché ne dichiari cessati gli effetti e, successivamente, va riportata al segretario generale della camera di commercio per l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. A questo punto, "*In caso di archiviazione dell'istanza di cui al comma 1, l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione. Se l'archiviazione è richiesta dall'imprenditore con istanza depositata con le modalità previste nel comma 1 entro due mesi dall'accettazione dell'esperto, il termine di cui al primo periodo è ridotto, per una sola volta, a quattro mesi*" (art. 17 co. 9 CCII).

4.3 Concrete prospettive di risanamento

L'obiettivo ultimo dello strumento di composizione negoziata della crisi è chiaramente quello di responsabilizzare gli imprenditori, oltre agli eventuali organi di controllo societari, affinché questi esercitino una maggiore attenzione nell'accertare e valutare le condizioni di salute delle proprie attività. In particolare, si presume che il combinato disposto tra la non puntualità nel definire i confini delle condizioni di squilibrio patrimoniale che rendono "probabile" lo stato di crisi e di insolvenza e l'inserimento degli artt. 25 *octies* – 25 *undicies*, voglia spingere gli imprenditori ad intraprendere un percorso tempestivo di auto- analisi che, in caso di vere e proprie situazioni di difficoltà, potrebbe agevolare l'accesso delle singole imprese alle procedure alternative al fallimento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Anche il concetto di "ragionevole perseguimento del risanamento d'impresa" non è nuovo nel panorama concorsuale italiano (cfr. Danovi A., *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Giuffrè, 2014). Nello specifico, l'art. 27, del Dlgs 270/1999 c.d. "Prodi-bis", in materia di amministrazione straordinaria, prevede già la sussistenza di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" ma, la verifica di tale presupposto, è qui svolta dall'autorità giudiziaria prima della ammissione dell'azienda alla procedura.

Successivamente, "la ponderata valutazione delle effettive e concrete possibilità di risanamento" (cfr. Danovi A., Acciaro G., 2021 (a cura di), *L'amministrazione straordinaria*, Il Sole 24 Ore, pag. 21) è svolta anche dal commissario nella c.d. fase di "osservazione" dell'amministrazione straordinaria, prodromica alla predisposizione del programma. Nel caso della composizione negoziata l'analisi compiuta dall'imprenditore è oggetto di riesame dall'esperto designato a procedura avviata. Ne consegue che è probabile, specie in sede di prima applicazione, una certa tendenza a valutare in maniera ampia le possibilità del risanamento e a richiedere l'accesso alla procedura pur in assenza di adeguate prospettive. Nondimeno, un certo *favor* verso l'impresa è comprensibile, specie nella situazione attuale, per consentire comunque il tentativo di mantenere in vita l'impresa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

Misure protettive, provvedimenti cautelari e sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione

Alessandro Danovi, Daniele Giuffrida

SOMMARIO : 5.1 Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari – 5.2 La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione

Nell'art. 6 del Decreto sono disposte, con riferimento alla procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, le misure protettive e cautelari (individuate, adesso, dagli artt. 18 e 19 del CCI) e la sospensione degli obblighi di cui all'art. 2446 Cc ed art. 2447 Cc. (di cui all'art. 20 del CCI).

Una prima definizione di "misura cautelare" si ricava espressamente dall'art. 2 lett. q, CCI, ai sensi del quale si intendono misure cautelari: "I *provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza*". Si tratta, in sostanza, di misure analoghe a quelle previste dall' art. 15, comma 8, L. Fall. secondo cui il tribunale, su istanza patrimonio o della impresa oggetto del procedimento, con efficacia limitata alla durata del procedimento e confermati o revocati dalla sentenza dichiarativa del fallimento, ovvero revocati dal decreto che rigetta l'istanza. Le "misure protettive", invece, vengono definite all'art. 2 lett. p, CCI, come "*le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*". Le misure protettive nella legge fallimentare sono, invece, contenute nell'art. 168, che prevede come, dalla data della pubblicazione del ricorso di concordato preventivo nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possano, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono ovviamente sospese e le decadenze non si verificano. È inoltre previsto che creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente (in generale sul tema si veda anche A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento dell'impresa*, Giuffrè 2014). Si tratta, in sostanza, del cosiddetto effetto di "*automatic stay*" esteso altresì dall'art. 182 *bis* agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Occorre in primo luogo osservare che rispetto al perimetro di operatività previsto dagli artt. 168 e 182 *bis*, comma 3, L. Fall. ed anche 54, comma 2, CCI, la protezione individuata dal CCI nell'ambito della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa risulta di più ampia portata. Secondo quanto individuato nella legge fallimentare, ad esempio, il divieto di prosecuzione o di inizio di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, che si attiva automaticamente dalla domanda di omologazione di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti, opera limitatamente ai beni ed ai diritti di proprietà del debitore. Il legislatore del CCI, invece, ha specificatamente previsto al primo comma dell'art. 18 che il divieto di azioni esecutive e cautelari sia esteso a tutti i beni e ai diritti per mezzo dei quali viene esercitata l'attività di impresa, comprendendo anche quelli non di proprietà dell'imprenditore, come ad esempio beni in leasing, in locazione, o in comodato.

Risulta altresì limitata l'azione di autotutela per il creditore. Secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 18, i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticipare la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori. Ai sensi del comma 3 del medesimo articolo sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.

5.1 Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari

Il procedimento di attivazione delle misure protettive e cautelari è normato dall'art. 19 CCI, con espresso richiamo al primo comma dell'art. 18. Ancorché la presentazione dell'istanza possa essere effettuata autonomamente dal debitore, la natura giurisdizionale del procedimento individuato nell'art. 19 CCI impone, di fatto, l'assistenza del debitore da parte di un legale abilitato.

Secondo quanto previsto dall'art. 18 CCI, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza l'imprenditore può chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio. L'istanza di applicazione delle misure, pertanto, al pari di quella avente ad oggetto la nomina dell'esperto, è rivolta al segretario generale della camera di commercio dove ha sede legale l'impresa (art.12, comma 1 e art. 17, comma 1). Il successivo art. 19, comma 1, chiarisce tuttavia che le misure protettive sono soggette a conferma, revoca o modifica da parte del tribunale competente, dietro ricorso presentato lo stesso giorno della presentazione dell'istanza alla camera di commercio[1].

---

1 Secondo quanto stabilito dal comma 2 dell'art. 19 CCI, unitamente alla domanda l'imprenditore deposita:
a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta;
b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso;
c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
d) un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative che intende adottare;
e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata;
f)) l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 13, commi 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si osservi pertanto che l'effetto protettivo, pur immediatamente efficace mediante gli adempimenti pubblicitari in camera di commercio in forza della sola espressione di volontà dell'imprenditore, ha natura meramente provvisoria, in quanto destinato a venir meno in mancanza di un provvedimento giurisdizionale.

Entro 10 giorni dal deposito, il tribunale (competente ai sensi dell'art. 27 CCI) fissa l'udienza di comparizione delle parti, da tenersi ove possibile con sistemi di videoconferenza. Dal momento che la norma non indica un termine entro cui tale udienza dovrà celebrarsi, si ritiene che le misure protettive provvisorie, in quanto non oggetto di conferma da parte dell'autorità giurisdizionale, possano nel concreto avere una durata provvisoria anche cospicua. Se il tribunale verifica che il ricorso non è stato depositato lo stesso giorno del deposito dell'istanza presso l'ufficio del registro, come prescritto dal comma 1 dell'art. 19, dichiara l'inefficacia delle misure protettive senza fissare l'udienza prevista dal primo periodo del terzo comma.

Gli effetti della presentazione della domanda di applicazione delle misure protettive cessano altresì di diritto anche se il tribunale non provvede alla fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni (art. 19, comma 3, ultimo periodo).

Si noti che la tardiva iscrizione a ruolo del ricorso è causa di dichiarazione d'inefficacia delle misure protettive senza fissazione dell'udienza ma la norma nulla dice in merito alla possibilità che un simile provvedimento venga adottato anche nell'ipotesi di incompletezza della documentazione da allegare al ricorso di cui poc'anzi si è fornita elencazione. Ad avviso di chi scrive la risposta non può che essere affermativa, dal momento che la documentazione espressamente individuata dall'articolo 19 assolve alla funzione di consentire al tribunale la verifica della sussistenza dei requisiti per l'accesso all'istituto.

Altro punto su cui la norma appare carente è sulle modalità di cessazione delle misure protettive nel caso di mancata fissazione dell'udienza da parte del tribunale.

Occorre infatti osservare che, in mancanza di un atto di promanazione giurisdizionale, difficilmente i terzi interessati possono venire a conoscenza della cessazione delle misure protettive per effetto della sola mancata fissazione dell'udienza da parte del tribunale.

La norma, infatti, pone a carico del debitore la sola iscrizione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Neppure è chiaro con che modalità l'ufficio del registro possa essere reso edotto dell'intempestiva fissazione dell'udienza da parte del tribunale per poter procedere alla cancellazione dell'istanza.

Secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 7, ultima parte, comunque, si ritiene che, almeno limitatamente al provvedimento del tribunale che dichiara l'inefficacia delle misure protettive per intempestiva proposizione della domanda (secondo il dettato dell'art. 19, comma 3) esso venga comunicato dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo. Sebbene non sia espressamente previsto, ad avviso di chi scrive va preferito l'orientamento che impone l'iscrizione di tutti i provvedimenti che abbiano influenza modificatrice degli atti già iscritti, comprendendo pertanto in essi anche la cessazione degli effetti protettivi nel caso di mancata fissazione da parte del giudice dell'udienza di cui al comma 4 dell'art. 19. Ciò in quanto appare coerente che avvenga l'iscrizione di ogni provvedimento idoneo a modificare o influenzare un'istanza precedentemente iscritta e con effetti verso i terzi.

All'udienza il tribunale, sentiti le parti e l'esperto nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'art. 68 Cpc e procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive. La

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

norma non individua le funzioni tipiche di tale ausiliario che risultano pertanto poco chiare, potendo il suo compito a tratti sovrapporsi (e financo contrapporsi) a quello dell'esperto.

Se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti, attribuendo pertanto ad essi il ruolo di parte processuale. Il tribunale provvede poi con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti, prorogabile per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto. La durata complessiva delle misure non può in ogni caso superare i duecentoquaranta giorni. Inoltre, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Su istanza dell'imprenditore, dei creditori (anche uno solo) o su segnalazione dell'esperto, il giudice che ha emesso i provvedimenti può, in qualunque momento, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'art. 669 *terdecies* Cpc, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

5.2 La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione

Tra le misure protettive che operano automaticamente, senza pertanto alcun potere di intervento del tribunale, vi è la sospensione sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, su istanza del debitore, degli obblighi derivanti dagli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, gli artt. 2482 *bis*, commi 4, 5, 6, e 2482 *ter* Cc e non si verifica 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* Cc.

La disposizione rappresenta una misura analoga a quella individuata dall'art. 182 *sexies* L. Fall. e dall'art. 89 CCI, che si produce di diritto con la presentazione della domanda di omologazione del concordato preventivo, la cui finalità è piuttosto chiara: favorire il funzionamento aziendale in favore del buon esito del percorso di risanamento ed evitare che gli amministratori siano esposti alle responsabilità per i danni derivanti dalla continuazione dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento.

La norma prevede inoltre che l'inoperatività delle regole sulla riduzione delle perdite e la ricapitalizzazione venga pubblicata nel registro delle imprese con decorrenza da tale momento dei relativi effetti.

Come è agevole notare, sempre ricalcando la previsione dell'art 182 *sexies* L. Fall. e dell'art. 89 CCI, non esclude l'applicazione del primo comma dell'art. 2446 Cc che impone agli amministratori o al consiglio di gestione (e nel caso di loro inerzia al collegio sindacale ovvero al consiglio di sorveglianza), quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, di convocare senza indugio l'assemblea per sottoporre al suo esame un'aggiornata situazione patrimoniale per gli opportuni provvedimenti.

Rimane, pertanto, inalterato il potere della assemblea di operare sul capitale, sia procedendo ad una ricapitalizzazione, sia ad una riduzione in proporzione delle perdite.

Al momento dell'archiviazione dell'istanza, o alla conclusione positiva delle trattative, le disposizioni sulla ricapitalizzazione rientrerebbero in vigore. Analogamente a quanto avviene nel-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

le ipotesi di omologa degli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* L. Fall. o del concordato preventivo *ex* artt. 161 e 186 *bis* L. Fall., non è da escludere che si debbano effettuare operazioni sul capitale nell'eventualità in cui la riduzione del debito per effetto degli accordi non fosse idonea a generare plusvalenze sufficienti a riportare le perdite al di sotto del limite previsto dagli artt. 2446 e 2447 Cc.

Parimenti, tornerebbero ad essere pienamente operanti, sempre a partire dalla conclusione della trattativa, anche le disposizioni sulla responsabilità dell'organo amministrativo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

Le trattative e le autorizzazioni del tribunale

Matteo Sala, Alessandro Danovi

SOMMARIO: 6.1 La gestione dell'impresa – 6.2 Il ruolo dell'esperto nell'esame preventivo degli atti di straordinaria amministrazione – 6.3 Le autorizzazioni del tribunale

6.1 La gestione dell'impresa

Uno degli aspetti di particolare interesse della nuova normativa riguarda la gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata della crisi. In particolare l'articolo 21 CCI statuisce che l'imprenditore conserva la gestione sia ordinaria che straordinaria dell'impresa, pur con talune precisazioni:

- se l'imprenditore versa in stato di crisi (che, ricordiamo, il Codice della Crisi definisce come "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*") la gestione deve evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;
- se l'imprenditore risulta invece insolvente (e, quindi, è "incapace di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni") ma esistono concrete prospettive di risanamento, la gestione deve avvenire nel prevalente interesse dei creditori;
- l'imprenditore mantiene ferme le proprie responsabilità, sia sotto il profilo civile sia sotto quello penale.

Ci si deve innanzitutto chiedere se vi sia o meno sovrapponibilità della situazione di insolvenza con quella di crisi, posto che secondo il criterio dettato dall'articolo 160, comma 3 della legge fallimentare "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*". In proposito si ritiene di poter rispondere positivamente precisando che in ipotesi di insolvenza la gestione debba avvenire sia nell'interesse dei creditori sia evitando pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e che solo in ipotesi di conflitto debba prevalere il primo aspetto sul secondo.

Ci si deve poi interrogare su quali siano le condotte che l'imprenditore deve tenere per gestire l'impresa in modo da "evitare pregiudizio alla sostenibilità economico- finanziaria dell'attività" o nel "prevalente interesse dei creditori". A tal proposito è il decreto dirigenziale emesso dal Ministero della Giustizia il 28 settembre 2021 a precisare che"*non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico- finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono)".

Quanto invece alla gestione nel prevalente interesse dei creditori, si ritiene che l'aspetto predominante da considerare sia la tutela e valorizzazione del patrimonio dell'impresa e dunque, in ultima istanza, delle prospettive di soddisfacimento di questi ultimi; ovviamente, nella valutazione del possibile pregiudizio ai creditori occorrerà tenere anche in considerazione gli effetti patrimoniali di una gestione reddituale e finanziaria non sostenibile.

Un ulteriore quesito rilevante è quello circa la necessità del rispetto, quantomeno in condizioni di insolvenza, del principio della *par condicio creditorum* nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto. In proposito occorre considerare che, se da un lato la norma ribadisce espressamente il permanere delle responsabilità civili e penali dell'imprenditore per gli atti compiuti, dall'altro prevede espressamente – all'articolo 24 – l'esenzione:

- dalla revocabilità ordinaria e fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere dall'imprenditore, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti;
- da reati di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, nella fattispecie preferenziale, dei pagamenti e delle operazioni compiuti in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto (e purché quest'ultimo non abbia iscritto il proprio dissenso al registro delle imprese).

Del resto, già nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione è prevista – all'articolo 182 *quinquies*, co. 5 e 6 della legga fallimentare – una deroga al principio della *par condicio creditorum* laddove il pagamento di un credito anteriore risultasse essenziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionale ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Nel caso dell'articolo 182 *quinquies* della legge fallimentare, tuttavia, la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per l'esenzione avviene in via preventiva e, quindi, consente alle parti – sia quella che effettua il pagamento, sia quella che lo riceve – di avere certezze sulle tutele del pagamento prima che questo avvenga. Nel caso della composizione negoziata, invece, la valutazione di coerenza sembra essere prevista unicamente *ex-post* e peraltro potenzialmente soggetta ad ampia discrezionalità. In questo senso, non si può che raccomandare che ogni pagamento, quantomeno in situazione di insolvenza dell'imprenditore, sia valutato con particolare prudenza.

6.2 Il ruolo dell'esperto nell'esame preventivo degli atti di straordinaria amministrazione

Un aspetto rilevante riguarda poi il compimento degli atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, per cui la norma richiede la preventiva informativa scritta all'esperto. L'esperto qualora ritenga che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

Tali previsioni suscitano una serie di domande con particolare riferimento a:

- le tempistiche dell'informativa, ovverosia l'entità del preavviso che deve essere concesso all'esperto prima del compimento dell'atto. Risulta quindi opportuno che l'esperto, una volta nominato, provveda a formalizzare all'imprenditore l'indicazione delle tempistiche

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che ritiene necessarie, tenendo eventualmente anche conto delle peculiarità dell'impresa e delle sue specifiche necessità;

- le tempistiche per la trasmissione della segnalazione da parte dell'esperto, ovverosia entro quale termine l'esperto possa segnalare all'imprenditore e all'organo di controllo il possibile pregiudizio arrecato dall'eventuale compimento dell'atto. Anche in questo caso, è bene che l'esperto faccia preventiva chiarezza con l'imprenditore, anche al fine di facilitare l'instaurazione di un rapporto di fiducia e confronto;
- quali siano i criteri per definire la straordinarietà o meno di un atto o la coerenza o meno di un pagamento: su questo tema interviene il già citato decreto dirigenziale emesso dal Ministero di Giustizia, il quale propone un elenco esemplificativo di atti da considerarsi eccedenti l'ordinaria amministrazione (le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda; la concessione di garanzie; i pagamenti anticipati delle forniture; la cessione pro soluto di crediti; l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate; la rinunzia alle liti e le transazioni; le ricognizioni di diritti di terzi; il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni; l'effettuazione di significativi investimenti; i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate; la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale; gli atti dispositivi in genere) e un elenco di pagamenti che di norma possono considerarsi coerenti con lo svolgimento di un'attività (il pagamento di retribuzioni a dipendenti, di provvigioni ad agenti, di compensi a co.co.co, di debiti fiscali e contributivi, di debiti commerciali – con esclusione delle parti correlate – nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi, di rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali quando non sia in essere una moratoria e in tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione) e da cui poter ricavare – in negativo – le fattispecie cui porre particolare attenzione;
- chi e come possa rilevare l'intervenuto compimento di un atto in assenza di informativa e quali siano le relative eventuali conseguenze.

Il meccanismo ricorda quello disciplinato nel concordato preventivo dall'articolo 167, co. 2 della legge fallimentare (che dispone la necessità che l'imprenditore si munisca di specifica autorizzazione da parte del giudice delegato per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione), pur con talune significative differenze.

La principale differenza riguarda certamente la natura vincolante del parere dell'organo: difatti, se nel concordato preventivo la mancata autorizzazione da parte del giudice delegato comporta l'inefficacia dell'atto rispetto ai creditori anteriori al concordato e il rischio di revoca della procedura ai sensi dell'articolo 173 della legge fallimentare, la segnalazione dell'esperto nella composizione negoziata della crisi non preclude all'imprenditore la possibilità di procedere al compimento dell'atto, né l'efficacia di quest'ultimo.

Tuttavia, nel caso in cui l'imprenditore decida di dare compimento all'atto nonostante la segnalazione ricevuta, deve informarne immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

L'iscrizione al registro delle imprese è solo eventuale nel caso in cui l'esperto consideri l'atto pregiudizievole delle trattative o delle prospettive di risanamento, mentre è obbligatoria nel caso in cui venga ravvisato un potenziale pregiudizio degli interessi dei creditori; l'iscrizione del dissenso da parte dell'esperto e la sua pubblicità ai terzi risulta rilevante ai fini dell'eventuale revocabilità degli atti; difatti il comma 3 dell'articolo 24 statuisce che gli atti di straordinaria

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di revocatoria sia ordinaria che fallimentare (cfr. articoli 66 e 67 della legge fallimentare, ovvero agli articoli 165 e 166 del Codice della crisi) se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Oltre a procedere all'iscrizione nel registro delle imprese del proprio dissenso, l'esperto dovrà, nell'ipotesi in cui l'imprenditore benefici delle misure protettive o cautelari disciplinate dalla normativa in esame, effettuare una segnalazione al giudice, il quale potrà, sentite le parti, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata.

Una considerazione merita la circostanza per cui la segnalazione dell'esperto viene trasmessa, oltre che all'imprenditore, anche all'organo di controllo; ciò evidentemente consentirà all'organo di esercitare al meglio i propri poteri/doveri di vigilanza e, qualora lo ritenga opportuno e pur nei limiti dei propri poteri, di attivarsi per evitare il compimento dell'atto. Difatti, è bene ricordare che la norma precisa chiaramente che resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti, con la conseguenza che in ogni caso la presenza dell'esperto non fa venir meno la potenziale corresponsabilità dell'organo di controllo per il caso di *culpa in vigilando*.

6.3 Le autorizzazioni del tribunale

Nell'ambito della gestione, l'articolo 22 prevede che l'imprenditore possa adire il tribunale (competente per territorio ai sensi della legge fallimentare) affinché quest'ultimo lo autorizzi a:

- **contrarre finanziamenti prededucibili** (anche in capo a una o più società facenti parte del gruppo, nel caso in cui la procedura sia stata richiesta per il gruppo d'imprese);
- **contrarre finanziamenti prededucibili da parte dei soci**, anche in deroga agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* del Codice civile. Peraltro, si deve rilevare come, al contrario di quanto disciplinato dall'articolo 182 *quater* della legge fallimentare nel caso di finanziamenti contratti in esecuzione o in funzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la norma non limita la prededucibilità all'80% dell'importo finanziato;
- **trasferire l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, co. 2, del Codice civile** (rimanendo invece immutate le tutele dei lavoratori disciplinate dall'articolo 2112 del Codice civile), dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti.

Tali autorizzazioni possono essere rilasciate solo previa verifica della funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. In questo senso appare rilevante anche il parere che potrà essere reso dall'esperto – che sarà auspicabilmente sentito dal tribunale nell'ambito delle attività istruttorie – il quale dovrà tenere conto non solo delle conseguenze che gli atti potranno avere sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, ma anche provvedere a comparare la soluzione prospettata con le alternative concretamente praticabili.

È evidente come la necessità di autorizzazione da parte del tribunale non costituisca in questo caso una limitazione alla libertà nella gestione dell'impresa, ma è prevista a tutela di coloro i cui diritti potrebbero risultare compressi. Anche per questo motivo, la norma prevede che l'autorizzazione venga emessa dal tribunale, in composizione monocratica, solo all'esito di un procedimento nell'ambito del quale i) vengono sentite le parti interessate; ii) vengono assunte le informazioni necessarie; iii) il giudice può, ricorrendone la necessità, essere assistito da un au-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

siliario. Il provvedimento assunto è reclamabile al tribunale in sede collegiale, di cui ovviamente non potrà far parte il magistrato che ha espresso la prima pronuncia.

Ovviamente, al fine di consentire l'affidamento dei terzi, gli atti autorizzati dal tribunale conserveranno i propri effetti anche nel caso in cui dovesse successivamente intervenire una procedura di natura concorsuale.

Non ha invece trovato conferma, nel testo definitivo della norma, la disposizione che consentiva all'imprenditore di richiedere al tribunale di intervenire per la rideterminazione del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita, per i quali la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2.

Rimane invece, seppur in nuova collocazione (articolo 17), la possibilità da parte dell'esperto di invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

Le misure premiali nella composizione negoziata

Andrea Rosati

SOMMARIO: 7.1 Introduzione alla composizione negoziata della crisi– 7.2 Le misure premiali

7.1 Introduzione alla composizione negoziata della crisi

Già nel corso del 2021 con il graduale ritorno alla normalità e la fine degli aiuti Covid alle imprese, fra tutti le moratorie bancarie e la sospensione delle attività di accertamento e riscossione da parte dell'Agenzia delle Entrate, il legislatore aveva avvertito la necessità di intervenire in "via di urgenza" con una disciplina che, nel rinviare temporaneamente l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa, forniva nel contempo alle imprese in difficoltà ulteriori strumenti per la risoluzione della crisi.

D'altro canto l'aumento del numero di imprese in crisi o insolventi generato dalla pandemia non poteva essere gestito unicamente con gli istituti del regio decreto del 16 marzo 1942 in attesa dell'entrata in vigore del Codice della Crisi.

A fronte di tale situazione il Dl 118/2021 aveva introdotto la composizione negoziata, strumento finalizzato ad intercettare le situazioni di probabile insolvenza mediante un procedimento.

A distanza di circa 8 mesi, tale strumento viene "inglobato", senza sostanziali modifiche, dal Codice della Crisi d'Impresa collocandosi negli artt. 12 e seguenti del nuovo testo normativo.

Come già evidenziato dai commentatori del Dl 118/2021 si tratta di un percorso esclusivamente volontario e riservato che l'imprenditore in difficoltà, in crisi o anche in stato di insolvenza, può decidere di intraprendere e che prevede la nomina di un "esperto" indipendente che valuta inizialmente lo stato di salute dell'impresa e, verificata la sua risanabilità, lo assiste nelle trattative con i creditori.

Compito dell'esperto non è quello di sostituirsi all'imprenditore e ai suoi consulenti, bensì quello di formare e coordinare il tavolo negoziale della crisi nell'alveo di un procedimento extragiudiziale.

L'utilizzo di tale percorso consentirà, auspicabilmente, di condurre le trattative in tempi ragionevolmente celeri con l'utilizzo delle migliori *best practice*, laddove l'esperto verifichi *ex ante* l'esistenza di ragionevoli prospettive di risanamento. Tale verifica dovrà necessariamente svolgersi mediante un confronto con l'impresa ed i suoi consulenti, anche nell'ottica di migliorare la qualità del piano che l'impresa intende presentare ai creditori e la sua appetibilità rispetto all'alternativa liquidatoria. Nel percorso di composizione negoziata non vi è l'esigenza di ricorrere al tribunale posto che, come già sottolineato, le trattative si svolgono tra l'imprenditore e le parti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

interessate con l'ausilio e la competenza dell'esperto, che ne facilita la conduzione e contemporaneamente verifica l'utilità delle trattative e l'assenza di un ingiusto pregiudizio per i creditori.

L'intervento dell'autorità giudiziaria è previsto solo in casi particolari, come ad esempio in caso di richiesta di misure protettive, laddove vi sia l'esigenza di conservare il patrimonio dell'impresa rispetto a iniziative che possono turbare il regolare corso delle trattative.

Gli sbocchi della negoziazione sono illustrati nell'art. 23 del Codice della Crisi.

Nel dettaglio il comma 1 riguarda i casi in cui attraverso le trattative sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi. In tale ipotesi, alternativamente, le parti possono concludere:

- la sottoscrizione di un accordo con uno o più creditori, idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni secondo la relazione finale dell'esperto;
- una convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 62;
- un accordo sottoscritto da tutte le parti coinvolte nella negoziazione, compreso l'esperto, che produce gli effetti del piano di cui agli artt. 166, comma 3, lettera d), e 324.

Il comma 2 prevede un'ulteriore ipotesi di conclusione della procedura: la conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61.

Infine, ai sensi del comma 3, sempre all'esito delle trattative, l'imprenditore può (in alternativa alle altre precedenti soluzioni):

- redisporre un piano di risanamento di cui all'art. 56;
- proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25 *sexies*;
- accedere ad uno dei quadri di ristrutturazione preventiva o alle procedure sulle grandi imprese in stato di insolvenza.

7.2 Le misure premiali

Nel quadro sopra delineato si innestano le misure premiali – di natura tributaria –, previste dall'art. 25 *bis* del Codice della Crisi. Si tratta di disposizioni normative che erano in parte già previste dalla prima bozza del Codice della Crisi e che sono state ulteriormente rafforzate nella parte che riguarda la rateazione del carico fiscale non iscritto a ruolo.

In dettaglio la norma dispone, al **primo comma**, che gli interessi che maturano sui debiti tributari sono ridotti alla misura legale in relazione al periodo che va dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sino alla conclusione della composizione negoziata della crisi, qualora la stessa si perfezioni secondo uno degli strumenti di composizione previsti dall'art. 23, commi 1 e 2.

Tale misura determina un risparmio non trascurabile dell'onere tributario a carico dell'impresa e una generale semplificazione nella quantificazione del debito, posto che la disciplina dei tassi di interesse in materia fiscale risulta frammentata a causa della stratificazione delle norme che la riguardano.

Il **secondo comma** prevede che le sanzioni per le quali sia prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato arco temporale dalla comunicazione dell'atto, sono ridotte al minimo qualora il termine per il versamento scada dopo la presentazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi. L'intento della norma sembrerebbe quello di "sterilizzare" parzialmente il sistema sanzionatorio cercando di non penalizzare eccessivamente l'impresa durante le trattative con i creditori.

Il **terzo comma** dell'art. 25 *bis* dispone che le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

anteriormente al deposito dell'istanza di composizione negoziata della crisi, se rientranti nel perimetro della composizione medesima, sono ridotti al 50% laddove le trattative si concludano secondo una delle forme previste dall'articolo 23, commi 2 e 3.

Il **quarto comma** prevede che in caso di pubblicazione presso il Registro delle imprese del contratto ritenuto idoneo dall'esperto ai fini della continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni (art. 23, comma 1, lett. a)) o dell'accordo di cui all'art. 23, comma 1, lett. c), l'Agenzia delle Entrate concede al debitore, su istanza del medesimo sottoscritta anche dall'esperto, una rateazione del carico fiscale non ancora iscritto a ruolo, a titolo di tributi diretti, Irap, ritenute erariali, Iva e relativi accessori, fino ad un massimo di 72 rate mensili.

L'imprenditore decade automaticamente dal beneficio della rateazione qualora depositi presso l'autorità giudiziaria un ricorso ai sensi dell'art. 40, nonché in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale o della liquidazione controllata o di accertamento dello stato di insolvenza. Il contribuente decade inoltre dal beneficio della rateazione ove si renda inadempiente, rispetto al piano dilazionato, con riferimento al mancato pagamento anche di una sola rata scaduta. L'intento del legislatore è evidentemente quello di favorire l'imprenditore nelle negoziazioni con i creditori potendo prevedere sin da subito la rateazione dei tributi non ancora iscritti a ruolo senza dover attendere la notifica della cartella. Si tratta di un tema problematico noto ai consulenti e agli attestatori dei piani di risanamento che, ai fini dei loro calcoli, possono solo ipotizzare la rateazione dei debiti tributari non iscritti a ruolo.

Il **quinto comma** della norma in commento dispone che dalla pubblicazione nel Registro delle imprese di uno dei seguenti strumenti: contratto ritenuto idoneo dall'esperto ai fini della continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni, accordo di cui all'art. 23, comma 1, lettere a) e c), o degli accordi di cui all'art. 23, comma 2, si applicano le "agevolazioni" previste, ai fini delle imposte dirette, dagli artt. 88, comma 4 *ter*, e 101, comma 5, Dpr 917/1986 (Testo unico delle imposte sui redditi). L'articolo 88, comma 4 *ter*, del Tuir prevede, in generale, un regime di detassazione, ovvero di imposizione limitata in relazione ai componenti di reddito positivi derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa in occasione delle procedure concorsuali alternative al fallimento previste dalla legge fallimentare. La norma prevede in particolare la detassazione, senza limiti, delle sopravvenienze derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa in seguito all'omologazione della procedura di concordato fallimentare o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero di procedure estere equivalenti. Nel caso di procedure diverse da quelle liquidatorie, ovvero quelle in cui si prevede il risanamento dell'impresa, la detassazione è prevista solo per l'importo che eccede:

a) le perdite fiscali del periodo e quelle pregresse dell'impresa senza computare il limite dell'80%;
b) il *plafond* di interessi non dedotti e riportati ai sensi dell'art. 96 c. 4;
c) l'eccedenza ACE riportata dagli esercizi precedenti ai sensi dell'art. 1, comma 4, Dl 201/2011. In questa fattispecie dovrebbero ragionevolmente ricadere i contratti e gli accordi previsti dalla composizione negoziata, i quali prevedono espressamente il mantenimento o il recupero della continuità aziendale in capo al debitore che non cessa la propria attività. L'art. 101, comma 5, del Tuir si riferisce invece alla possibilità di considerare deducibili dal reddito d'impresa, nella prospettiva dei creditori dell'imprenditore, i crediti verso il medesimo, laddove il debitore sia assoggettato a procedere concorsuali o abbia concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

Infine, l'**ultimo comma** dell'art. 25 *bis* dispone che in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata o comunque nel caso di accertamento dello stato d'insolvenza, gli interessi e le sanzioni tributarie sono dovuti senza le riduzioni previste ai commi 1 e 2 dello stesso articolo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

La conclusione del percorso di composizione negoziata

Marco Arato

SOMMARIO: 8.1 La stipulazione di un contratto di diritto privato – 8.2 La convenzione di moratoria – 8.3 Il c.d. piano di risanamento senza attestazione – 8.4 L'omologazione di un accordo di ristrutturazione – 8.5 Ulteriori alternative percorribili all'esito della composizione negoziata

Il nuovo strumento della composizione negoziata può avere diversi esiti, a seconda del fatto che le trattative effettuate sotto la supervisione dell'esperto abbiano successo o meno. Ai sensi dell'art. 23, comma 1, CCI già art. 11 comma 1 Dl 118/2021[1], difatti, allorquando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi le parti possono, in via alternativa:

a. concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti premiali di cui all'art. 25 *bis* CCI, già art. 14 Dl 118/2021, nel caso in cui, secondo la relazione finale dell'esperto, esso sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale dell'impresa per un periodo non inferiore a due anni;
b. concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62 CCI (già art. 182 *octies* L.F.);
c. concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce sostanzialmente i medesimi effetti di cui al piano attestato di risanamento *ex* art. 166 c. 3 lett. d) e 324 CCI (già art. 67, comma 3, lett. d), L.F.).

8.1 La stipulazione di un contratto di diritto privato

La prima soluzione proposta contempla la stipulazione di un contratto di diritto privato, per il quale l'unico requisito richiesto al fine del superamento della verifica dell'esperto è che esso sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo minimo di due anni. Il contratto in discorso, pertanto, sarà disciplinato secondo le normali disposizioni di diritto comune e potrà interessare anche un solo creditore, a patto che l'accordo raggiunto con quest'ultimo sia in grado

1 Sugli esiti di cui all'art. 11 Dl 118/2021, cfr. S. Bonfatti, Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Esito della procedura: il "contratto biennale" e la Convenzione di moratoria, in IlDirittodellaCrisi.it, 1° marzo 2022; V. Zanichelli, Gli esiti possibili della composizione negoziata, in IlDirittodellaCrisi.it, 26 ottobre 2021; L. Panzani, Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso, in Fall., 2021, p. 1591 ss.; L. Panzani, Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, in IlDirittodellaCrisi.it, 25 agosto 2021, 34.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di tutelare il risanamento e la stabilità dell'azienda nel suo complesso. L'art. 23 comma 1 lett. a) CCI non aggiunge molto al riguardo. Rimangono pertanto alcuni interrogativi. Ci si potrà anzitutto chiedere se il contratto in discorso possa essere sottoscritto unicamente con creditori ovvero anche con altri soggetti che, pur non essendo creditori in senso proprio, possono avere un ruolo essenziale nel risanamento dell'impresa debitrice[2]. Ancora, ci si potrà chiedere se il biennio di continuità aziendale che deve essere assicurato dal contratto sia di per sé sufficiente per la positiva conclusione della composizione negoziata ovvero debba comunque portare al definitivo risanamento dell'impresa: ove si propenda per questa seconda lettura, un contratto che preveda la prosecuzione biennale dell'attività aziendale dell'impresa debitrice e la successiva liquidazione della stessa non potrebbe essere ritenuto idoneo ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. a), CCI.

8.2 La convenzione di moratoria

Con la convenzione di moratoria prevista dall'art. 23, comma 1 lett. b), invece, il debitore raggiunge un accordo con i suoi creditori, diretto a regolamentare provvisoriamente gli effetti della crisi, prevedendo *(i)* la dilazione delle scadenze dei crediti, *(ii)* la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e *(iii)* ogni altra misura che non comporti una definitiva rinuncia al credito vantato nei confronti del debitore. Contrariamente a quanto stabilito dagli artt. 1372 e 1411 Cc, la convenzione non produce effetti tra i soli soggetti contraenti, ma è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria.

La stipulazione di una convenzione *ex* art. 62 CCI, già art. 182 *septies* L.F., richiede però alcuni prerequisiti: a) tutti i creditori appartenenti alla categoria devono essere stati informati dell'avvio delle trattative o comunque devono essere stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede (ciò comporta anche che i creditori in discorso abbiano ricevuto informazioni aggiornate sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa debitrice, nonché sulla convenzione e i suoi effetti); b) i creditori aderenti appartenenti alla categoria devono rappresentare il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria (ciò naturalmente non preclude la possibilità che un creditore possa vantare crediti inseriti in categorie diverse); c) i creditori non aderenti della medesima categoria che, però, sono comunque interessati dagli effetti della convenzione, devono subire un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite; d) infine, un professionista indipendente ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. p) CCI, deve attestare la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui alla lettera c) dell'art. 62 (intese come la proporzionalità e coerenza degli effetti della convenzione, rispetto alla soluzione della crisi perseguita dall'impresa debitrice).

Altra peculiarità della convenzione è il divieto (valido nei medesimi termini anche per gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 61 CCI, già art. 182 *septies* L.F.) di imporre, per il tramite della convenzione, ai creditori della medesima categoria non aderenti, l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affi-

2 S. Bonfatti, Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa, cit., pur non convinto della ratio sottesa alla scelta del legislatore, conclude per la rilevanza del contratto raggiunto con i soli creditori, in forza di una interpretazione letterale della norma.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

damenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti (la disposizione precisa altresì che non si considera come nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati)[3].

Agli effetti derivanti dai rispettivi regolamenti pattizi, i due tipi di accordi ora richiamati aggiungono anche le misure premiali di cui all'art. 25 *bis* CCI (che si concretizzano, in breve, in vantaggi in termini di interessi e sanzioni tributarie)[4]. Al riguardo, però, va osservato che, se è vero che i due possibili esiti ora descritti beneficiano delle misure premiali di cui all'art. 25 *bis* CCI (che sono comunque importanti per il risanamento dell'impresa, e sono ancora più importanti tenuto conto che molte imprese si sono "finanziate" con l'erario), è altrettanto vero che al riguardo nulla si prevede in merito alla conservazione degli effetti degli atti in caso di successivo concordato preventivo o, peggio, di fallimento. Non è infatti prevista né la prededuzione per gli atti esecutivi del contratto né l'esenzione da revocatoria né l'esimente penale. Ed infatti, l'art. 24 CCI[5] limita la conservazione degli effetti della composizione negoziale anche in caso di procedura concorsuale ai soli atti autorizzati dal tribunale *ex* art. 22 CCI (e cioè i finanziamenti prededucibili anche dei soci, la cessione dell'azienda in deroga all'art. 2560 Cc e la riconduzione ad equità del contratto "squilibrato".

Il nuovo art. 22 CCI, infatti, prevede l'obbligo delle parti di collaborare tra loro secondo buona fede per rideterminare il contenuto del contratto, ove rivelatosi eccessivamente oneroso. Da un lato, dunque, si amplia l'ambito di applicazione della disposizione rispetto all'art. 10 Dl 118/2021 a qualunque contratto (e non solo agli squilibri nel sinallagma dovuti alla pandemia), mentre, dall'altro, si riduce conseguentemente la capacità incisiva del potere del tribunale.

Inoltre, non sono soggetti a revocatoria gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere dal debitore successivamente all'accettazione dell'esperto "*purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti nel momento in cui sono stati compiuti*" e gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dopo l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sui quali l'esperto non abbia espresso il proprio dissenso.

In sostanza non vi è alcuna esenzione da revocatoria per gli atti esecutivi del "contratto" in esecuzione della composizione negoziata e compiuti dopo la chiusura della stessa e non vi è neppure nessuna esimente penale. Sotto questo profilo, specie il "contratto" *ex* art. 23, comma 1, lett. a), del Codice della Crisi appare scarsamente appetibile per i creditori in quanto la prospettiva della continuità può essere scoraggiata dal rischio di revocatorie, in caso di errata valutazione circa la fattibilità del piano sottostante il contratto e di successivo fallimento della società.

8.3 Il c.d. piano di risanamento senza attestazione

Sotto questo profilo, diversamente, l'accordo *ex* art. 23, comma 1, lett. c), CCI (il c.d. piano di risanamento senza attestazione) si presenta molto più interessante. Ed infatti, la norma lo de-

3 In proposito al divieto in discorso, si rinvia a quanto si dirà più approfonditamente, infra, in relazione agli accordi di ristrutturazione ex art. 182 septies L.F.

4 Sulle misure premiali, tra gli altri, cfr. G. Bizioli, Le "misure premiali" tributarie introdotte con il Dl 24 agosto 2021, n. 118, in IlDirittodellaCrisi.it, 27 gennaio 2022.

5 L'art. 12 Dl 118/2021 sarà recepito nel Codice della crisi quale nuovo art. 24 CCI. In relazione all'art. 12 Dl 118/2021, per un approfondimento, v. A. Pezzano e M. Ratti, La conservazione degli effetti in caso di insuccesso della composizione negoziata, in IlDirittodellaCrisi.it, 16 novembre 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

finisce come un "*accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli artt. 166 comma 3 lett. d) e 324 CCI*". Nella versione originaria del Dl 118/2021 era scritto che " *in tal caso non occorre l'attestazione prevista dal medesimo art. 67 comma 3 lett. d)*" mentre attualmente è previsto che *"con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto da atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza"*. La precisazione che l'accordo produce gli effetti di cui all'art. 166, comma 3, lett. d, CCI riguarda l'esenzione da revocatoria anche ordinaria per gli atti esecutivi dell'accordo, e il richiamo all'art. 324 CCI si riferisce alla non applicabilità di alcune fattispecie penalmente rilevanti agli atti posti in essere in esecuzione di detto accordo.

L'accordo in discorso è in sostanza un piano di risanamento attestato *ex* art. 56 CCI con alcune modifiche:

- anche l'art. 23, così come l'art. 56 CCI, enfatizza il ruolo dell'*"accordo"* con i creditori rispetto al piano. Non c'è però dubbio che il piano che dovrà essere redatto dall'imprenditore è un presupposto dell'accordo. Basti pensare che già nella domanda di accesso a questo strumento debba essere allegata una relazione sull'attività in concreto svolta recante "*un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare*" (v. art. 17, comma, 3, lett. b) CCI. Ma è la stessa essenza della composizione negoziata, volta al risanamento dell'impresa (v. art. 12, comma 1), ed è lo stesso ruolo dell'esperto che deve verificare la concretezza delle iniziative (art. 17, comma 5) e che deve condividere gli atti di straordinaria amministrazione (art. 21, comma 1), che presuppongono la presenza di un piano economico e finanziario;
- l'art. 23, comma 1, lett. c) si limita a parlare "*di accordo che produce gli effetti di cui agli artt. 166, comma 3 lett. d) e 324 CCI*". Pur nella sinteticità della norma, l'accordo sembra dover necessariamente essere "*idoneo a consentire il risanamento della posizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*", secondo quanto stabilisce l'art. 166, comma 3, lett. d), CCI e anche sotto questo profilo è evidente la necessità del piano al fine di consentire il risanamento dell'impresa, evidentemente in chiave prospettica;
- l'art. 23, comma 1, lett. c) prevede che l'accordo debba essere sottoscritto anche dall'esperto. Occorre chiedersi quali sono le conseguenze giuridiche della firma dell'accordo da parte dell'esperto. Non credo che la sottoscrizione dell'esperto possa sostituire l'attestazione e averne gli stessi effetti nonostante tra le due figure vi sia una similitudine di fondo: sia l'esperto sia l'attestatore devono essere indipendenti rispetto al debitore e devono avere importanti requisiti di professionalità e onorabilità.

L'attestatore deve verificare la veridicità dei dati aziendali e l'idoneità del piano a risanare l'impresa. L'esperto non ha esplicitamente questi compiti. Tuttavia, *dovendo* valutare "*l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento*" (art. 5, comma 5), *dovendo* esprimersi sulla concessione delle misure protettive (art. 7, comma 4), *dovendo* pronunciarsi sul compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore (art. 9, comma 3), *potendo* invitare le parti alla rinegoziazione di contratti eccessivamente onerosi (art. 10), *dovendo* redigere una relazione finale al termine dell'incarico (art. 8) nella quale deve dare atto del buono o cattivo esito della composizione negoziata, l'esperto è in qualche modo obbligato a verificare sia la veridicità dei dati contabili, sia le prospettive di risanamento. A ciò si aggiunga che l'art. 23 comma 1 lett. c) seconda frase prevede, seppur genericamente, che l'esperto debba dare atto del fatto che il piano è "*coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza*" (art. 23 CCI, nuovo testo). In questa si-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tuazione, anche se l'esperto non può essere considerato un attestatore, ha un ruolo "*super partes*" sul quale tutti gli *stakeholders* (e soprattutto i creditori) fanno affidamento. E la sua firma sull'accordo, che produce gli effetti di cui all'art. 166, comma, 3, lett. d), CCI, ne rappresenta la conferma.

Tenuto conto che l'esperto "*può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale*" (art. 16, comma 2), sarebbe opportuno che facesse ricorso a tali ausiliari ove non fosse autonomamente dotato di tali competenze. Pertanto, se, come ritengo, l'esperto ha un ruolo di garanzia non lontano da quello dell'attestatore, non è azzardato affermare che all'esperto si applicano le responsabilità civili assimilabili a quelle dell'attestatore nei confronti dei creditori e di tutti coloro che hanno confidato nel risanamento dell'impresa secondo quanto previsto dal piano. Non vi sono grandi dubbi, invece, sull'esclusione dell'applicazione all'esperto della responsabilità penale dell'attestatore, se non altro in ragione della specialità della disciplina penale, che non prevede tale fattispecie criminosa nei confronti dell'esperto e che, dunque, non può essere applicata in via meramente analogica;

- l'accordo deve essere sottoscritto "*dai creditori*". La norma non indica quali creditori. Non sarà ovviamente necessaria la firma di tutti i creditori, ma solo di quelli necessari per il risanamento dell'impresa (e l'attuazione del piano). Sarà l'esperto ad attestare la sufficienza dell'accordo con i soli creditori aderenti, fermo restando che i non aderenti dovranno essere regolarmente pagati alla scadenza;
- come per il piano di risanamento *ex* art. 166, comma 3, lett. d), CCI, anche per l'accordo la (eventuale) pubblicazione nel registro delle imprese consentirà ai creditori di dedurre fiscalmente le perdite relative ai mancati incassi;
- anche se l'art. 166, comma 3, lett. d), CCI non lo prevede, appare opportuno munire l'accordo di data certa, come imposto dall'art. 56, comma 2, CCI, soprattutto in funzione dell'accertamento della data dalla quale l'accordo è divenuto efficace e ha cominciato a trovare esecuzione;
- come per il piano di risanamento, anche per l'accordo troverà applicazione quella giurisprudenza di legittimità che consente la rivisitazione *ex post* dell'esenzione da revocatoria degli atti esecutivi del piano, quando si dimostra la manifesta inadeguatezza del piano per risanare l'impresa[6].

8.4 L'omologazione di un accordo di ristrutturazione

Ai sensi dell'art. 23, comma 2, CCI, all'esito delle trattative l'imprenditore può, altresì, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, nelle nuove articolazioni degli artt. 57, 60 e 66 CCI.

Anzitutto, sembra si possa concludere per l'inserimento, all'interno dell'accordo di ristrutturazione, della transazione fiscale e previdenziale *ex* art. 63. Ciò significa che l'omologazione dell'accordo potrà avvenire "*anche in mancanza di adesione dell'erario e degli enti previdenziali*", quando la proposta di accordo è conveniente rispetto al fallimento, e che l'eventuale adesione deve avvenire entro novanta giorni dal deposito della proposta al creditore.

6 Così, Cass. 5 luglio 2016, n. 17319, in DeJure; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3018, in DeJure. In giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Piacenza, 18 settembre 2020, in DeJure; Trib. Verona, 26 febbraio 2016, in Pluris.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come è noto, secondo la giurisprudenza ormai pressoché unanime la "*mancata adesione*" comprende non solo il silenzio ma anche il diniego da parte dell'Agenzia delle Entrate o degli enti previdenziali[7].

L'art. 61 ha lo stesso impianto del vecchio art. 182 *septies* L.F. relativo all'accordo con gli intermediari finanziari ma prevede che gli aderenti "*coatti*" non siano più solo i creditori finanziari, ma qualunque creditore purché *(i)* altri creditori aventi analoga posizione giuridica ed economica del creditore recalcitrante abbiano aderito all'accordo e rappresentino almeno il 75% dei creditori di tale categoria e *(ii)* i creditori aderenti in modo "*coatto*" vengano soddisfatti attraverso l'accordo in misura non inferiore rispetto al fallimento. Inoltre, l'accordo non deve essere liquidatorio, ma deve prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa in via diretta o indiretta (tramite la cessione a terzi dell'azienda).

Resta sempre il problema se la percentuale della soglia minima del 60% degli aderenti all'accordo, prevista dall'art. 57, comprenda o meno non solo i creditori genuinamente aderenti ma anche gli aderenti "*coatti*". Un'interpretazione di questo tipo, per quanto ad oggi minoritaria, sembra tuttora più convincente, anche e a maggior ragione nella nuova formula dell'art. 61 (in cui si esprimono principi non contrari a tale interpretazione), posto che anche gli aderenti "*coatti*" sono pur sempre aderenti e, quindi, sottratti all'obbligo di pagamento entro centoventi giorni dalla firma dell'accordo[8].

Né nella convenzione di moratoria di cui all'art. 62 né negli accordi ad efficacia estesa, ai sensi del quinto comma dell'art. 61, ai creditori *"coatti"* può essere imposta l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

Occorre prima di tutto chiedersi che cosa significa l'affermazione che non si può estendere agli aderenti coatti "*l'esecuzione di nuove prestazioni*". Ci si deve chiedere, infatti, se la disposizione faccia riferimento a nuove prestazioni diverse da quelle previste in contratti esistenti o a nuove prestazioni *tout court*.

L'interpretazione che sembra maggiormente condivisibile è quella per cui si debba restringere l'ambito della norma alle sole nuove prestazioni non previste in contratti di durata esistenti. In altre parole, ben può il debitore chiedere una moratoria sul pagamento del pregresso e nel contempo la prosecuzione di forniture/appalti in corso. Questa interpretazione è conforme a quella che è stata data sulla base dell'art. 182 *septies* L.F. ai contratti pendenti nel settore bancario, laddove, con riferimento alle linee autoliquidanti, si era ritenuto di estendere ai creditori non aderenti il mantenimento delle linee autoliquidanti nei limiti dell'utilizzato (e non dell'accordato). Altrimenti, la moratoria perderebbe di significato. D'altronde, lo stesso comma 3 dell'art. 182 *septies* L.F. afferma (nella seconda fase) che "*non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati*" e quindi conferma che il mantenimento della situazione esistente non è una nuova prestazione.

Se per i contratti di *leasing* la prosecuzione del contratto, con congelamento dei debiti pre-

7 In dottrina, al riguardo, cfr. L. Gambi, Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva, in IlCaso.it, 13 gennaio 2021, 3.

8 In proposito, sia consentito il rinvio a M. Arato, Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti bancari vs. concordato preventivo, in Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2017, 732.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

gressi, non costituisce nuova prestazione, la stessa regola dovrebbe applicarsi anche per la linea di credito autoliquidante nei limiti dell'utilizzato.

Sembra ragionevole, inoltre, ritenere che l'accordo possa prevedere una esclusione pattizia del *pactum de compensando* (diffuso nei contratti bancari) e che tale previsione possa essere estesa coattivamente in quanto non rappresenta una nuova prestazione, ma la rinuncia ad un diritto.

In conclusione, è indubbio che l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa (ma anche la convenzione di moratoria) rappresentino strumenti di applicazione pratica abbastanza complicata (come è confermato dalla scarsissima casistica giurisprudenziale verificatasi nel vigore dell'art. 182 *septies* L.F.). Tuttavia, la loro presenza costituisce un sicuro deterrente rispetto a comportamenti opportunistici. E questo solo fatto è sufficiente per valutarli positivamente a prescindere dalla loro futura diffusione.

Il debitore, infine, ha a propria disposizione anche l'alternativa dei c.d. accordi di ristrutturazione "agevolati".

Ai sensi dell'art. 60, la percentuale minima del 60% di creditori aderenti all'accordo può essere ridotta al 30%, se il debitore non fa richiesta di misure protettive e non propone la convenzione di moratoria prevista dall'art. 62.

Sembra ragionevole ritenere che a questi accordi di ristrutturazione agevolati possa, almeno teoricamente, applicarsi anche la disciplina degli accordi ad efficacia estesa disciplinati dall'art. 61, per cui si potranno avere accordi di ristrutturazione agevolati e ad efficacia estesa. In questo caso, si porrà anche il problema della rilevanza degli aderenti "*coatti*" al fine del raggiungimento della percentuale del 30%.

Con riferimento agli accordi di ristrutturazione, vale la pena rammentare pure che l'art. 59 non si limita ad estendere l'efficacia dell'accordo anche ai soci illimitatamente responsabili (comma 3) ma prevede, in forza del rinvio all'art. 1239 Cc, anche la liberazione dei garanti (comma 2), salvo che per gli aderenti "*coatti*" negli accordi con efficacia estesa previsti dall'art. 61, che conservano i loro diritti nei confronti dei garanti del debitore.

La scelta del legislatore è stata diversa rispetto al concordato preventivo nel quale il concordato è obbligatorio per tutti i creditori, che però conservano i loro diritti nei confronti dei garanti (art. 117). Si tratta di una scelta agevolativa per l'accordo di ristrutturazione che, a questo punto, ha un "*atout*" in più rispetto al concordato.

L'art. 23, comma 2 riduce, infine, la percentuale di creditori aderenti negli accordi con efficacia estesa *ex* art. 61 dal 75% al 60% "*se il raggiungimento dell'accordo* – con il 60% n.d.r. . *risulta dalla relazione dell'esperto*". Ciò significa che l'accordo con almeno il 60% dei creditori – *rectius* della categoria di creditori cui si intende estendere l'accordo – deve maturare nel corso delle trattative condotte sotto il controllo dell'esperto e non successivamente. Sotto questo profilo, l'abbassamento della percentuale avvicina moltissimo l'accordo di ristrutturazione al concordato preventivo in quanto la percentuale di aderenti sale solo di un 10% rispetto al concordato, e anche in questo caso il *cram down* viene applicato dal tribunale con l'omologazione dell'accordo.

Merita, infine, sempre con riferimento agli accordi di ristrutturazione, segnalare che l'art. 341 comma 3 L.F. prevede che i reati fallimentari si applichino nei confronti degli organi societari (bancarotta semplice e fraudolenta) e dei creditori (richiesta di crediti simulati e mercato di voto) anche in caso di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e di accordi di ristrutturazione con *cram down* del fisco.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.5 Ulteriori alternative percorribili all'esito della composizione negoziata

Da ultimo si segnala che, ai sensi dell'art. 23, comma 3, l'impresa debitrice avrà a sua disposizione, quali ulteriori alternative percorribili all'esito della composizione negoziata:

a. la predisposizione di un piano attestato di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. d), L.F.;
b. la proposizione di una domanda di c.d. "concordato semplificato" per la liquidazione del patrimonio, di cui all'art. 25 *sexies*[9];
c. l'accesso ad una delle procedure disciplinate dal Codice della crisi ovvero, ove ne ricorrano i presupposti, dal Dlgs 270/1999 (c.d. "legge Prodi *bis*") o dal Dl 347/2003, convertito con modificazioni dalla legge 39/2004 (c.d. "legge Marzano ") (sul tema si vedano Danovi A., *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Giuffrè, 2014 e Danovi A., Acciaro G., 2021 (a cura di), *L'amministrazione straordinaria*, Il Sole 24 Ore).

9 Sul quale, tra gli altri, cfr.: S. Leuzzi, Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario, in IlDirittodellaCrisi.it, 9 novembre 2021; G. Bozza, Il concordato semplificato introdotto dal Dl n. 118 del 2021, in IlDirittodellaCrisi.it, 5 ottobre 2021; S. Ambrosini, Il concordato semplificato: primi appunti, in IlCaso.it, 23 settembre 2021; R. Guidotti, La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in IlCaso.it, 8 settembre 2021; A. Farolfi, Le novità del Dl 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura", in IlDirittodllaCrisi.it, 6 settembre 2021; D. Galletti, Breve storia di una (contro)riforma "annunciata", in IlFallimentarista.it, 1 settembre 2021; F. Lamanna, Nuove misure sulla crisi d'impresa del Dl 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta, in IlFallimentarista.it, 25 agosto 2021; L. Panzani, Il Dl "Pagni", cit., in IlDirittodellaCrisi.it, 25 agosto 2021; S. Morri, Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, in IlFallimentarista.it, 24 agosto 2021; S. Pacchi, Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili), IlCaso.it, 9 agosto 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

Concordato semplificato e liquidazione del patrimonio

Andrea Panizza, Gilberto Montecchi

Con l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza – come modificato dal Decreto Correttivo con l'inserimento, tra le varie modifiche, della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa – resta confermata, in caso di esito negativo della composizione negoziata, la possibilità di accedere al **concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio** già previsto dall'art. 18 del Dl 118 ed ora trasfuso nell'art. 25 *sexies* del Codice, rientrante nel Capo II ("Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata") del Titolo II ("Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi").

La via d'uscita del Concordato liquidatorio semplificato, già prevista dall'art. 11 del Dl 118, viene dunque confermata anche nel Codice, all'art. 23, se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo.

Il Concordato liquidatorio semplificato – il "Concordatino", come l'hanno subito ribattezzato alcuni commentatori – sarebbe dunque (il condizionale, al momento, resta d'obbligo, essendovi sul punto opinioni contrastanti in dottrina) un nuovo istituto, utilizzabile unicamente in caso di esito negativo della Composizione negoziata, diverso dal Concordato preventivo "ordinario" previsto finora dall'art. 160 e seguenti della L.F. e confermato, ancorché con regole diverse, nel Codice.

Due sono le motivazioni per le quali il C.l.s. pare essere un istituto di nuovo conio non collocabile tra i concordati già disciplinati dalla L.F. (Concordato fallimentare e Concordato preventivo, compreso il "caso particolare" con continuità aziendale):

1. l'assenza di una valutazione giudiziale di tipo preliminare in sede di ammissione; e
2. la mancanza del voto dei creditori.

L'istituto, come detto, è regolato dall'art. 23 del Codice. Una volta che l'imprenditore – trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risultando ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa – abbia fatto richiesta di accesso alla Composizione negoziata e questa abbia avuto esito negativo, se l'esperto nominato dichiara nella relazione finale (i) che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, (ii) che non hanno avuto esito positivo e (iii) che le soluzioni individuate non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della suddetta relazione finale, una proposta di concordato – che può prevedere la suddivisione dei creditori in classi – per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione ed ai documenti indicati nell'art. 39 del Codice, ossia:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie;
- le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata;
- le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi;
- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione nonché l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto. Tali elenchi devono contenere l'indicazione del domicilio digitale dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali che ne sono muniti.

L'imprenditore **chiede l'omologazione** del concordato con ricorso presentato al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio centro degli interessi principali (quindi il riferimento è ora al c.d. "COMI" – acronimo dell'inglese *Center Of Main Interests* – e non più alla sede principale). Il ricorso è comunicato al Pubblico Ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel Registro delle Imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 6 (prededucibilità dei crediti), 46 (effetti della domanda di accesso al concordato preventivo), 94 (effetti della presentazione della domanda di concordato) e 96 (norme applicabili dalla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo) del Codice, equiparando dunque sotto tali profili il C.l.s. al Concordato preventivo.

Il Tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale dell'esperto ed il suo parere circa i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte, nomina un **ausiliario** ai sensi dell'art. 68 del Codice di procedura civile, assegnando allo stesso un termine per il deposito del proprio parere circa la proposta ed il piano di liquidazione. L'ausiliario – cui si applicano le disposizioni sulle incompatibilità previste per gli amministratori giudiziari dal Codice Antimafia – fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione. Si tratta, nella sostanza, di una figura assimilabile a quella del commissario giudiziale nel Concordato preventivo ancorché con poteri e funzioni evidentemente più limitate data la scelta di mantenere una procedura più *light* rispetto al Concordato preventivo per chi abbia tentato di risolvere anticipatamente la crisi, accedendo genuinamente alla Composizione negoziata.

Con il medesimo decreto di nomina dell'ausiliario, il Tribunale ordina che la **proposta**, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga **comunicata a cura del debitore ai creditori** come risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 39 del Codice (modifica questa che ha risolto un potenziale problema in quanto il Dl 118 prevedeva di inviare la comunicazione ai creditori risultati dall'elenco depositato in sede di domanda di accesso alla Composizione negoziata ma, più opportunamente, i destinatari della comunicazione devono essere tutti i creditori e dunque anche quelli divenuti tali successivamente), ove possibile mediante posta elettronica certificata, specificando in tale comunicazione dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e **fissa l'udienza per l'omologazione**. Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario per il deposito del proprio parere e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di quarantacinque giorni (nel Dl 118 erano trenta). **I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione** costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, **omologa il concordato** quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, **rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore**.

Nel C.l.s. non è dunque prevista una soglia minima di pagamento e l'obbligo di apporto di risorse esterne come nel Concordato preventivo liquidatorio.

La norma nulla dice circa i criteri di formazione delle classi, ma si ritiene che possano valere le medesime regole che si sono consolidate in applicazione ai Concordati previsti dalla Legge Fallimentare, peraltro riprese anche dal Codice.

Il Tribunale provvede con decreto motivato, immediatamente esecutivo, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. Il decreto, pubblicato a norma dell'art. 45 del Codice, è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai sensi dell'art. 247 del Codice. Il decreto della Corte d'appello è, a sua volta, ricorribile per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione.

L'ultimo comma dell'art. 25 *sexies* del Codice prevede che si applicano al C.l.s., in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 106 (atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura), 117 (effetti del concordato per i creditori), 118 (esecuzione del concordato), 119 (risoluzione del concordato), 324 (esenzioni dai reati di bancarotta) e 341 (disposizioni penali applicabili a concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria), sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario. Ai fini di cui all'art. 106, il decreto di cui al comma 4 (nomina dell'ausiliario e trasmissione della proposta ai creditori) equivale all'ammissione al concordato.

A fronte dell'**insuccesso del tentativo di bonario componimento tramite la Composizione negoziata**, il legislatore ha dunque ritenuto di introdurre con il Dl 118 questa nuova procedura concorsuale, molto più snella rispetto al Concordato preventivo, confermandola con l'entrata in vigore del Codice.

La fase esecutiva liquidatoria del C.l.s. è regolata dall'art. 25 *septies* del Codice.

Con il decreto di omologazione, il Tribunale nomina un liquidatore che potrà, a ben vedere, essere lo stesso ausiliario. Nei casi più complessi, il Tribunale potrà verosimilmente anche incaricare un collegio di liquidatori giudiziali. Qualora il piano di liquidazione presentato dal debitore preveda già l'individuazione del nominativo del liquidatore giudiziale con la fissazione di un compenso congruo, si può ritenere che il Tribunale – riscontrate l'indipendenza e la presenza dei dovuti requisiti professionali – possa, come già avviene nel Concordato preventivo (Cassazione 20 gennaio 2011, n. 1345 e 29 luglio 2021, n. 21815), confermare il professionista designato. La norma stabilisce che si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 114 (cessioni dei beni) del Codice per cui occorre la nomina del comitato dei creditori.

Nel caso in cui sia prevista, all'interno del piano di liquidazione, un'offerta da parte di un soggetto il quale intende acquisire l'azienda o uno o più rami di essa, il liquidatore giudiziale dovrà verificare l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dando poi esecuzione all'offerta, applicando alla vendita le disposizioni del Codice civile regolanti le vendite forzate di cui agli artt. da 2919 a 2929. Nel caso in cui l'offerta sia accettata prima dell'omologazione, alla vendita sarà data esecuzione dall'ausiliario, considerando sempre preventivamente le possibili alternative sul mercato e previa autorizzazione del Tribunale.

Come si vede, nonostante il rimando all'art. 114 del Codice, anche la fase esecutiva del C.l.s.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

si presenta come maggiormente snella rispetto al Concordato preventivo, prevedendo, in particolare, per il trasferimento dell'azienda o suoi rami ad un offerente pre-determinato la "sola" verifica da parte del liquidatore giudiziale dell'assenza di soluzioni migliori sul mercato in luogo dell'espletamento di una "vera e propria" procedura competitiva. Pur essendo qualificato come liquidatorio, il C.l.s. può dunque essere finalizzato – e ciò è anzi auspicato – alla **cessione a terzi dell'azienda o di rami d'azienda in esercizio**, salvaguardano così, in via indiretta, la continuità aziendale.

Quanto agli effetti tributari dell'apertura di un Concordato liquidatorio semplificato si ritiene che possano valere, sia per il debitore che per i creditori, le medesime "regole" del Concordato preventivo, ossia quelle previste dal Tuir in tema di sopravvenienze attive per riduzione dei debiti e di perdite su crediti e dall'art. 26 del Dpr 633/1972 circa l'emissione di note di variazione Iva per assoggettamento a procedura concorsuale del debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

La composizione negoziata minore nel Codice della crisi

Fabio Cesare

SOMMARIO: 10.1 Presupposti oggettivi – 10.2 Il presupposto oggettivo – 10.3 L'accesso alla procedura – 10.4 La documentazione da allegare all'istanza – 10.5 Lo svolgimento del procedimento di composizione negoziata minore – 10.6 Le misure cautelari e protettive – 10.7 Gli atti di straordinaria amministrazione – 10.8 Gli esiti della composizione negoziata minore

L'interpolazione del Codice della crisi e dell'insolvenza con le norme che disciplinano la composizione negoziata riguarda anche le imprese minori. Il nuovo art. 25 *quater* del Codice, ridisegnato dal Consiglio dei ministri per l'ennesima volta prima di entrare in vigore per recepire la Direttiva *Insolvency*, ridefinisce i presupposti soggettivi del procedimento, escludendo le *start up* innovative e le agricole sopra soglia che vengono regolate dalle disposizioni sulla composizione negoziata maggiore

10.1 Presupposti oggettivi

La nuova disposizione supera qualcuna delle aporie dell'art. 17 del Dl 118/2021 dedicato alla composizione negoziata delle imprese "minori", ovvero quelle che non hanno presentato i requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera d) del CCII, e ciò a prescindere dalla natura dell'iscrizione nel registro delle imprese. Va infatti ricordato, che *start up* innovative e imprese agricole sono escluse dalla liquidazione giudiziale (*ex* fallimento) e dagli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza maggiori poiché soggetti al sovraindebitamento come definito dall'art. 2 lett. c) del CCII. Si conferma pertanto l'asimmetria tra composizione negoziata e sovraindebitamento per le agricole e le *start up* sopra soglia, che possono accedere al sovraindebitamento ma non alla composizione negoziata minore.

10.2 Il presupposto oggettivo

L'unico presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata minore è la condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne renda probabile la crisi o l'insolvenza, purché sia ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La terminologia

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

utilizzata dal legislatore non è delle più felici, posto che l'espressione "probabile crisi" implica un giudizio prognostico che non esclude di per sé l'attualità dello stato di insolvenza. Preferibile rispetto all'interpretazione secondo la quale la sussistenza di uno stato di insolvenza all'inizio delle trattative sarebbe preclusiva della prosecuzione delle stesse (Lamanna F., *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, Quaderni de Il Civilista, Milano, 2021), appare quella secondo la quale la possibile reversibilità dello stato di insolvenza attuale possa consentire l'accesso all'istituto.

Infatti, è letteralmente preclusiva dell'attività dell'esperto la sola assenza in concreto di prospettive di risanamento, e non la presenza di uno stato di attuale insolvenza (Ambrosini S., *Autonomia privata ed eterotutela dei creditori nelle soluzioni negoziate della crisi: il pendolo riprende a oscillare*, in Le crisi d'impresa e del consumatore. Liber amicorum per Alberto Jorio, a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, 2021, 20 ss.; Jorio A., *Qualche ulteriore considerazione sul Dl 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 1° dicembre 2021).

Il decreto ministeriale Giustizia del 28 settembre 2021 ha definitivamente chiarito alla sezione I, punto 4 che l'insolvenza reversibile consente l'accesso al procedimento che ci occupa.

10.3 L'accesso alla procedura

L'istanza di accesso alla composizione negoziata delle imprese sottosoglia è regolamentata analogamente a quella delle imprese sopra soglia. Essa va presentata al segretario generale della Camera di commercio dove si trova la sede legale dell'impresa, a prescindere dal suo spostamento anteriore all'anno e a prescindere dalla collocazione del centro principale degli interessi della stessa. Il criterio formale prescelto può in linea astratta determinare significative discrasie con la competenza territoriale del giudice chiamato a decidere sulle misure protettive cautelari e il giudice degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. La competenza di questi ultimi è infatti disciplinata rispettivamente dagli art. 19 e 27 CCII: è affidata al Tribunale dove si trova la sede principale degli interessi del debitore, che coincide salvo prova contraria con la sede legale dell'impresa e che risulta insensibile al formale trasferimento all'anno anteriore al deposito del ricorso.

10.4 La documentazione da allegare all'istanza

L'istanza di accesso alla composizione negoziata è sostanzialmente allineata al corredo documentale richiesto per le imprese maggiori, con opportuni adattamenti. Il secondo comma dell'art. 25 *quater* del CCII richiama l'art. 17, terzo comma in materia ed esclude dal novero dei documenti da presentare il progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo, una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che il debitore intende adottare, richiesti invece per l'accesso alla composizione dei debitori sopra soglia. Trattasi dei seguenti documenti:

- i bilanci degli ultimi 3 esercizi, se non già depositati presso il registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi 3 periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni prima della presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;
- una dichiarazione sulla pendenza di ricorsi per la dichiarazione di liquidazione controllata per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale l'imprenditore attesta di non avere depositato ricorsi per il concordato minore; per le agricole è altresì necessario attestare anche la mancata pendenza di un accordo di ristrutturazione del debito;
- il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364 CCII;
- la situazione debitoria almeno richiesta all'Agenzia delle Entrate-Riscossione;
- il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'art. 363 CCII;
- un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

La documentazione deve essere inviata insieme alla relazione sulle cause dell'insolvenza tramite la piattaforma.

10.5 Lo svolgimento del procedimento di composizione negoziata minore

Depositata l'istanza e nominato l'esperto, auspicabilmente da scegliersi tra coloro che hanno almeno la qualifica di gestori, quest'ultimo dovrà preliminarmente verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento e accertare i rimanenti requisiti di accesso, tra i quali il mancato superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 2, comma 1, lettera d) del CCII.

Il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento previsto dal decreto ministeriale anzidetto dovrà essere opportunamente adattato alle caratteristiche contabili delle imprese sottosoglia, avvalendosi dei dati risultanti dalle dichiarazioni fiscali ove i bilanci non siano disponibili e pertanto potrà non tenere conto delle evidenze dello stato patrimoniale, non disponibile per le società a contabilità semplificata. Anche sotto questo profilo l'art. 25 *quater* CCII opera un rinvio alla disciplina già prevista per le imprese maggiori. Il professionista dovrà, quindi, accertare la propria indipendenza, il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessario per dedicarsi all'incarico per decidere se accettare l'incarico medesimo entro due giorni lavorativi dal ricevimento della nomina.

Resta, invece, un punto focale della fase iniziale del procedimento la convocazione del debitore, finalizzata a valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, da valutare rispetto a un piano che deve almeno essere esposto nelle battute iniziali. Naturalmente, già in questa primissima fase, potrebbe emergere l'impossibilità di dare seguito alle negoziazioni, in presenza di una situazione già definitivamente compromessa e/o a fronte di un atteggiamento dell'imprenditore fermo su posizioni inconciliabili con quelle di un possibile risanamento. In una simile evenienza, l'esperto dovrà comunicare l'impossibilità di proseguire nella procedura, chiedendone l'archiviazione immediata. Qualora, invece, sia confermata la probabilità di successo del tentativo di ristrutturazione, una volta predisposta una bozza di proposta, l'esperto dovrà stilare un calendario di incontri serrati per coltivare una convergenza di interessi con i creditori, con l'obiettivo di risolvere il dissesto entro centottanta giorni, prorogabili con l'assenso di tutte le parti. In questa fase, l'esperto può invitare le parti a rideterminare secondo buona fede il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute come disposto dall'art. 10, comma secondo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Anche le consultazioni con i creditori e/o con le altre parti correlate possono, evidentemente, far emergere, in una fase successiva, l'impossibilità di concludere positivamente la procedura di composizione negoziata, a fronte della conclamata indisponibilità a soluzioni che comunque comportino un accordo con uno o più creditori o l'intervento concordato di altri interessati.

In tale ipotesi si verifica la stessa situazione sopra descritta e con le medesime conseguenze: comunicazione dell'impossibilità di perseguire il risanamento e archiviazione della composizione negoziata.

10.6 Le misure cautelari e protettive

Anche le imprese minori potranno chiedere al Tribunale Ordinario competente *ex* art. 27 CCII le misure cautelari e protettive strumentali sino al buon esito delle negoziazioni, già disciplinate dall'art. 54 CCII: il legislatore introduce così per le imprese minori un ombrello protettivo preventivo non più collegato al provvedimento di apertura della procedura concorsuale.

Le misure protettive sono definite dal codice della crisi all'art. 2, lett. p) come "*le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fasedelle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza*", mentre le misure cautelari sono definite all'art. 2 lett. q) come "*provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*". Con il deposito dell'istanza di nomina dell'esperto o in un momento successivo, l'impresa può chiedere l'applicazione delle misure protettive e cautelari. La domanda delle prime è corredata dai bilanci degli ultimi tre anni, da un elenco dei creditori, da un progetto di piano provvisorio e da un piano finanziario per i successivi sei mesi (non richiesti per il deposito della composizione minore) e da un'autocertificazione sulla possibilità di risanamento dell'impresa.

Si noti, con particolare riferimento alle imprese sotto soglia, come l'obbligo di deposito del piano finanziario, pur escluso dal corredo documentale iniziale, torni a essere necessario in caso di richiesta di applicazione di misure protettive o cautelari.

Dal giorno della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni cautelari sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa; è tuttavia possibile escludere volontaristicamente la protezione su altri beni, come i beni dei soci garanti fideiussori dei debiti sociali (si veda a riguardo Platania F., *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 Cc*, in Il fallimentarista 2021); non sono invece inibiti i pagamenti anche dei debiti anteriori, quale ulteriore conferma dell'assenza del divieto di pagamenti potenzialmente lesivi della *par condicio* in questa fase.

Al deposito della domanda consegue anche il divieto di decisione della sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale, che nella composizione minore dovrebbe essere letto come divieto di dichiarazione della liquidazione controllata *ex* art. 268 CCII, per la quale sono legittimati anche i creditori; non sussiste un divieto tuttavia di instaurazione della prefallimentare. Se espressamente richiesto, l'istanza produce l'effetto di sospendere l'obbligo di ricapitalizzazione in caso di perdita del capitale sociale.

Gli effetti sono automatici ma devono essere confermati dal tribunale a seguito della presen-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tazione di un ricorso per la convalida dell'*automatic stay* da depositare entro il giorno successivo della pubblicazione dell'istanza di protezione nel registro delle imprese.

Successivamente al deposito, entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione, l'imprenditore deve pubblicare nel registro delle imprese il numero di ruolo e i riferimenti della procedura perché i creditori possano conoscere i riferimenti del giudizio di convalida per intervenirvi.

Il tribunale dovrà indicare le modalità di notifica ai creditori e fissare un'udienza entro il termine di dieci giorni a pena di decadenza: compare per la prima volta nell'ordinamento un curioso termine di decadenza per un attività del magistrato, termine di dubbia costituzionalità perché addebita conseguenze penalizzanti per il ricorrente senza che possa interferire sull'attività di calendarizzazione delle udienze svolta dal giudice, il che fa sospettare che la diposizione si ponga in conflitto con il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e con le norme del giusto processo (art. 111 Cost). Il conflitto con i principi della carta fondamentale vengono attenutati dalla espressa possibilità di ripresentare il ricorso in caso di sopravvenuta inefficacia per il mancato rispetto dei termini.

Inoltre, l'imprenditore, con la richiesta di conferma o modifica delle misure protettive da presentarsi al Tribunale, e non autonomamente da esse, può altresì domandare l'adozione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative.

All'udienza di convalida il Tribunale, sentito l'esperto (che può depositare una relazione scritta se richiesto) e i creditori, nominato eventualmente un ausiliario, può confermare o ritagliare le misure protettive nella misura dello stretto necessario per proteggere il patrimonio dell'impresa e assicurare le trattative per la durata presumibilmente necessaria, per un periodo compreso tra i trenta e i centoventi giorni prorogabili dello stesso periodo.

Le misure possono essere revocate su istanza dei creditori o dell'esperto se viene meno la strumentalità di esse rispetto all'obiettivo della conclusione delle trattative con successo.

L'ordinanza è comunque passibile di reclamo, secondo le norme del procedimento cautelare uniforme che governano il giudizio.

Viene in rilievo in tutta questa fase, il ruolo particolarmente pregnante attribuito all'esperto, che deve contemperare la relativa facilità di accesso alle misure protettive e cautelari nella fase iniziale della composizione negoziata, con i diritti dei creditori di agire in via esecutiva.

I compiti attribuiti all'esperto in questo ambito, così come delineati dal Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021, alla sezione III, paragrafo 6 (rubricata appunto "Indicazioni operative in caso di misure protettive e cautelari"), sono particolarmente pregnanti, ma attenuati dal poco tempo a disposizione per la disamina della documentazione: il professionista dovrà considerare l'opportunità, il contenuto e le parti destinatarie dell'istanza, tenendo conto, a titolo esemplificativo, dei seguenti elementi: (i) disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti; (ii) conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; (iii) nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, rischio della loro riclassificazione a 'crediti deteriorati' (esposizioni scadute e/o sconfinanti, inadempienze probabili, sofferenze) con conseguenze sulle linee di credito.

Valutazioni queste, che l'esperto dovrà condividere con il Tribunale all'udienza di convalida o modifica delle misure protettive e cautelari, mediante il rilascio del richiesto parere e, successivamente, in caso di richiesta di proroga delle misure protettive e cautelari per il tempo necessario. A ciò si aggiunga, poi, che l'esperto è espressamente chiamato a segnalare al Tribunale, in virtù della previsione contenuta a pag. 15, sezione III, paragrafo 6.5 del Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021, "*ogni elemento rilevante per la loro revoca o l'abbreviazione della loro durata ai*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sensi dell'articolo 7, comma 6, seritenga che esse non soddisfino più l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o siano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori".

Come già sottolineato in precedenza, si tratta di un procedimento assai articolato e di riflesso, verosimilmente costoso e che difficilmente potrà essere compatibile con le procedure di minori dimensioni che non esprimono valori in grado di assorbire i costi di compensi adeguati per una simile procedura.

10.7 Gli atti di straordinaria amministrazione

L'impresa in crisi conserva la gestione dell'impresa e, poiché non sussiste alcuno spossessamento, son leciti anche i pagamenti dei debiti anteriori.

L'ultimo comma dell'art. 25 *quater* sancisce che gli atti autorizzati dal tribunale rimangono efficaci se successivamente interviene un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato per le agricole, un concordato minore omologato, l'apertura della liquidazione controllata o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Il ricorso al Tribunale ha lo scopo di attribuire una definitiva stabilità ad alcune attività negoziali, descritte dall'art. 22 CCII, che devono considerarsi comunque lecite se pure effettuate senza il coinvolgimento del giudice, ma soggette a una possibile azione di inefficacia qualora il debitore acceda a uno strumento di regolazione della crisi. Si tratta dei seguenti atti: (i) finanziamenti prededucibili concessi da terzi; (ii) finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'art. 6 CCII; (iii) finanziamenti infragruppo prededucibili; (iv) trasferimento dell'azienda o di uno o più rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, secondo comma CCII dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti e fermo l'accollo dei debiti retributivi tra cedente e cessionario di cui all'art. 2112 Cc.

Per ottenere la prededuzione e la cessione di azienda senza accollo *ex lege* di tutti i debiti non retributivi occorre pertanto richiedere l'autorizzazione del tribunale competente *ex* art. 27 CCII. Va chiarito che la prededuzione rileva solo successivamente alla composizione negoziata, qualora il debitore intraprenda una successiva procedura concorsuale. Se invece il debitore vuole che la vendita avvenga con la clausola dell'esonero dell'acquirente dai debiti insistenti sull'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori (art. 2560, 2° comma, Cc), deve rivolgersi al tribunale per far ottenere al cessionario l'esenzione parziale dal debito pregresso di origine non retributiva.

È significativo che permanga l'accollo dei debiti tributari tra cedente e cessionario, disciplinato dagli artt. 14 e ss. Dlgs 472/1997, che dunque deve ritenersi in ogni caso operante come l'accollo dei debiti retributivi della cedente *ex* art. 2112 Cc, probabilmente per una dimenticanza del legislatore.

L'esenzione dell'accollo può essere un incentivo a ottenere migliori condizioni di vendita, e a tal proposito è affidato al Tribunale il compito di assicurare il rispetto del principio di competitività.

10.8 Gli esiti della composizione negoziata minore

Quando le possibilità di risanamento vengono meno, in ogni momento, l'esperto può archiviare la procedura dandone avviso al tribunale che ha eventualmente disposto le misure protettive o cautelari. L'ultima versione del CCII fa ordine rispetto alle soluzioni prospettate con il Dl 118/2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Se è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi, la legge delinea diverse possibili soluzioni, le prime tre da individuare se la negoziazione ha avuto esito positivo:

a) Conclusione di un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale

Nel silenzio della legge si deve ritenere che il contratto debba essere concluso con uno o più creditori che abbiano partecipato alle trattative e debba garantire la continuità aziendale per un periodo non più fissato in un biennio. La disposizione, a differenza di quanto in precedenza previsto, non riproduce l'inciso "*che produce gli effetti di cui all'art. 25 bis*", vale a dire le misure premiali relative agli interessi sui debiti tributari, che vengono ridotti alla misura legale e sulla riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie;

b) Conclusione di una convenzione di moratoria

La seconda ipotesi disciplinata dalla disposizione in esame riguarda la conclusione di un accordo avente il contenuto di cui all'art. 62 CCII, già art. 182 *octies* L.F. vale a dire la c.d. convenzione di moratoria. L'accordo dovrà essere concluso con uno o più creditori che abbiano partecipato alle trattative e può differire solo le scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive, conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, senza possibilità di estensione coattiva a terzi né necessità di una attestazione da parte di un professionista qualificato;

c) Conclusione di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) L.F.

Si tratta di un "piano attestato non attestato": va qui ricordato che, trattandosi di imprese sottosoglia, l'unico effetto possibile di un simile istituto non è l'esenzione dalla revocatoria fallimentare, che presuppone la dichiarazione di liquidazione giudiziale qui impossibile, ma piuttosto l'esenzione fiscale del reddito da sopravvenienze attive conseguenti alla falcidia dei crediti *ex* art. 88 comma 4 *ter* del Testo unico delle imposte sui redditi, effetto richiamato dall'art 25 *bis* comma quinto.

Il piano non è predisposto unilateralmente dal debitore, visto che la norma prevede la sottoscrizione anche da parte dei creditori e dell'esperto e che realizza, in sostanza, quindi, un vero e proprio accordo. Se invece la composizione non ha sortito un effetto positivo sono individuate le seguenti soluzioni:

d) proposizione di un ricorso per concordato minore ex art. 74 CCII

L'istituto potrà essere esperito se le negoziazioni fanno ben sperare sulla sua successiva approvazione e se, in caso di proposta liquidatoria, vengano predisposte risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la misura di soddisfacimento dei creditori, e non obbligatoriamente nella misura del 10% come nel concordato maggiore.

A differenza dell'accordo di composizione della crisi, il nuovo istituto prevede la necessità di classare i creditori titolari di garanzie prestati da terzi e prevede una maggioranza del 50% per valore dei crediti ammessi al voto, in luogo del 60% del precedente accordo di composizione della crisi;

e) richiesta di liquidazione controllata ex art. 268 CCII

Si tratta, anche in questo caso, di un mero richiamo all'erede della liquidazione del patrimonio, che prevedela messa a disposizione dei beni e dei crediti del debitore, ad eccezione di quelli impignorabili e di quelli necessari al sostentamento proprio e della famiglia, a servizio dei creditori, peraltro aperto alla legittimazione dei terzi ove nell'istruttoria risultino crediti per un ammontare superiore a 50.000 euro;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

f) Proposizione di una domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ex art. 25 sexies, previsto anche per le imprese maggiori

L'ipotesi di esito è correttamente ora collocato fra le ipotesi di soluzione infruttuosa della composizione negoziata perché prescinde dal consenso dei creditori. L'art. 25 *sexies* CCII precisa che la soluzione in esame può essere esperita se l'esperto attesta che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che esse non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, non sono praticabili. Il ricorso va presentato nei sessanta giorni successivi alla comunicazione dell'istanza di archiviazione al debitore. Il concordato non prevede il voto ai creditori, né una soglia minima di soddisfacimento di essi e non necessita di una attestazione, ma di un parere dell'esperto sui presumibili risultati della liquidazione.

Il Tribunale, esaminata la ritualità della domanda, nomina un ausiliario e fissa l'udienza per l'omologa. Ciascuno dei creditori ha facoltà di presentare opposizione all'omologazione. La possibilità di accesso al concordato semplificato non è priva di interesse per le imprese minori tra le opzioni in discontinuità, poiché prevede l'esdebitazione per le persone giuridiche, preclusa nella liquidazione del patrimonio;

g) Per le sole imprese agricole, omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti

Le imprese agricole non perdono l'opzione già accordata di ricorrere all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* artt. 57, 60 e 61 CCII, già accordata nella previgente normativa dall'art. 2 Dlgs 98/2011 (legge 111/2011). Il debitore può proporre di ristrutturare il proprio debito mediante un accordo che coinvolga il 60% del proprio debito con un piano che appaia idoneo a conseguire il risanamento. Se la proposta non ha natura liquidatoria, è possibile ricorrere all'ADR a efficacia estesa, disciplinato dall'art. 61 CCII che può imporre ai creditori dissenzienti la soluzione concordata se l'adesione supera la soglia del 75% del passivo. È molto probabile che le imprese sottosoglia non aderiscano facilmente alla composizione negoziata, poiché i costi professionali del procedimento non sono giustificati dalla dimensione del dissesto, rendendo più semplice l'accesso diretto agli istituti del sovraindebitamento che assicura vantaggi non significativamente incrementati dal preventivo esperimento della composizione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

La composizione negoziata come procedura di gruppo

Vincenzo Maria Marzuillo, Giovanni Massoli, Niccolò Sabatini

SOMMARIO: 11.1 Conclusioni

La composizione negoziata della crisi ha visto l'introduzione di una rilevante novità in merito alle modalità d'accesso all'istituto per le procedure di gruppo. In particolare, all'articolo 25 del CCII il legislatore ha previsto specifiche direttive per la conduzione delle contrattazioni nel caso di un gruppo di imprese, affinché la composizione negoziata possa essere condotta anche in forma unitaria. Si tratta di un primo riconoscimento della necessità di sviluppare strumenti di composizione della crisi che tengano conto della specifica fattispecie, in conformità con l'indirizzo già preso dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

Andando per gradi, il recepimento della Direttiva I*nsolvency*, avvenuta mediante il decreto legislativo 83/2022 recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ha statuito la modifica della definizione di "gruppo di imprese" così come prevista alla lettera h) della Parte Prima, Titolo I, Capo I del CCII, laddove per "gruppo di imprese" bisognerà, da ora in avanti, intendere "*l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto*".

Suddetta modifica, in aggiunta all'inserimento dell'intero istituto della composizione negoziata nel Titolo II del CCII, ha comportato l'eliminazione del comma 1 dell'art. 13 del Dl 118/2021.

Il legislatore, nel delineare il nuovo concetto di "gruppo d'imprese" richiama specificatamente gli artt. 2497- 2545 *septies* del Codice civile, introdotti con il Dlgs n. 6 del 2003, i quali, pur non menzionando espressamente i gruppi di società, indicano e definiscono gli elementi che concorrono a circoscrivere la fattispecie per la quale una società si trova a svolgere o a essere soggette all'attività di "direzione e coordinamento". Elementi chiaramente essenziali per identificare l'esistenza di un modello relazionale tradizionale di gruppo, c.d. gerarchico, tra le società, sebbene sia giusto ricordare come, dalla nozione di "gruppo di imprese", non siano escluse a priori le aggregazioni di società ove l'attività direzionale è attuata in assenza di vincoli di subordinazione tra le stesse (caso dei i c.d. gruppi orizzontali o paritetici).

Con il novellato comma 1 dell'art. 25 CCII già art. 13 del Dl 118/2021, il legislatore chiarisce come:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

"*più imprese che si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1, appartenenti al medesimo gruppo e che hanno, ciascuna, la sede legale in Italia possono chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura la nomina dell'esperto indipendente di cui all'articolo 12, comma 2*", delimitando quindi la partecipazione alla composizione negoziata, quantomeno per la fase di avvio dell'istituto, alle sole società del medesimo gruppo e con sede legale in Italia.

Il luogo ove presentare l'istanza di ammissione, definito dal comma 2, coincide con quanto stabilito per la fase processuale prevista per le procedure individuali. La domanda deve essere presentata: "*alla camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato ove è iscritta la società o l'ente, con sede nel territorio dello Stato*", laddove le attività di direzione e coordinamento siano riconoscibili in base "*alla pubblicità prevista dall'articolo 2497 bis del Codice civile*", articolo per il quale sono previsti quattro differenti obblighi pubblicitari. I primi due sono relativi all'individuazione della società che esercita attività di direzione e coordinamento.

Va ricordato che ciò avviene previa specifica segnalazione da parte della società risultata assoggettata, negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante l'iscrizione, presso l'apposita sezione del registro delle imprese ove sono iscritte le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle ad esse correlate. I restanti due sono stati, invece, inseriti a garanzia della trasparenza delle relazioni infragruppo. Nello specifico, con i commi 4 e 5 dell'art. 2497 *bis* Cc, viene richiesto alle società di esporre, in un'apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo degli ultimi dati contabili e dei rapporti intercorsi con l'ente che esercita il controllo direzionale nonché una illustrazione dell'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa e sui suoi risultati.

Qualora tale documentazione risultasse mancante, la domanda d'accesso dovrà essere richiesta dall'impresa con "*sede nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall' articolo 2424 del Codice civile in base all'ultimo bilancio approvato ed inserito nella piattaforma telematica*".

Così facendo, il legislatore circoscrive all'interno di confini precisi cosa si intenda per "esposizione debitoria", ovvero la voce D dell'articolo 2424 che richiama espressamente: obbligazioni; obbligazioni convertibili; debiti verso soci per finanziamenti; debiti verso banche; debiti verso altri finanziatori; acconti; debiti verso fornitori; debiti rappresentati da titoli di credito; debiti verso imprese controllate; debiti verso imprese collegate; debiti verso controllanti; debiti verso imprese sottoposte al controllo delle controllanti; debiti tributari; debiti verso istituti di previdenza e di sicurezza sociale; altri debiti.

Sempre in tema di trasparenza procedurale il comma 3, confermando quanto già esposto in precedenza, prevede che l'imprenditore debba inserire nella Piattaforma telematica:

1. la documentazione indicata nell'art. 17, comma 3 CCII *ex* art. 5, comma 3 del Dl 118/2021 (ovvero, fra gli altri, i bilanci degli ultimi tre esercizi, una relazione sull'attività esercitata, l'elenco dei creditori, la situazione debitoria complessiva);
2. una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali (in conformità con gli obblighi informativi che saranno previsti con gli artt. 284 e 289 del CCI);
3. l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità;
4. il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il comma 4, relativo alle misure protettive e cautelari presentate con gli artt. 18 e 19 del CCII *ex* artt. 5 e 6 del Dl 118/2021, prevede che queste vengano sempre adottate dal tribunale competente rispetto alla società o all'ente che, in base alla pubblicità prevista dall' articolo 2497 *bis* del Codice civile, esercita l'effettiva attività di direzione e coordinamento all'interno del gruppo oppure dall'impresa, avente sede in Italia, in possesso della maggior esposizione debitoria (in proposito si veda quanto detto poco sopra a riguardo del comma 2).

Ai sensi dell'art. 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 per cui "*Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza. L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero. Sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione europea. Il trasferimento della sede dell'impresa all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana, se è avvenuto dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 6 o la presentazione della richiesta di cui all'articolo 7*".

Con i commi 5 e 6, l'articolo 25 del CCII entra nel vivo. È con queste disposizioni, infatti, che il legislatore consente la conduzione unitaria delle trattative per tutte le imprese istanti del gruppo, delineando in questo modo un nuovo *pattern* per la soluzione della crisi imprenditoriale, perseguibile in via unitaria a meno che lo stesso esperto non consideri eccessivamente gravoso lo svolgimento congiunto delle trattative. Spetta quindi a quest'ultimo decidere se continuare il procedimento in via unitaria o per singole società.

Inoltre, tra i poteri dell'esperto vi è anche quello di estendere l'invito a partecipare al tavolo delle trattative alle altre imprese appartenenti al gruppo. In particolare, tale invito può anche essere esteso alle società non in possesso dei requisiti relativi alla "probabile crisi e insolvenza" o al "perseguibile risanamento dell'impresa" previsti dall'art. 12.

Soluzione questa che consente la partecipazione alle contrattazioni, seppur non sia del tutto chiaro in che termini o con che limitazioni, tanto alle società del gruppo in situazione di insolvenza quanto alle altre *in bonis*. Ciò, se da un lato permette la redazione di strategie e piani che coinvolgano sinergicamente anche imprese non in crisi, in grado di apportare risorse per il riequilibro economico del gruppo, dall'altro espone a possibili criticità sotto il profilo della confusione tra masse attive e passive delle singole imprese appartenenti al gruppo medesimo. Evenienza, questa, che è stata esclusa nella prassi in assenza di specifiche disposizioni legislative. Si veda, tra tutte, il diniego alla confusione delle masse attive e passive dell'impresa affermato dalla Suprema Corte con le sentenze n. 20559 del 13 ottobre 2015 e n. 26005 del 17 ottobre 2018.

Tornando all'analisi del nuovo art. 25 del CCII, il successivo comma 7 prevede che, in caso di presentazione congiunta di più istanze d'ammissione da parte di imprese appartenenti allo stesso gruppo, sia il collettivo di esperti nominati "*sentiti i richiedenti e i creditori*", a proporre che la composizione negoziata sia svolta in modo unitario per tutte le richiedenti oppure per le sole imprese appositamente individuate.

La composizione prosegue quindi con "*l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati*". Nei casi in cui si ravvedesse un difetto di designazione, la composizione proseguirebbe sotto l'egida dell'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

Per quanto concerne i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate o sottoposte a

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

comune controllo (comma 8), si considerano esclusi dalla postergazione, di cui agli articoli 2467 e 2497 *quinquies* Cc (in materia di finanziamenti dei soci), tutti quelli pattuiti dopo la presentazione dell'istanza, sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto, e che costui non abbia manifestato per iscritto il proprio dissenso.

Da ultimo, con il comma 9 il legislatore ha previsto per le imprese del gruppo la possibilità di stipulare in via unitaria uno dei contratti di cui all'articolo 23, comma 1 oppure, in alternativa, di poter accedere separatamente e singolarmente a tutto lo spettro delle soluzioni contemplate dall'art. 23 del CCII. Questa duplice opzione permette di condurre, nel primo caso, solo operazioni di carattere negoziale, concretizzabili ad esempio nella stipulazione di una convenzione di moratoria secondo quanto disposto del nuovo art. 62 *ex* 182 *octies* L.F., o nella presentazione di un piano di risanamento non attestato e redatto dell'esperto, che produce gli effetti di cui agli artt. 166, comma 3, lettera d) e 324, le cui linee guida sono state inserite sulla nuova Piattaforma telematica nazionale prevista ai sensi del novello art. 13 CCII. Alternativamente, è prevista la possibilità di accedere ad uno dei quadri di ristrutturazione preventiva o a una delle procedure formali previste dallo stesso CCII, quali ad esempio il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione o le procedure previste per la risoluzione della crisi delle grandi imprese (cfr. Danovi A., *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Giuffrè, 2014).

11.1 Conclusioni

L'inserimento della composizione negoziata all'interno del CCII, in ricezione della Direttiva *Insolvency*, esprime certamente la volontà di semplificare le procedure di composizione della crisi anticipandone l'emersione e riducendo il controllo giudiziario, considerato dagli imprenditori e dal legislatore, a torto o ragione, come un elemento di assillo e di limitazione alla libera individuazione di vie di uscita dalla crisi. Sembra, pertanto, che il legislatore abbia tenuto ben da conto le disposizioni comunitarie, puntando in concreto a verificare "sul campo" se l'apprestare strumenti alternativi, di natura contrattualistica e meno invasivi, possa costituire un incentivo per l'imprenditore italiano ad attivarsi per evitare l'aggravamento della crisi quando questa è ancora in fase iniziale. Nonostante le molteplici differenze esistenti, la composizione negoziata, il cui avvio ruota intorno alla nomina dell'esperto, ricorda l'organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) che, pertanto, per ovvia sovrapposizione di finalità, è stato anticipatamente destituito e sostituito in toto dall'istituto della composizione negoziata della crisi. In entrambi i casi il legislatore ha comunque puntato all'emersione anticipata della crisi facendo leva su azioni spontanee e meno invasive delle procedure giudiziali.

Sarà la concreta applicazione dell'istituto a svelare se la scelta operata dal legislatore sia quella giusta, anche se già oggi, come evidenziato da altri autori, l'approvazione stessa dell'istituto vorrebbe essere prodromica ad un vero e proprio "cambio di cultura" (S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in www.ilcaso.it.) tanto per l'imprenditore che per le altre parti in causa. Ad oggi si può, pertanto, accogliere con favore l'introduzione di un istituto prettamente stragiudiziale come strumento concesso alle imprese e dalle stesse.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

Obbligo di attivazione del collegio sindacale o del sindaco unico

Mario Difino, Patrizia Riva

SOMMARIO: 12.1 La segnalazione dell'organo di controllo societario – 12.2 I presupposti dell'obbligo di segnalazione – 12.3 I doveri degli amministratori – 12.4 I doveri dei sindaci – 12.5 La responsabilità dei sindaci – 12.6 La ragionevole perseguibilità del risanamento – 12.7 La successiva attività di vigilanza dei sindaci – 12.8 Conclusioni

12.1 La segnalazione dell'organo di controllo societario

L'art. 15 del Dl 118/2021 convertito con legge 147/2021, rubricato "*Segnalazione dell'organo di controllo*", ha introdotto a carico dell'organo di controllo societario l'obbligo di segnalare per iscritto all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. La segnalazione deve essere motivata e trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del Codice civile. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del Codice civile. La disposizione risulta trasfusa, invariata, nell'art. 25 *octies* del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI – Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14) dallo schema di decreto legislativo correttivo approvato il 15 giugno 2022.

12.1.1 I soggetti tenuti alla segnalazione

La disposizione richiamata riecheggia parzialmente il contenuto dell'art. 14 del CCI, la cui entrata in vigore, com'è noto, era stata differita inizialmente al 31 dicembre 2023 e che ora risulta espunto dalla nuova versione del CCI. Tuttavia, l'esame della norma in commento richiede che il lettore svolga qualche riflessione per poter valutare correttamente le relative prescrizioni. Innanzitutto, a differenza del citato art. 14, non è fatto alcun riferimento al revisore contabile o alla società di revisione, mentre risulta inequivoco il riferimento alle funzioni dell'organo di controllo societario mediante la precisazione che in pendenza delle trattative rimane fermo il dovere di vigilanza *ex* art. 2403 Cc. Ciò deve essere valutato positivamente, alla luce del dibattito sull'art. 14 che aveva evidenziato l'incongruità di porre a carico sia dell'organo di vigilanza sia dell'inca-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ricato della revisione un obbligo che già rientra fra i doveri del primo ai sensi del codice civile, e non rientra affatto fra i compiti del secondo. Questa estensione estemporanea delle responsabilità di vigilanza a soggetti che svolgono funzioni di altro tipo è presumibilmente imputabile alla necessità percepita dal legislatore di istituire qualche forma di controllo societario anche in quelle società a responsabilità limitata che sono prive dell'organo sindacale, come consentito dall'attuale infelice formulazione dell'art. 2477 Cc. Naturalmente, la soluzione a questo problema non consiste nell'attribuire parziali compiti di vigilanza a soggetti incaricati solo di esprimere un parere professionale, ancorché complesso, bensì nel ripristinare il precedente obbligo di istituire l'indispensabile organo di controllo per tutte le Srl che superano i parametri previsti. Pertanto, bene ha fatto il legislatore a rivolgere la norma in commento esclusivamente all'organo di vigilanza, il che ne rende più chiaro l'ambito di applicazione. I soggetti cui si applica l'obbligo di cui trattasi sono quindi gli organi di controllo societario, costituiti, per la quasi totalità delle società soggette alla relativa vigilanza, dal collegio sindacale o dal sindaco unico.

12.2 I presupposti dell'obbligo di segnalazione

Per quanto riguarda i presupposti che fanno sorgere l'obbligo di segnalazione, si rileva che il comma 1 dell'art. 2 del Dl 118 (ora nel nuovo art. 12, CCI) consente all'imprenditore di richiedere la nomina dell'esperto indipendente qualora a) l'impresa si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza, e b) risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. Se, come risulta dal tenore letterale della norma, i sindaci devono segnalare all'organo amministrativo la sussistenza di entrambi i presupposti, ciò va molto al di là delle prescrizioni in materia di allerta *ex* previgente art. 14 CCI, che poneva in capo agli organi di controllo il solo obbligo di segnalare all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi, senza esprimersi sulle prospettive di risanamento.

12.3 I doveri degli amministratori

In effetti, l'obbligo 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*, grava sugli amministratori ai sensi del combinato disposto degli artt. 2380 *bis* e 2086 Cc, e non sugli organi di controllo. Giova ricordare che *l'assetto organizzativo* comprende la configurazione della *corporate governance* aziendale e della struttura organizzativa, *l'assetto amministrativo* comprende le procedure che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni di equilibrio mediante il confronto sistematico fra gli obiettivi perseguiti e i risultati conseguiti, e *l'assetto contabile* è il sistema di rilevazione dei fatti aziendali[1]. *L'equilibrio economico e finanziario* sussiste quando l'impresa è in grado di generare ricavi superiori ai costi (*equilibrio economico*) e di ottenere entrate monetarie sufficienti a far

1 Cfr. SIDREA – Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale, Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani, marzo 2021, p. 7 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fronte alle uscite monetarie cui è tenuta (*equilibrio finanziario*)[2]. *La crisi* è lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi (nuovo art. 2, comma 1, lettera a), CCI), mentre *l'insolvenza* è lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2, comma 1, lettera b, CCI). Oltre al dovere di verificare costantemente l'esistenza delle condizioni di equilibrio economico e finanziario, gli amministratori sono altresì tenuti ad 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 (art. 2086 Cc), mentre i sindaci hanno l'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 Cc). I ruoli di amministratori e sindaci sono quindi chiaramente delineati e distinti.

12.4 I doveri dei sindaci

Risultava coerente con i compiti e le responsabilità attribuiti dal codice civile agli organi sociali il primo comma del "vecchio" art. 14, CCI che ribadiva l'obbligo degli organi di controllo societari di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico-finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione. In sintesi, *gli amministratori organizzano e gestiscono* l'impresa *e rilevano* tempestivamente l'eventuale crisi della stessa; *i sindaci vigilano* che gli amministratori mantengano un assetto aziendale adeguato e che si attivino senza indugio nel caso in cui si palesino indizi della crisi.

Mantenere distinti i compiti dell'organo amministrativo e dell'organo di vigilanza è fondamentale per salvaguardare il buon funzionamento del sistema delle società di capitali, ai fini del mantenimento della continuità aziendale e della tutela dei diritti dei terzi. Purtroppo, quando il legislatore ribadisce i compiti degli organi societari utilizzando una terminologia differente da quella già introdotta sistematicamente nell'ordinamento, l'interprete della norma è chiamato ad un ulteriore sforzo esegetico per conservare la coerenza del sistema. Ad esempio, laddove il CCI attribuiva sia all'organo di controllo sia all'incaricato della revisione, *ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni*, l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo adempisse agli obblighi sopra indicati (previgente art. 14, comma 1, CCI), si doveva concludere che l'estensore del testo normativo non avesse ben chiare le funzioni di tali soggetti. Infatti, l'obbligo di vigilanza rientra nelle funzioni del solo organo di controllo, mentre il revisore ha soltanto l'incarico, statuito dai principi di revisione normativamente recepiti, di esprimere un parere professionale sulla correttezza del bilancio annuale. La poco felice disposizione, fortunatamente non riproposta dal Dl 118 e dal nuovo CCI, ritrovava la propria coerenza soltanto concludendo in sede interpretativa che il revisore è poco o per nulla soggetto agli obblighi indicati, poiché essi non sono compresi nelle relative funzioni. Tali obblighi sono, invece, sicuramente a carico dell'organo di controllo, come peraltro già disposto dagli artt. 2403, 2446 e 2447 Cc.

2 Ibid., p. 27 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Analogamente, deve essere correttamente compresa – mediante un'interpretazione sistematica – la portata dell'obbligo posto a carico dell'organo di controllo di segnalare agli amministratori l'esistenza di indizi della crisi, quando in realtà è posto in capo a questi ultimi, in base alle disposizioni precedentemente richiamate, il dovere di valutare costantemente se sussista l'equilibrio economico-finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione e di attivarsi senza indugio nel caso in cui siano individuati indizi della crisi.

12.5 La responsabilità dei sindaci

A tal fine, soccorre il richiamo contenuto nel comma 2 del nuovo art. 25 *octies* CCI 15 alla rilevanza della tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 Cc. Infatti, tale disposizione dispone la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. Pertanto, l'obbligo di attivazione dell'organo di controllo disposto dalla norma in commento non rappresenta certo il trasferimento dell'obbligo di rilevazione della crisi dall'organo amministrativo a quello di controllo, bensì la "documentazione" dell'avvenuta attività di vigilanza da parte dei sindaci sulla rilevazione della crisi e della conseguente messa in mora degli amministratori, ai quali è assegnato il termine non superiore a trenta giorni per intraprendere le opportune iniziative. A conferma di ciò, si consideri che ai sensi dell'art. 2 del decreto 118 la composizione negoziata si apre su istanza dell'imprenditore, che può originare dalla segnalazione dell'organo di controllo ma può anche essere presentata dall'impresa *motu proprio*[3]. Nello scenario più probabile, l'accertamento degli indizi della crisi avverrà a seguito di verifica sindacale e dell'esame dei dati reddituali, patrimoniali e finanziari forniti dagli amministratori, con relativa discussione fra i predetti organi sociali e successiva formalizzazione mediante scambio di comunicazioni fra gli stessi.

Il presupposto per l'attivazione dell'organo di controllo è lo stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che renda probabile la crisi o l'insolvenza, ivi compreso lo squilibrio pre-crisi in cui risultino ancora praticabili prospettive di risanamento[4]. Come precedentemente indicato, la rilevazione tempestiva della crisi e l'attivazione senza indugio per il superamento della stessa già rientrano fra i doveri degli amministratori *ex* art. 2086 Cc soggetti alla vigilanza dell'organo di controllo *ex* art. 2403 del Codice civile. Pertanto, in caso di mancata nomina di tale organo, sulla base di una interpretazione letterale e non sistematica dell'art. 2477 del medesimo Codice, risulta fortemente indebolito il sistema di rilevazione dei rischi e di appropriata reazione agli stessi che dovrebbe caratterizzare un adeguato assetto amministrativo e contabile[5].

Per quanto riguarda la tempestività della segnalazione, richiesta dal nuovo art. 25 *octies* CCI ma anche dal combinato disposto degli artt. 2086 e 2403 Cc, essa dipende dalle specifiche circostanze. In generale, la segnalazione dovrà essere effettuata non appena l'organo di controllo

3 In senso conforme, cfr. Fondazione Nazionale dei Commercialisti, Il Dl 118/2021 – misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo, novembre 2021.

4 Fondazione Nazionale Dei Commercialisti, ibid.

5 Fondazione Nazionale Dei Commercialisti, ibid.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sia venuto a conoscenza della situazione di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario mediante analisi dei dati aziendali nel corso di una verifica sindacale ordinaria o straordinaria. A tale scopo sono di aiuto le tecniche di analisi del bilancio e di controllo di gestione, compresa l'analisi degli scostamenti tra dati previsionali e dati consuntivi, nonché il monitoraggio della regolarità degli incassi e dei pagamenti, tenendo conto anche delle eventuali segnalazioni ricevute da creditori pubblici qualificati ai sensi del nuovo art. 25 *octies* CCI. Ciò presuppone la doverosa capacità dell'azienda di fornire tempestivamente e in modo ricorrente tali informazioni mediante l'adeguato assetto amministrativo e contabile richiesto dal legislatore, il cui concreto funzionamento deve già essere stato accertato dall'organo di controllo in situazione pre-crisi. La segnalazione dell'organo di controllo, formulata per iscritto e trasmessa all'organo amministrativo con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, deve essere motivata e quindi dar conto delle verifiche effettuate e delle relative conclusioni.

12.6 La ragionevole perseguibilità del risanamento

Come sopra accennato, a questo meccanismo di segnalazione, già previsto dal previgente art. 14 CCI con riferimento all'esistenza di fondati indizi di crisi, il nuovo art. 25 *octies* CCI aggiunge l'accertamento della ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa, in mancanza della quale dovranno essere individuate soluzioni alternative alla composizione negoziata, fra quelle disciplinate dall'ordinamento.

Evidentemente, tale accertamento potrà essere effettuato mediante il test pratico di cui alla sezione I del documento allegato al decreto dirigenziale di cui all'art. 3 del decreto 118[6] . La standardizzazione del procedimento di valutazione della ragionevolezza delle prospettive di risanamento dell'impresa deve essere vista con favore. Si tratta infatti di attività altrimenti estranea al pur vasto campo di competenza dei sindaci, il cui esito è soggetto a molteplici variabili e incertezze che mal si conciliano con la necessità di valutare oggettivamente il comportamento degli organi di controllo, anche ai fini di eventuali responsabilità. La semplificazione che necessariamente caratterizza un procedimento di valutazione standardizzato è sicuramente accettabile, trattandosi di una valutazione preliminare cui seguiranno piani più dettagliati, da redigere auspicabilmente con l'assistenza di *advisor* specializzati. Essa è anche preferibile onde ridurre i margini di soggettività e incertezza che possono caratterizzare valutazioni più sofisticate ma aleatorie, che come si è detto potrebbero coinvolgere eventuali profili di responsabilità dei sindaci. Considerato che il test pratico di cui sopra *si fonda principalmente sui dati di flusso a regime che, secondo la migliore valutazione dell'imprenditore, possono corrispondere a quelli correnti o derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare*[7], risulta confermato il fatto che la segnalazione dell'organo di controllo rappresenta la formalizzazione del confronto con gli amministratori, i quali sono chiamati a fornire le necessarie informazioni patrimoniali, economiche e finanziarie consuntive e prospettiche.

Resta da comprendere quali strumenti possano essere utilizzati per la rilevazione delle con-

6 Decreto del Direttore generale degli affari interni 28 settembre 2021.

7 Allegato al decreto dirigenziale 28 settembre 2021, Sez. I.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dizioni che rendono probabile l'insolvenza, considerato che l'applicazione degli indicatori standardizzati dell'allerta è in corso di definitiva archiviazione. Nonostante la definizione della crisi sia stata modificata eliminando il riferimento alla difficoltà economico-finanziaria, le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario e di inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici rispetto alle obbligazioni previste continuano a costituire il presupposto per la composizione negoziata della crisi e per l'attivazione dell'organo di controllo[8]. Pertanto, anche ai fini dell'individuazione degli indizi di crisi sembra necessario l'utilizzo di previsioni finanziarie ancorché – e preferibilmente – semplificate e standardizzate applicando, ad esempio, la metodologia del test pratico sopra citato ovvero quella elaborata dal CNDCEC ai fini del calcolo del DSCR[9]. Su questo aspetto dottrina e giurisprudenza non mancheranno di esprimersi, ma nel frattempo, essendo la normativa già in vigore, gli organi di controllo necessitano di riferimenti oggettivi per il proprio comportamento, che a parere di chi scrive possono essere rinvenuti nei documenti sopra citati.

12.7 La successiva attività di vigilanza dei sindaci

Decorso il termine non superiore a trenta giorni fissato dall'organo di controllo per la risposta degli amministratori in merito alle iniziative intraprese, in caso di comportamento inerte o inefficace degli stessi il collegio sindacale dovrà fare uso dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento convocando l'assemblea dei soci *ex* art. 2406 Cc ed eventualmente presentando ricorso al tribunale *ex* art. 2409 Cc. In mancanza, l'organo di controllo non potrà contare sull'effetto esimente della segnalazione all'organo amministrativo in relazione alla propria responsabilità. Al contrario, nel caso in cui la società presenti istanza per l'accesso alle trattative, l'attività di vigilanza del collegio sindacale continuerà *ex* art. 2403 Cc come previsto dal nuovo art. 25 *octies* CCI, interloquendo con l'esperto *ex* art. 17 nonché estendendo la vigilanza anche all'andamento delle trattative. In base ai criteri generali stabiliti dal Codice civile per tale funzione, anche l'attività di vigilanza sull'andamento delle trattative e in pendenza delle stesse non verterà sul merito delle scelte di gestione effettuate dall'organo di amministrazione, ma riguarderà la legittimità di tali scelte e la conformità delle medesime ai generali criteri di razionalità economica. A questo scopo, l'organo di controllo dovrà essere tempestivamente informato sull'andamento delle trattative, intensificando, se necessario, le richieste di informazioni all'organo amministrativo. Ciò, in particolare, nel caso del compimento di atti di straordinaria amministrazione o dell'esecuzione di pagamenti potenzialmente pregiudizievoli, non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, segnalati dall'esperto all'organo di controllo *ex novo* art. 21 CCI. Infine, alla cessazione delle trattative a seguito della composizione negoziata, l'organo di controllo continuerà ad esercitare la propria vigilanza sul rispetto degli impegni assunti da parte degli amministratori. Nella fase esecutiva, in caso di significativi scostamenti rispetto al piano, l'organo di controllo potrà eventualmente convocare l'assemblea dei soci a scopo informativo e per adottare gli opportuni provvedimenti.

8 Cfr. M. Irrera – P. Riva, La convergenza tra le indicazioni della crisi e del D.L. 118/2021, in Ristrutturazioni Aziendali – Il caso.it, 20 ottobre 2021.

9 CNDCEC, Gli indici dell'allerta ex art. 13, co. 2 Codice della crisi e dell'Insolvenza, 19 ottobre 2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.8 Conclusioni

In conclusione, il Dl 118/2021, come già il CCI, presuppone l'istituzione e il concreto funzionamento di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile per rilevare tempestivamente lo stato di crisi e perseguire il risanamento aziendale. Gli organi di controllo, collegio sindacale o sindaco unico, svolgono un ruolo essenziale ai fini del corretto funzionamento dei meccanismi previsti dal legislatore. L'intervento dei sindaci è tanto più efficace quanto più è preventivo, e cioè orientato alla verifica dell'implementazione di un efficace processo di controllo della gestione e a un monitoraggio costante dei relativi esiti. Come è stato evidenziato da numerosi commentatori, tutto ciò richiede un cambiamento culturale nella gestione di molte imprese, e gli organi di controllo societario possono dare un contributo fondamentale in tal senso. Anche per questo motivo, è auspicabile che il legislatore reintroduca l'obbligo di nomina dell'organo di controllo per tutte le società a responsabilità limitata che superano i previsti parametri dimensionali, eliminando l'alternatività di cui all'art. 2477 Cc fra nomina dell'organo di controllo e nomina del revisore, le cui funzioni non sono equiparabili. In assenza dell'obbligo generalizzato di nomina dell'organo sindacale, molte società non saranno in grado di istituire gli assetti richiesti dal legislatore, con conseguenti maggiori responsabilità per gli amministratori e presumibili effetti negativi sulle aziende e sull'intero sistema economico.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

Ruolo e funzioni dell'esperto nella composizione negoziata

Giovanni La Croce

SOMMARIO: 13.1 La professionalità dell'esperto indipendente alla luce dei compiti affidatigli dalla norma – 13.2 L'esperto negoziatore, una figura tutta da creare – 13.3 L'(in)esperto del decreto dirigenziale

Quella dell'esperto è figura abbastanza ricorrente nel nostro ordinamento come prevalentemente associata allo svolgimento di attività valutative a tutela dei diritti dei terzi.

La troviamo, ad esempio, negli art. 2343, 2343 bis e 2343 ter Cc, con il compito di determinare la congruità dei valori di conferimento; negli artt. 2437 ter e 2473 Cc, con il compito di determinare i valori di recesso; all'art. 250 sexies, con il compito di determinare il rapporto di cambio nelle fusioni e nei casi di fusione con indebitamento la ragionevolezza del piano di rimborso del debito.

Nel diritto della crisi, sia in quello previgente che in quello vigore dal 15 luglio 2022, invece, il soggetto chiamato a garantire con la propria attività l'adeguatezza delle informazioni fornite dall'imprenditore in crisi ai propri creditori e al tribunale, è definito come "professionista indipendente", pur se la sua nomina proviene dell'imprenditore. Egli, nel diritto previgente, non doveva essere iscritto a un apposito albo, bensì nel registro dei revisori legali e possedere i requisiti di cui alle lettere a) e b) dell'art. 28 L. Fall., ossia essere iscritto all'albo dei dottori commercialisti o degli avvocati. La medesima figura dovrà, invece, ora, ai sensi della lettera o) del primo comma dell'art. 2 CCII, essere iscritta all'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese di cui alla precedente lettera n) del medesimo art. 2, istituito e disciplinato dall'art. 356 CCII, oltre che: (i) possedere i requisiti previsti dall'art. 2399 Cc; (ii) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; (iii) non aver prestato negli ultimi cinque anni, unitamente ai propri associati, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Inoltre, il professionista indipendente, per poter essere iscritto all'albo di cui all'art. 356 CCII, dovrà: (i) avere assolto gli obblighi di formazione di cui all'articolo 4, comma 5, lettere b), c) e d) del decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni; (ii) essere iscritto all'albo dei dottori commercialisti, degli avvocati o dei consulenti del lavoro; (iii)

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti (dei soli appartenenti alla categoria dei *manager*) dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Ulteriore condizione per poter essere iscritti all'albo di cui all'art. 356 CCII – e assumere, quindi, la qualità di professionista indipendente – è la sussistenza di una serie di condizioni di onorabilità, che non erano al contrario richieste al "professionista indipendente" di cui alla vecchia legge fallimentare:

> "a) non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'articolo 2382 del codice civile; b) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; c) non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile o nel presente codice; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; 4) alla reclusione per un tempo superiore a due anni per un qualunque delitto non colposo; d) non avere riportato negli ultimi cinque anni una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali.".

Il lemma "esperto" ricorreva, invece, nella precedente versione del Codice della crisi e dell'insolvenza, mai entrata in vigore, a indicare le caratteristiche che dovevano rigorosamente possedere i tre componenti dei collegi Ocri da nominarsi nell'ambito delle abrogate, e mai entrate in vigore, procedure di allerta e composizione assistita della crisi: essi avrebbero dovuto avere competenze, lo afferma espressamente il quarto comma dell'art. 17, nella "gestione della crisi sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale".

Fatto questo breve *excursus* comparativo, passiamo ad analizzare i requisiti soggettivi che devono possedere, invece, gli esperti indipendenti della composizione negoziata, così come trasfusa nel testo definitivo del Codice della crisi a partire dall'art. 12.

> Attualmente la figura dell'esperto è definita alla lettera o)-bis dell'art. 2 del CCII come: "*il soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata*".

La prima dissomiglianza che è dato riscontrare, rispetto al vecchio assetto della legge fallimentare e a quello del CCII, è costituita dalla necessità di iscrizione a un diverso elenco istituito presso la Camera di commercio di ciascun capoluogo di provincia. Si tratta, dunque, di un elenco che nulla ha a che vedere con l'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza dell'impresa di cui al citato art. 356 CCII, circostanza questa che mette in particolare risalto il differente *expertise* professionale che il legislatore pretende dagli aspiranti esperti indipendenti della composizione negoziata della crisi, tanto che il Ministero della Giustizia nella circolare 29 dicembre 2021 – contenente linee di indirizzo agli ordini professionali per l'attività di selezione delle relative do-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mande – ha escluso che professionisti che avessero maturato esperienze solo come curatore e/o commissario giudiziale in procedure concorsuali potessero possedere le competenze pretese dall'art. 13 del CCII (originariamente art. 3 Dl 118/2021), su cui meglio si dirà infra.

Potranno iscriversi all'elenco degli esperti i dottori commercialisti e gli avvocati, iscritti all'albo da almeno cinque anni – condizione questa che si rappresenta come una novità assoluta rispetto sia all'art. 28 L. Fall., sia all'art. 356 CCII. Inoltre, l'aspirante esperto dovrà documentare di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa. Anche gli iscritti, sempre da almeno cinque anni, all'albo dei consulenti del lavoro potranno accedere all'elenco degli esperti purché documentino di aver concorso, almeno in tre casi, alla conclusione: (i) di accordi di ristrutturazione omologati; (ii) di accordi sottostanti a piani attestati o (iii) alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati.

Infine, avranno diritto ad accedere all'iscrizione all'albo degli esperti anche soggetti non iscritti ai suddetti albi che siano in grado di documentare di aver svolto funzione di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione andate a buon fine, cioè che non siano sfociate in fallimento.

Tutti quanti dovranno dimostrare, poi, di avere svolto l'attività di formazione prevista nel decreto dirigenziale Ministero della Giustizia 28 settembre 2021, su cui torneremo in seguito. Ciò che balza immediatamente all'occhio, riguardo alle condizioni di accesso all'elenco degli esperti, è la diversa qualità delle esperienze richieste alle singole categorie professionali. Da un lato, l'esperienza di avvocati e commercialisti pare non essere condizionata al buon esito della ristrutturazione di cui si sono occupati, al contrario da quanto richiesto ai consulenti del lavoro e ai non iscritti agli albi professionali, e dall'altro, neppure pare sia richiesta ai medesimi, e anche ai non iscritti, di averla maturata in almeno tre casi.

Complicato è anche, riguardo alla categoria dei consulenti del lavoro, comprendere che cosa si debba intendere per concorso nella conclusione di accordi di ristrutturazione, accordi sottostanti piani attestati o nella presentazione di concordati con continuità aziendali. Due potrebbero essere le differenti letture. Secondo una prima ricostruzione, minimalista, si potrebbe sostenere che il "concorso" del consulente del lavoro possa essere circoscritta alla sola consulenza in materia giuslavoristica (accordi sindacali, accordi con i singoli lavoratori, ecc.). Secondo un'alternativa e preferibile ricostruzione, più organica, il "concorso" del consulente del lavoro dovrebbe avere un perimetro più ampio, giacché la semplice esperienza in campo giuslavoristico non potrebbe costituire, per quanto si dirà in seguito, la dimostrazione di quelle competenze che, volenti o nolenti, l'esperto della composizione negoziata dovrà possedere per svolgere appieno e compiutamente il proprio ruolo.

Una simile lettura pare essere anche avvalorata da una recente nota del ministero della giustizia (Dag. 24 febbraio 2022, n. 41087) nella quale il ministero ha chiarito che l'attività di consulenza ordinaria svolta da un commercialista in favore di una impresa in crisi non integra i requisiti di esperienza allora richiesti dal Dl 118/2021 (la trasposizione delle norme del Dl 118/2021 nel CCII non hanno comportato modificazioni a riguardo).

Riguardo al requisito di indipendenza, oltre al consueto richiamo al rispetto delle condizioni di cui all'art. 2399 Cc, il primo comma dell'art. 16 del CCII (originariamente art. 4 del Dl 118/2021) ricalca sostanzialmente la disposizione dell'art. 2, primo comma, lett. o), CCII, per cui la sola esistenza stessa di un rapporto con un qualsiasi soggetto interessato all'operazione di risanamento, indipendentemente dal fatto che ne comprometta, o meno, l'indipendenza di giudizio, rileva ai fini della sussistenza del requisito di indipendenza. Si tratta a parere di chi scrive di una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

condizione così assoluta, rispetto al conflitto di interessi endemico che contraddistingue il capitalismo finanziario moderno, da poter difficilmente essere rispettata in concreto, e così possibile foriera di incertezza e contenziosi.

Ultima annotazione riguardo ai requisiti soggettivi che l'esperto indipendente deve possedere è che allo stesso non è richiesto il rispetto di alcuna condizione di onorabilità al pari del professionista indipendente dell'art. 67 L.Fall. e, al contrario, di quanto stabilito dall'art. 356 CCII per i professionisti indipendenti, i curatori e i commissari giudiziali.

13.1 La professionalità dell'esperto indipendente alla luce dei compiti affidatigli dalla norma

Il ruolo che le norme del Dl 118/2021, così come trasfuse nel CCII, ritaglia all'esperto nell'ambito della composizione negoziata della crisi d'impresa è centrale. Lo dimostra la circostanza che la stessa domanda di accesso alla composizione negoziata si identifica, *ex* art. 12, primo comma, con la richiesta di nomina dell'esperto; domanda che, giova sottolineare da subito, può essere avanzata solo a condizione che risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

Ed è su questo fronte che il quinto comma dell'art. 17 CCII (originariamente 5 Dl 118/2021) sollecita l'esperto ad un'attenta e puntuale verifica. Egli non appena nominato dovrà – sentito l'imprenditore, i suoi consulenti e gli organi di controllo, ove nominati – verificare l'esistenza di tali concrete prospettive di risanamento.

Si tratta di una attività tutt'altro che banale e che richiede, a nostro parere, un *quid plus* rispetto alla generica esperienza nel campo della ristrutturazione e della crisi d'impresa. Essere in grado di individuare sin dal primo momento – perché è questo che sollecita la norma – la sussistenza di concrete prospettive di risanamento, presuppone la presenza in capo all'esperto di una buona dose di competenze manageriali, più che di più circoscritte competenze consulenziali. Laddove l'esperto non ravvisasse la sussistenza delle suddette prospettive, infatti, ha l'obbligo di notiziarne l'imprenditore e il segretario generale della Camera di commercio ai fini dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. La disposizione è chiara nella sua finalità di contrasto a utilizzi distorti dello strumento e affida all'esperto il compito della sua attuazione pratica.

La delicatezza dell'ufficio è enfatizzata dalle responsabilità che vi si riconnettono, giacché ad un'errata e intempestiva valutazione della non sussistenza di concrete prospettive di risanamento potrebbe conseguire un aggravamento dello stato di dissesto dell'imprenditore in crisi. In una simile ipotesi non è affatto da escludersi che all'esperto possa essere contestata una responsabilità contrattuale da contatto sociale; e sotto questo profilo particolare attenzione deve essere dedicata all'aggettivo "concrete" con cui il legislatore ha inteso qualificare le prospettive di risanamento. La valutazione demandata all'esperto, infatti, non è tanto quella della sussistenza di indefinite prospettive di risanamento, ma che le stesse siano "concrete", cioè siano connaturate da una loro certa materialità e non siano, dunque, frutto di mere ipotesi di scuola. Se, poi, si analizza il disposto del quinto comma dell'art. 17 CCII in combinato con quello del primo comma dell'art. 12, annotiamo come le possibilità del risanamento debbano essere, oltre che concrete, ragionevoli; dunque, concretamente ragionevoli. Cioè, dotate di una concretezza razionalmente valutabile secondo principi di equilibrio e misura.

Solo dopo aver ravvisato l'esistenza di tale concreta ragionevolezza l'esperto potrà dar luogo all'avvio effettivo delle trattative, avendo riguardo, come chiaramente indica il secondo comma

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'art. 12, non solo ad ipotesi di risanamento endogene, ma anche all'eventualità di perseguire il salvataggio dell'impresa tramite il suo trasferimento, o di rami, di essa a terzi. Di qui, infatti, il richiamo che alle trattative non partecipino solo i creditori, ma anche altri soggetti interessati.

È questa possibilità che, spostando in maniera evidente l'obiettivo tipico delle procedure concorsuali e degli strumenti alternativi vigenti dal risanamento dell'imprenditore al risanamento dell'impresa, impinge il ruolo dell'esperto dell'ulteriore complessità di dover prospettare all'imprenditore, ove occorresse, la dismissione dell'azienda quale unica prospettiva d'intervento.

All'esperto, infatti, l'assetto normativo non attribuisce un ruolo di mero agevolatore delle trattative, così come sembrerebbe disporre, se letto a sé, il secondo comma dell'art. 12, bensì anche di suggeritore di soluzioni, come chiaramente indica il quinto comma dell'art. 17; ruolo questo che andrà interpretato anche in relazione alla determinazione dell'esistenza delle concrete e ragionevoli prospettive di risanamento, la cui individuazione non sarà, dunque, patrimonio del solo imprenditore e dei suoi consulenti. Tali conclusioni trovano piena conferma nei paragrafi 2, 4, 5 e 9 della sez. III del decreto dirigenziale 28 settembre 2021 che aprono alla questione delle modalità di misurazione delle prospettive di risanamento. Sul punto la nuova formulazione della lettera b) del terzo comma dell'art. 17 non lascia più dubbi, prevedendo espressamente sulla necessità che almeno le linee guida del piano di risanamento siano definite sin dall'avvio del procedimento. Come è possibile annotare da queste prime riflessioni la figura dell'esperto dovrà essere caratterizzata da quella marcata autorevolezza indispensabile ad indirizzare la negoziazione verso soluzioni rapide e sicure. Intendiamo dire che l'esperto non dovrà comportarsi, pur nella terzietà che la norma richiede, da mero notaio, veicolando le proposte dell'imprenditore ai suoi creditori e registrando i commenti di questi, ma dovrà assumere, ove ne esistano le condizioni, anche un ruolo propositivo, vieppiù in quei casi dove l'unica soluzione, o la più sicura, fosse quella della cessione a terzi dell'azienda e ciò anche in posizione dialettica con l'imprenditore.

In particolare, vedasi: "Test per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento" (par. 2); "Analisi di coerenza del piano di risanamento con la cheek list" (par. 4); "Analisi delle linee di intervento" (par. 5); "Formulazione delle proposte dell'imprenditore e delle parti interessate" (par. 9).

La necessità di un atteggiamento proattivo da parte dell'esperto è desumibile anche dall'indicazione, sempre contenuta al quinto comma dell'art. 17, che gli impone di fissare incontri tra le parti con cadenza periodica ravvicinata, obbligo questo che pare connesso, oltre che ad assicurare efficienza al procedimento, alla costante verifica del permanere delle ragionevoli e concrete prospettive di risanamento anche nel corso di tutta la durata delle trattative.

Sotto questo profilo, pur nell'assenza di indicazioni precettive, riteniamo che l'esperto possa chiedere all'imprenditore la produzione di rendiconti periodici da cui desumere che: (i) il quadro di riferimento – la situazione patrimoniale non anteriore a sessanta giorni di cui deve essere corredata l'istanza di accesso alla composizione negoziata ai sensi del terzo comma, lett. a) dell'art. 17 –non sia peggiorata in misura tale da compromettere ogni concreta e ragionevole chance di risanamento; (ii) le previsioni del piano finanziario a sei mesi, di cui alla successiva lett. b) della medesima disposizione, siano rispettate o quanto meno il loro peggioramento non pregiudichi – come prevede il primo comma dell'art. 21 CCI (originariamente 9 Dl 118/2021) – la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Delineati, seppure sommariamente, i profili generali delle attività demandate all'esperto nella fase iniziale, e nel corso delle trattative, lasciando al momento da parte le tecniche di negoziazione, possiamo ora affrontare alcuni compiti specifici e ulteriori che la norma, già nelle versione del Dl 118/2021, gli attribuisce, non senza avere segnalato, seppure della questione ci occuperemo più diffusamente in seguito, come il decreto dirigenziale 28 settembre 20121 sia così ricco di indicazioni e raccomandazioni che vi è il rischio che l'esperto si degradi a svolgere un ruolo meramente burocratico; cioè che l'esperto si limiti a implementare pedissequamente le indicazioni del decreto.

Proseguendo nella disamina, e lasciando sullo sfondo i contenuti del decreto dirigenziale, annotiamo che, ai sensi del secondo comma dell'art. 21 CCII, l'esperto, destinatario della preventiva comunicazione da parte dell'imprenditore della necessità del compimento di atti di straordinaria amministrazione, o di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, se ritiene che lo specifico atto arrechi pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento lo deve comunicare all'imprenditore e all'organo di controllo.

Di là del cortocircuito normativo, almeno per quanto attiene ai pagamenti, il cui obbligo di segnalazione sorge proprio in relazione alla loro non coerenza rispetto a trattative e prospettive, ragione per la quale l'atto non dovrebbe essere compiuto a prescindere, la proattività del ruolo dell'esperto emerge con ulteriore nitidezza: dapprima comunicherà all'imprenditore la sue negative considerazioni e, quindi, nella denegata ipotesi in cui questi compia comunque l'atto, potrà iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese, avendone l'obbligo solo nel caso in cui l'atto o il pagamento pregiudicasse l'interesse dei creditori.

Il fatto che la disposizione non obblighi, in ogni caso, l'esperto all'annotazione del dissenso, di là dal limitarne le responsabilità, a nostro parere le incrementa, giacché la libertà di agire secondo coscienza che gli è così concessa, pretenderà in caso di successivo fallimento che egli dimostri che la decisione di non rendere pubblico il proprio dissenso sia stata sorretta da più che valide ragioni, giacché a una simile scelta potrebbe connettersi eziologicamente la causazione di un danno anche di rilevante entità. Tale rischio, riteniamo, condurrà l'esperto ad annotare sempre, senza eccezioni di sorta, il proprio dissenso, anche perché un atto che non è coerente con le trattative o con le prospettive di rasamento è per definizione un atto pregiudizievole per i creditori.

La discrezionalità che l'art. 21 concede all'esperto ci consente di ritornare su una questione già affrontata in precedenza, ossia sull'opportunità che, pur nel silenzio della norma, l'esperto imponga all'imprenditore di fornirgli adeguati rendiconti, unico strumento per procedere alla valutazione di coerenza e utilità degli atti di cui si discute.

L'importanza dell'annotazione del dissenso da parte dell'esperto e la necessità che lo stesso sia adeguatamente motivato lo si rileva, poi, anche dalla circostanza che, a mente del combinato disposto del quinto comma dell'art. 21 e del sesto comma dell'art. 19, essa può determinare la revoca, o l'abbreviazione temporale, delle misure protettive concesse dal giudice.

Un ruolo decisivo pare doversi attribuire all'opinione dell'esperto anche riguardo ai provvedimenti che il tribunale fosse chiamato ad adottare riguardo: (i) all'assunzione di finanziamenti prededucibili anche dai soci o nell'ambito di un gruppo d'imprese; (ii) alla cessione dell'azienda, o rami di essa, esdebitata/i in deroga all'art. 2560 Cc, e ciò in relazione al fatto che il secondo comma dell'art. 22 CCI (originariamente art. 10, terzo comma, Dl 118/2021) prevede che il tribunale decida in composizione monocratica "assunte le informazioni necessarie". Tale previsione implica forzatamente l'audizione dell'esperto, considerato il potere che gli è attribuito di anno-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tare il proprio dissenso per tutti gli altri atti di straordinaria amministrazione diversi da quelli in esame, per i quali soli necessita l'autorizzazione del tribunale.

L'esperto sarà, quindi, la principale fonte d'informazione, seppure non esclusiva, del tribunale a riguardo. Nel medesimo senso pare deporre, anche, il quarto comma dell'art. 19, laddove è stato espressamente previsto che l'esperto debba essere udito in caso di richiesta di misure protettive e cautelari.

Resta, a questo punto da affrontare il tema del ruolo dell'esperto nella fase della conclusione delle trattative.

Come abbiamo visto in precedenza, ove nel corso dei negoziati ravvisi il venir meno delle concrete e ragionevoli prospettive di risanamento egli avrà l'obbligo di chiedere l'archiviazione del procedimento e tale condizione potrebbe derivare anche dalla constata impossibilità di continuare utilmente i negoziati. Nel caso, invece, le trattative proseguissero sino al termine dello spirare dei centottanta giorni – durata massima dell'incarico, salvo diversi accordi tra le parti – l'esperto dovrà redigere una relazione finale da inserire sulla Piattaforma telematica del procedimento e da comunicare all'imprenditore e al giudice nel caso in cui questi abbia disposto misure protettive o cautelari.

La norma è totalmente silente riguardo al contenuto minimo di cui tale relazione deve essere connotata. Colma il vuoto normativo il decreto dirigenziale che suggerisce il seguente contenuto minimo (sono inserite solo le parti condivise): (i) la descrizione dell'attività svolta, con l'allegazione dei verbali o delle audio e videoregistrazioni, se l'allegazione è consentita dalle parti che li hanno sottoscritti; (ii) l'indicazione se l'imprenditore abbia richiesto misure protettive cautelari e il termine di scadenza di tali misure; (iii) l'indicazione di eventuali autorizzazioni al compimento di atti di straordinaria amministrazione e gli eventuali dissensi espressi; (iv) le considerazioni sulla perseguibilità del risanamento anche ove non siano stati conclusi accordi ai sensi delle lettere a), b), c) del primo comma dell'art. 11, ma la soluzione idonea al superamento della crisi sia stata individuata, e possa essere attuata, tramite l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una procedura di concordato preventivo, in particolare dovrà precisare se l'accordo da omologare sia stato raggiunto nel corso della composizione negoziata, e ciò in quanto, ove si tratti di accordo ad efficacia estesa *ex* art. 61 CCII, la percentuale minima di adesione per ogni categoria è ridotta, ai sensi del secondo comma dell'art. 23 CCII (originariamente art. 11 Dl 118/2021), al 60%; (v) la certificazione che, nell'ipotesi delineata dalla lettera a) del primo comma dell'art. 23 – ossia di accordo produttivo delle misure premiali di cui all'art. 25 *bis* CII (originariamente art. 14 Dl 118/2021) – lo stesso consenta di assicurare la continuità aziendale per un periodo di almeno due anni; (vi) in qualsiasi altra ipotesi l'assicurazione che l'accordo raggiunto sia idoneo a superare la situazione di crisi.

Da ultimo, va segnalato che ove l'esperto sottoscriva unitamente all'imprenditore e a una parte dei suoi creditori l'accordo questo produce gli effetti del piano *ex* art. 166 CCII (67 L. Fall.), senza necessità dell'attestazione del professionista indipendente. In sostanza, la sua firma sostituirà l'asseverazione di quest'ultimo in tema di veridicità dei dati e fattibilità del piano, col che le valutazioni contenute nella propria relazione finale non potranno non affrontare questi due temi.

Ove l'esito delle trattative sia negativo il decreto dirigenziale, davvero inopportunamente a parere di chi scrive, indica la possibilità che l'esperto, ai fini della migliore liquidazione del proprio compenso, inserisca nella relazione finale la propria opinione sulla, comunque, praticabilità di una soluzione concordata della crisi. Davvero non si comprende l'utilità di un'opinione soggettiva su una ipotesi che non è stata ritenuta percorribile dalle parti o da talune di esse. Al più,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nell'ampia descrizione dell'attività svolta l'esperto potrà indicare tra le possibili soluzioni di cui si è discusso quelle eventualmente da esso suggerite. Ciò, però, ai fini di completezza espositiva, non certo ai fini egoistici della liquidazione del compenso. Una indicazione che gli esperti di futura nomina farebbero, dunque, bene a non seguire.

13.2 L'esperto negoziatore, una figura tutta da creare

Compito dell'esperto – ce lo dice il secondo comma dell'art. 12 – è quello di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri interessati al risanamento dell'impresa, *in primis*, tra questi eventuali soggetti interessati all'acquisizione dell'azienda o rami di essa in funzionamento.

Sino a questo momento abbiamo tentato di delineare le competenze tecnico aziendali che l'esperto deve possedere, ma queste competenze nulla hanno a che fare con la capacità di condurre un negoziato, che può essere vieppiù complesso, più numerose sono le parti che vi partecipino.

Certo conoscere il mercato e le regole d'ingaggio che i suoi attori praticano quando si rapportano ad una situazione di crisi è fondamentale, e, sotto questo profilo possiamo affermare che ciò sia componente del bagaglio culturale di chi si è occupato di gestire crisi aziendali. La capacità di saper mediare opposte esigenze in una situazione che non è ad assetti statici, come lo è, al contrario, una vertenza giudiziaria, è una dote che non attiene all'esperienza del commercialista, dell'avvocato o del manager, tantomeno del consulente del lavoro.

Fanno eccezione a questa carenza di cultura solo gli avvocati appartenenti agli organismi di mediazione di cui al Dlgs 28/2010. Costoro, però, non possiedono quelle competenze ed esperienze aziendalistico finanziarie indispensabili per poter accedere all'elenco camerale degli esperti. Il deficit operativo che ne può derivare potrebbe non essere di poco conto per le sorti dell'istituto, constatazione questa che potrebbe consigliare l'esperto nominato a farsi coadiuvare nei negoziati da un avvocato-mediatore. Aiutare le parti a negoziare appartiene all'esperienza del diplomatico di carriera e richiede doti né comuni, né innate.

Neppure paiono risolutive, a riguardo, le informazioni che si traggono dal secondo comma dell'art. 16 CCI , secondo il quale l'esperto deve operare in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente, giacché caratteristiche/condizioni, queste, che non assicurano quell'efficacia persuasiva che l'esperto negoziatore dovrebbe possedere.

Di scarso aiuto sono, poi, le indicazioni che si possono desumere dal decreto dirigenziale che non vanno oltre una serie di semplici suggerimenti su come tenere gli incontri e su come redigere eventuali verbalizzazioni.

Un'indicazione pratica, che deriva dall'asseto normativo, può essere, però, dato. Abbiamo in precedenza visto come, in caso di esito negativo delle trattative, l'imprenditore, divenuto debitore, possa accedere all'istituto del concordato semplificato, così come normato all'art. 25 *sexies* CCII (originariamente art. 18 Dl 118/2021), e come, a tal fine, l'esperto nella propria relazione finale debba procedere alla valutazione degli attivi in chiave liquidatoria. In questo senso uno strumento di convincimento potrebbe, come per altro suggerito nello stesso decreto dirigenziale, essere quello di individuare sin da subito tale valore, così che tutte le parti siano ben edotte dei risultati della soluzione alternativa del concordato semplificato, ovviamente nel caso in cui, a parità di concretezza, la soluzione della continuità diretta sia effettivamente e significativamente più vantaggiosa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sotto il profilo persuasivo ancora più interessante è l'ipotesi di poter mixare la stima della liquidazione con la cessione a terzi dell'azienda, ossia fondare il negoziato sulla circostanza che le prospettive liquidatorie si fondino sulla dismissione dell'impresa in funzionamento. In questo caso non raggiungere un accordo se la prospettiva del concordato semplificato non potesse offrire di più sarebbe davvero segno di irragionevolezza. In tutti gli altri casi solo con la pratica del ruolo l'esperto potrà acquisire quelle sensibilità diplomatiche che si è detto essere necessarie all'istituto. Del tutto insufficienti paiono, infatti, a riguardo le dieci ore dedicate alla materia nella struttura del corso di formazione degli esperti.

Ciò su cui si deve essere chiari, in relazione all'obbligo di riservatezza cui l'esperto è sottoposto, e alla dispensa dal testimoniare che gli è concessa, è che egli non potrà utilizzare lo strumento della enfatizzazione a futura memoria dell'irragionevolezza delle posizioni assunte da qualcuna delle parti presenti al tavolo delle trattative.

Dove ritornano in gioco le competenze tipiche dei "ristrutturatori" è, invece, nell'individuazione delle parti da coinvolgere nelle trattative, decisione che, per le ragioni già dedotte in precedenza, non non rientra nella esclusiva legittimazione dell'imprenditore e dei suoi consulenti. La selezione degli interlocutori è infatti strettamente dipendente dalle variabili economiche, finanziarie e patrimoniali dell'impresa da risanare.

13.3 L'(in)esperto del decreto dirigenziale

Abbiamo già fatto accenno alla struttura del decreto dirigenziale, così fitta di istruzioni e raccomandazioni da rischiare di degradare l'esperto a mero esecutore di un incarico burocratico. Abbiamo, al contrario, ricostruito la complessità poliedrica della sua figura che ne esclude la possibilità di equipararlo a un esecutore di una traccia operativa disegnata da altri.

Questo è il pericoloso equivoco di fondo che sottostà, non solo alla struttura del decreto dirigenziale, bensì anche all'idea dell'obbligatorietà di un corso abilitativo, non limitato alla materia delle sole tecniche di negoziato, di cui abbiamo detto l'esperto in ristrutturazioni aziendali essere digiuno.

Ci domandiamo, infatti, come possa definirsi – per fare un esempio – esperto un professionista che non conosca e debba farsi spiegare il concetto di sostenibilità del debito e come verificarne l'esistenza. Ciò che altri hanno imparato in decenni di operatività sul campo, s'intenderebbe trasferibile (*recte*: trasferito) con le direttive del decreto dirigenziale e con qualche ora di corsi teorici.

Difronte a tale quadro si dovrebbe ritenere che per il redattore del decreto l'esperto non esistesse "in natura" prima del Dl 118/2021 e che lo si sarebbe creato con i primi corsi di formazione e con le direttive del decreto dirigenziale. Un "esperto non esperto", insomma, una costruzione ossimorica, poiché la sua "scienza" non sarebbe frutto dell'esperienza pratica, bensì solo di un rapidissimo indottrinamento teorico. Basti solo pensare che gli stessi docenti dei corsi hanno dovuto parteciparvi per essere riconosciuti esperti.

Ciò che, però, più preoccupa è la filosofia prassediana di cui è intriso l'intero decreto dirigenziale. Il suo estensore pare, infatti, volersi porre nei confronti del lettore – che, al contrario, dovrebbe essere già esperto – a guisa di precettore, presentandosi come detentore unico della conoscenza della materia, quando, al contrario le sue teorizzazioni sono frutto di una visione, certamente erudita, ma assai soggettiva dei temi affrontati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Facciamo un esempio: al quarto capoverso della Sez. I – test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento – si afferma che si potrebbe considerare in prospettico equilibrio economico (è ignorato quello finanziario) un'impresa che "a decorrere almeno dal secondo anno" mostri flussi di cassa superiori a zero. Si tratta di un'affermazione, dal nostro molto più modesto punto di vista, assai pericolosa, soprattutto se posta nelle mani di soggetti poco esperti, poiché non affronta il tema connesso della concreta ragionevolezza che ciò – cioè che il consumo di cassa cessi – possa accadere e del pericolo che la continuazione della gestione possa arrecare pregiudizio ai creditori.

L'insidia è duplice. Da un lato si rischia, come si è detto, che l'esperto si appiattisca sulle indicazioni dell'estensore del decreto dirigenziale e dall'altro che chi non vi si adegui pedissequamente sia passibile di valutazioni negative. Ed allora bisogna dichiarare senza falsi pudori che i contenuti del decreto dirigenziale, frutto evidente di una sola mano, non possono assurgere a principi condivisi dalle categorie professionali che, seppure non cogenti, sono stilati per indirizzare le condotte degli operatori ad essere tecnicamente omogenee.

Non possiamo, per altro, non rilevare a proposito come il decreto dirigenziale sia andato ben oltre il perimetro assegnatogli dal secondo e dal quarto comma dell'art. 3.

Esso, infatti, doveva solo limitarsi a: (i) definire il percorso formativo degli esperti; (ii) fornire indicazioni operative agli imprenditori, piccoli e medi per la formazione di un piano di risanamento e di un test di valutazione della sua ragionevolezza, nonché (iii) stilare un protocollo di conduzione delle trattative, questioni che non ricomprendevano certo la definizione delle best practice a cui "l'esperto/non esperto" avrebbe dovuto attenersi. Si è trattato di uno sconfinamento che riteniamo potrà condurre, come detto, a interpretazioni del ruolo non efficienti.

A questo punto possiamo concludere questo breve contributo con l'auspicio che coloro che saranno chiamati all'ufficio si dimostrino davvero esperti e assai poco bisognosi di precetti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

Formazione e competenze dell'esperto indipendente

Diego Comba, Luciano Quattrocchio

SOMMARIO: 14.1 Formazione dell'esperto. Gestione delle trattative con le parti interessate – 14.2 Le competenze di facilitazione della comunicazione da sviluppare nella formazione – 14.3 La gestione della trattativa

Nell'ambito della *C*omposizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, un ruolo centrale è affidato ad una nuova figura professionale – l'"esperto" – che deve essere scelto nell'ambito di un elenco istituito presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano. In particolare, l'esperto ha la funzione di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa, in funzione di consentire all'impresa di rimanere sul mercato.

Particolare rilevanza assume la previsione secondo cui «*L'iscrizione all'elenco di cui al comma 3 è subordinata al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di cui al comma 2*» (art. 13, comma 4, del Codice della crisi come modificato dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83).

Il decreto del Direttore generale degli affari interni del 28 settembre 2021 riporta (in allegato) le materie, indicando – per ciascuna di esse – il numero minimo di ore di formazione.

Nell'ambito delle materie oggetto di formazione, un numero significativo di ore (10) è dedicato a «*La gestione delle trattative con le parti interessate. Facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale: il ruolo dell'esperto e le competenze*». La legge 21 ottobre 2021, n. 147, ha convertito, con modificazioni, il Dl 24 agosto 2021, n. 118, "*recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*". Fra le modifiche apportate dalla legge di conversione, nell'ambito di interesse del presente contributo, si segnalano quelle *riportate nell'apposito riquadro a pagina seguente*. Come è agevole desumere dalla modifica da ultimo richiamata, costituisce – tra l'altro – titolo di preferenza, valutabile all'atto della nomina, ogni altra (rispetto alla formazione obbligatoria) esperienza formativa nelle tecniche di facilitazione e mediazione. In termini più ampi, lo stesso decreto menzionato prevede che «*La formazione precedentemente maturata, che risulti dal* curriculum vitae*, o la partecipazione successiva ad uno o più corsi, di ulteriore approfondimento dei temi oggetto della presente sezione, rilevano nella individuazione dell'esperto da parte del soggetto preposto alla nomina*».

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.1 Formazione dell'esperto. Gestione delle trattative con le parti interessate

14.1.1 Il ruolo dell'esperto e le competenze

Il citato decreto del Direttore generale del 28 settembre 2021 dedica la Sezione IV alle «*linee guida per una formazione unitaria di tutte le categorie professionali e dei* manager». In essa sono indicati i temi che dovranno essere oggetto della formazione specifica degli esperti, a qualunque categoria gli stessi appartengano». In particolare, si prevedono:

1. il numero di ore di formazione (55);
2. il contenuto di dettaglio dei temi trattati;
3. la tipologia di docente sulla base dell'argomento trattato.

Si aggiunge, inoltre, che «*La formazione dovrà essere impartita anche tramite strumenti a distanza affinché possa essere più agevolmente fruita. Dovranno essere previste verifiche di effettiva ed efficace fruizione*».

Il decreto direttoriale del 28 settembre 2021 indica – nell'ambito della sezione intitolata «*La gestione delle trattative con le parti interessate. Facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale: il ruolo dell'esperto e le competenze*» – le specifiche ore di formazione, così ripartite:

Prima sessione
- Ore 2: Fase della preparazione.
- Ore 3: Gestione delle trattative I parte.
- Ore 3: Gestione delle trattative II parte.

Seconda sessione
- Ore 2: Laboratorio sui casi e apprendimento delle tecniche

In aggiunta, il decreto direttoriale prevede espressamente che il docente incaricato di erogare la formazione in oggetto deve possedere «*entrambi i requisiti previsti dall'art. 18 Dm 180/2010 per i formatori teorici e pratici in materia di mediazione e competenza in diritto dell'impresa e dei contratti commerciali o della crisi d'impresa*».

In particolare, l'art. 18, comma 3, del Dm 18 ottobre 2010, n. 180, stabilisce che i formatori:

1. devono provare «*l'idoneità alla formazione, attestando: per i docenti dei corsi teorici, di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie; per i docenti dei corsi pratici, di aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure; per tutti i docenti, di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, nonché di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio*»;
2. devono essere in «*possesso dei requisiti di onorabilità previsti dall'articolo 4, comma 3, lettera c)*», e cioè:
   1. «*non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa;*
   2. *non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;*
   3. *non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza;*
   4. *non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento*».

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nei paragrafi successivi del decreto direttoriale si riportano gli argomenti di dettaglio del citato oggetto di formazione.

MODIFICHE DELLA LEGGE DI CONVERSIONE 147/2021 AL DL 118/2021 E TRASPOSTE NEL CODICE DAL DLGS 83/2022

Art. 13, comma 3: «*Presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano è formato, con le modalità di cui al comma 5, un elenco di esperti nel quale possono essere inseriti: gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza*».
Art. 33, comma 5: «*(...) La domanda è corredata della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui ai commi 3 e 4, di un'autocertificazione attestante l'assolvimento degli obblighi formativi e di un curriculum vitae, a sua volta Oggetto di autocertificazione ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Dpr 28 dicembre 2000, n. 445, dal quale risulti ogni altra esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione, valutabile all'atto della nomina come titolo di preferenza*».

14.1.2 Fase della preparazione

Le 2 ore dedicate alla "*Fase della preparazione*" devono avere ad oggetto:
- l'individuazione delle parti astrattamente interessate;
- la fase del contatto individuale:
  1. preparazione del colloquio e scelta delle modalità;
  2. individuazione dei soggetti potenzialmente interessati; programmazione degli incontri; condivisione dell'agenda con le parti;
- la fase degli incontri bi- e multilaterali:
- quando, dove, come;
- modalità di gestione.

Di particolare interesse è la previsione di cui alla lett. *a*), che richiama l'attenzione sulla necessità di una adeguata preparazione delle trattative, limitando quindi gli spazi dell'improvvisazione.

14.1.3 Gestione delle trattative, I parte

Le 3 ore dedicate alla "*Gestione delle trattative I parte*" devono avere il seguente contenuto:
- definizione dell'obiettivo;
- ruolo dell'esperto quale facilitatore e coordinatore tra tutti i soggetti interessati: come ispirare fiducia e autorevolezza;
- ascolto, *empowerment* e tecniche di gestione dei colloqui;
- dialogo strategico: le tecniche adeguate alla natura delle parti interessate;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- analisi dei punti di forza e dei punti di debolezza;
- esplorazione degli interessi di ciascuna parte e studio delle opzioni per una soluzione concordata di risanamento;
- conoscenza e comprensione delle tecniche di negoziazione collaborativa multiparte ai fini della buona riuscita della facilitazione.

La I parte della gestione delle trattative è incentrata sull'acquisizione, da parte dell'esperto, della fiducia degli interlocutori, nonché sulla considerazione di tutti gli interessi in gioco nel contesto di una negoziazione collaborativa.

14.1.4 Gestione delle trattative, II parte

Le 3 ore dedicate alla "*Gestione delle trattative II parte*" devono avere il seguente contenuto:

- *Coaching* relazionale in condizione di neutralità: favorire le condizioni per la creazione di un tavolo collaborativo;
- creazione di maggior valore per tutte le parti interessate;
- trasformare le relazioni: dal problema alle potenzialità di risanamento;
- distorsioni cognitive e relazionali: come evitare e superare le *impasse* (*bias*);
- gestione degli interessi puramente pecuniari e di quelli di natura diversa.

La II parte delle trattative tende a sviluppare la capacità di concretizzare gli obiettivi prefissati, con particolare attenzione ad evitare distorsioni negoziali.

14.1.5 Laboratorio sui casi e apprendimento delle tecniche

Le 3 ore dedicate al "*Laboratorio sui casi e apprendimento delle tecniche*" devono avere il seguente contenuto:

- presentazione di casi studio e divisione dei ruoli;
- avvio della simulazione: elaborazione dell'agenda;
- *setting* degli incontri singoli e/o di gruppo,
- gestione della trattativa.

La Seconda sessione formativa segna il passaggio dalla fase teorica a quella pratica, attraverso lo strumento della simulazione, anche attraverso lavori di gruppo.

14.2 Le competenze di facilitazione della comunicazione da sviluppare nella formazione

L'Unione europea ha invitato gli Stati membri a introdurre la figura dell'esperto facilitatore nella crisi d'impresa già in una Raccomandazione del 2014, trattandone poi nelle Direttive Ue 2017/1132 e Ue 2019/1023 in materia di composizione della crisi d'impresa, che hanno introdotto una visione dinamica dell'impresa come creatrice di ricchezza e abbandonato il vecchio approccio sanzionatorio del fallimento come punizione del debitore insolvente.

La figura dell'esperto facilitatore disciplinata dal Dl 118/2021 e trasposto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, e dal decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 si colloca dunque in un preciso contesto comunitario il quale introduce numerose azioni, volte a individuare precocemente la crisi dell'impresa e a offrire ido-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nei strumenti per ridurre la possibilità di una liquidazione giudiziale. In tale quadro la missione dell'esperto viene individuata essenzialmente come una funzione di aiuto alle imprese in crisi per negoziare con i propri creditori soluzioni condivise che consentano la continuità dell'attività aziendale producendo cambiamenti virtuosi nelle relazioni interne ed esterne all'impresa. In effetti si potrebbe sostenere che le diverse competenze e le attività che la normativa richiede all'esperto di svolgere (raccolta dei dati e delle informazioni relative alla crisi in cui versa l'impresa, individuazione delle strategie di rimozione della crisi stessa, redazione di un piano di risanamento) confluiscono e trovano un loro sbocco primario e virtuoso nella facilitazione della trattativa dell'imprenditore con i creditori.

La formazione dell'esperto per accrescere le sue competenze nella gestione delle trattative è dunque essenziale e il suo principale obiettivo consiste, a nostro avviso, nel calare i discenti in una visione (non scontata e ad oggi minoritaria) dell'impresa intesa come un sistema complesso di relazioni tra loro interconnesse.

Tale sistema è composto al suo interno dalle relazioni tra i soci, gli amministratori, i dirigenti e i lavoratori e a sua volta interagisce con soggetti esterni quali i fornitori, i clienti, le reti di vendita e di collaborazione produttiva, le banche, i consulenti. La vita di questo sistema complesso, se si mira ad una sua "guarigione", non può essere misurata usando solamente dei pur legittimi indici quantitativi (un esempio semplice: i flussi di cassa).

L'esperto deve saper tenere conto, in particolar modo in una trattativa che intende far uscire l'impresa dalla crisi, degli effetti di retroazione (*feedback*) attuali e potenziali, nelle singole relazioni aziendali ma anche dei rapporti tra i diversi sottosistemi dinamici che compongono l'impresa.

Nei paragrafi che seguono cercheremo di delineare un modello formativo:

- che declinerà i temi previsti dalla Sez. IV del citato decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia alla luce degli adempimenti negoziali che si richiedono all'esperto nell'art. 8 della Sez. III dello stesso decreto, dedicata al Protocollo di conduzione della composizione negoziata;
- che proporrà l'uso di un metodo didattico basato sulla interazione e non sulla lezione frontale ponendo a tal fine all'inizio di ciascun paragrafo alcune domande volte a suscitare nei discenti una messa in discussione/esame del proprio approccio alla trattativa;
- che proporrà di utilizzare nella trattativa il metodo sistemico basato sulle nozioni di *loop* e di *feedback* attuale e potenziale;
- che fornirà infine alcune linee guida da applicare nella costruzione e nella discussione dei casi nei laboratori traendole dalle pratiche virtuose sperimentate nella mediazione civile e commerciale in vigore in Italia da più di un decennio (Dlgs 28/2010).

14.2.1 La fase della preparazione della trattativa

Le domande da porsi – Quale ruolo l'esperto pensa di dover svolgere: curatore, patrocinatore, consulente dell'imprenditore?

Cosa crede che le parti si aspettino da lui? Quali informazioni si aspetta di ricevere?

Le risposte del decreto dirigenziale del 28 settembre – Secondo il decreto (art. 8 Sez. IV) l'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti interessati al fine di individuare una soluzione per il superamento dello squilibrio patrimoniale o economico finanziario. Nello svolgimento di questo suo compito: "*l'esperto è terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta dunque di assistere tutte le parti indistintamente (debitore e creditori) nella ricerca di accordi utili alla continuità aziendale, da una posizione di terzietà (imparzialità e indipendenza) ma senza esercitare alcuna autorità, né svolgendo la funzione di ausiliario di una autorità terza (ad esempio di un giudice).

La definizione contenuta nella norma non avvicina l'esperto a nessuna delle figure conosciute dalle procedure concorsuali e nemmeno alla funzione prevalentemente cognitiva e ricognitiva che una norma al momento rinviata nella sua entrata in vigore (Dlgs 14/2019) affidava a specifici organi di composizione della crisi d'impresa, OCC e OCRI.

La figura dell'esperto si avvicina invece in modo estremamente significativo alle funzioni affidate dalla normativa in vigore (Dlgs 28/2010) al mediatore civile e commerciale. In particolare, si sottolineano qui due elementi: l'assoluta terzietà dell'esperto così come del mediatore che non si traduce tuttavia in un potere decisionale di qualsivoglia natura e la prevalenza dell'attività di facilitazione della comunicazione su quella di cognizione/ ricognizione "oggettiva" (o con pretese di oggettività) dei rapporti commerciali e della situazione contabile.

Il carattere di terzietà e di indipendenza dalle parti e da qualsiasi autorità cui l'esperto dovrebbe in qualche modo "riferire e render conto" viene rafforzato dall'obbligo di riservatezza che gli viene imposto (decreto Min. Giust., Sez. III, artt. 8.4, 8.5, 8.6) nei confronti delle altre parti, nei confronti di terzi e in giudizio. D'altra parte, il ruolo dell'esperto non può a nostro avviso essere confuso con quello del *problem solver*, del perito o del consulente tecnico o dell'arbitratore i quali tutti, pur non avendo l'autorità di prendere una decisione, si impongono a vario titolo sulle parti per le loro competenze tecniche. La norma prevede infatti in più punti la nomina di tecnici (ad esempio decreto Min. Giust., Sez. III. artt. 8.11 e 9.4).

Gli approfondimenti – Quali domande debba porre l'esperto e quali informazioni (orali e documentali) egli debba cercare risulta essere un punto importante da approfondire nella formazione. Non essendogli infatti attribuito dalla legge alcuna autorità "in proprio" e non agendo dietro mandato di una delle parti (imprenditore o creditori) o di un'autorità terza (il giudice) egli si trova nella stessa posizione del mediatore, come lui nominato da un organismo terzo che non esercita se non una funzione di controllo formale.

Tra i molti vi sono dunque qui due temi essenziali da approfondire.

In primo luogo il tema della acquisizione della fiducia di tutti gli attori in gioco: infatti l'esperto, terzo e indipendente, dipende tuttavia paradossalmente dalle parti sia per quanto riguarda le informazioni che da loro potrà ricevere e che condizioneranno in modo rilevante la riuscita della trattativa sia per quanto riguarda la conquista di un'autorevolezza che, in mancanza di un titolo di autorità formale, esse vorranno riconoscergli e che sarà fondamentale nella conduzione della trattativa stessa. Trova qui una giusta prospettiva l'apprendimento delle tecniche di comunicazione efficaci le quali non serviranno soltanto all'esperto a trovare le vie più adatte per far comunicare le parti tra loro (direttamente o per il suo tramite) ma anche, e in un primo tempo soprattutto, per aprire vie utili di comunicazione tra se stesso e le parti. Si tratta qui di superare ossificate abitudini cognitive di chi crede che l'autorità e/o la competenza siano titoli che da soli impongono l'ascolto dell'altro.

Quando questi titoli, come nel caso di specie, non possono essere invocati, bisogna affinare la capacità di ascolto e di relazione, dismettendo atteggiamenti arroganti spesso inconsapevolmente praticati.

Un secondo tema da approfondire consiste nella quantità e qualità delle informazioni di cui l'esperto si dovrà mettere alla ricerca.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La ricerca di dati verificati e oggettivi non deve qui essere confusa a nostro avviso con l'attività del curatore in una procedura concorsuale o anche, per citare un esempio molto più emblematico, quella del gestore della crisi, figura disciplinata da una norma in vigore (legge 3/2012) che nelle procedure di sovraindebitamento si interfaccia con il giudice e con il debitore. In numerosi corsi di formazione e articoli aventi per oggetto quest'ultima figura si è spesso sottolineato il carattere determinante di natura tecnico- formale-valutativa della relazione che il gestore della crisi deve allegare alla propria proposta di piano di esdebitazione al giudice. Si è particolarmente insistito sulle competenze tecniche specifiche necessarie (e sufficienti) a redigere una tale relazione.

La formazione dell'esperto delineato dalla presente normativa deve invece avere per oggetto le capacità di quest'ultimo nella scelta e presentazione oculata (e naturalmente veritiera) non di "tutte" le informazioni disponibili ma solo di quelle necessarie e utili per aiutare l'imprenditore e le parti a condurre quella specifica trattativa volta a garantire la continuità aziendale. Ciò esige che il bagaglio di conoscenze tecniche specifiche posseduto dall'esperto non offuschi la sua flessibilità e la sua capacità di adattarsi alle circostanze e alle esigenze della specifica trattativa nella quale sta assistendo le parti. Spesso infatti accade che il bagaglio di conoscenze giuridiche o contabili si riveli di ostacolo in una trattativa bilaterale comportandone l'insuccesso.

14.2.2 L'individuazione delle parti interessate: il problema degli stakeholders, le parti titolari dei diritti e le parti portatrici di interessi

Le domande da porsi – Chi sono gli *stakeholders*? Che ruolo hanno? Quali motivazioni li spingono ad agire? Come possono influenzare le decisioni dei titolari di diritto? Di quali interessi sono portatori? **Le risposte della pratica della negoziazione e della mediazione** – Occorre in primo luogo, e ciò è universalmente riconosciuto nella pratica della negoziazione e della mediazione, "saper portare le persone giuste al tavolo della trattativa". Potremmo aggiungere che non si tratta sempre di cosa facile e che costituisce d'altra parte la più frequente causa del fallimento della trattativa. Una verifica preliminare da parte dell'esperto del numero e del peso delle parti in gioco è sempre necessaria. Può succedere in primo luogo che la parte astrattamente intesa, titolare del diritto o dell'obbligo di cui si discute sia fortemente condizionata da altri soggetti che ne influenzano le decisioni per ragioni famigliari, professionali o per assetti di interessi non palesati. Questi soggetti devono essere portati quando possibile a sedere direttamente al tavolo oppure occorre trovare il modo di dare loro voce.

La pratica statunitense della mediazione ha chiamato *stakeholders* i portatori di interessi che non solo influenzano ma anche sono indirettamente influenzati dai risultati possibili della trattativa e ha stabilito il principio del loro coinvolgimento, a prescindere dalla loro posizione formale. Ha anche stabilito che un modo per individuare gli *stakeholders* consiste nel mappare il più presto possibile gli interessi in gioco, i diversi possibili obiettivi e di qui risalire ai soggetti, anche a quelli per il momento non presenti e non apparentemente coinvolti. La strategia consigliata è quella di proporre loro sin dall'inizio di collaborare.

Un fenomeno ricorrente, specialmente nelle negoziazioni e nelle mediazioni con le banche e le compagnie di assicurazione, consiste nella deliberata designazione quale parte nella trattativa, di un legale o di un funzionario che non possiedono le necessarie informazioni per condurre la trattativa né il potere di concludere un accordo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.2.3 La fase del contatto individuale: come affrontare il primo incontro, la creazione congiunta di un'agenda

Le domande da porsi – Come aprire la trattativa? Chi sono le parti intorno al tavolo? Perché non se ne vanno? Come si presentano? Come parlano? Sono qui per adempiere a un obbligo meramente formale o pensano che vale comunque la pena di provare? Quali opportunità il negoziatore intende comunque cogliere? Perché è importante creare un'agenda condivisa?

Saper osservare le persone che partecipano alla trattativa – Una trattativa si apre abitualmente presentando in modo più o meno formale se stessi agli altri, definendo il proprio ruolo e i propri poteri (mandati ricevuti, poteri attribuiti dalla legge), rimanendo concentrati sui propri obiettivi e sugli obiettivi della parte che si rappresenta. Talvolta la presentazione è succinta perché presuppone la condivisione implicita di una procedura da seguire. Suggeriamo all'esperto, in parte per le ragioni già esposte (assenza di potere e fluidità del percorso) di rovesciare questo approccio.

In primo luogo, lasciare che gli altri si presentino e osservarli con attenzione. Non essere preoccupati dell'impressione che il negoziatore farà agli altri ma chiedersi cosa potrà imparare su di loro e sul loro modo di condurre la trattativa, imparare il più possibile dal modo in cui si presentano e presentano i loro obiettivi. Qui, nel momento dell'apertura, l'attenzione potrà concentrarsi più sul "come" che sul "cosa": come parlano? Il linguaggio verbale è prevalentemente tecnico o più persuasivo? sofisticato o semplice? Come si atteggia il loro corpo mentre parlano? Come vestono? Si può individuare un loro "stile di pensiero", un loro approccio al problema?

> Ad esempio, tendono ad esplicitare ciò che vogliono evitare o la direzione verso la quale vogliono avviarsi? Insistono sui contenuti o sulle procedure? Cercano la soluzione nel breve termine o nel lungo termine? Partono dai dettagli o dalla visione d'insieme, dal bosco o dall'albero? Sottolineano gli elementi di dissenso o gli elementi di divergenza? Danno una maggiore importanza al rispetto delle regole esterne che fissano dei limiti (ciò che si "dovrebbe" fare) o a ciò che "in realtà si vuole fare"?

In secondo luogo, proponiamo di esplicitare il più possibile la posizione di ciascuna parte, ponendo ogni tipo di domande, dapprima aperte e poi più circostanziate. Non dare nulla per scontato, a costo di sembrare un po' sprovveduti.

Il primo incontro richiede dunque un duplice sforzo: uno sforzo di osservazione/ apprendimento degli interlocutori e uno sforzo di "rallentamento" che consiste nel non arrivare subito "al dunque", ai contenuti, all'esplicitazione delle posizioni tecniche ma prima far emergere ciò che "sta prima e intorno" al problema. In questa direzione la creazione congiunta di un'agenda è un ottimo strumento: nel concordare i temi, i tempi e le modalità della trattativa si compie un primo passo importante verso un possibile accordo.

Gli approfondimenti – Un tema da approfondire con riferimento al primo incontro nella trattativa è il seguente: meglio incontri separati o sedute congiunte? La domanda può riguardare non soltanto l'opportunità per l'esperto di tenere incontri collegiali con molte parti ma anche comunque soltanto con parti che rappresentano diritti e/o interessi diversi, ad esempio l'imprenditore e uno dei creditori.

Per quanto non sia lecito formulare una regola generale valida per tutti i casi e molto dipenda dall'esperienza del negoziatore, occorre ricordare che la strategia appena suggerita implica una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

particolare cura nell'osservazione dell'interlocutore. Ciò non è ovviamente ininfluente sul prosieguo della trattativa: più il negoziatore sarà stato capace di apprendere osservando l'interlocutore e maggiore sarà la sua capacità di entrare in sintonia con lui nelle fasi successive e in particolare nell'individuazione degli obiettivi, nell'esplorazione degli interessi e nella elaborazione/invenzione delle differenti possibili soluzioni. A ciò si aggiunga che in un incontro separato, del resto non casualmente previsto dalla norma in materia di trattativa (decreto Min. Giust., Sez. III, art. 8.7), la parte sarà maggiormente disponibile ad aprirsi nei confronti dell'esperto,

abbandonando o allentando alcuni atteggiamenti antagonistici. Per tutte queste ragioni riteniamo che l'esperto dovrebbe prevedere degli incontri separati con ciascuna parte.

14.3 La gestione della trattativa

14.3.1 La definizione dell'obiettivo: gli ostacoli all'elaborazione di un obiettivo raggiungibile e condivisibile

Le domande da porsi – Quali obiettivi le parti dicono di voler raggiungere? Vi sono obiettivi non formulati in modo esplicito? Quali sono i diversi modi di formulare un obiettivo? Come aiutare ciascuna parte a riformulare un obiettivo raggiungibile?

Un approccio orientato alla specificità e al futuro – La riformulazione dei diversi obiettivi di ciascuna parte è possibile a nostro avviso (ribadiamo in assenza di autorità o di supremazia tecnica riconosciuta) soltanto se l'esperto è riuscito a creare una risonanza con ciascuna parte senza la pretesa di imporsi a priori in modo carismatico o tecnocratico. Una tale risonanza si stabilisce quando il negoziatore, grazie ad un'accurata osservazione, comprende ed entra in sintonia con le modalità affettive, mentali e istintuali dell'interlocutore e con flessibilità si adatta ad esse, un po' come un camaleonte riesce a prendere il colore dell'albero. Ciò non tanto con fini manipolativi o opportunistici quanto piuttosto con il fine di comprendere e tradurre la sua specificità e le sue intenzioni. In primo luogo, per coinvolgerlo davvero nella trattativa. Spesso, infatti, gli atteggiamenti standardizzati e meramente quantitativi esprimono una volontà di fuga dettata da diffidenze e fraintendimenti prima ancora che da protocolli aziendali.

Gli approfondimenti – In primo luogo, per portare l'interlocutore a tentare di ridefinire seriamente il suo obiettivo occorre vincere le sue diffidenze mostrandogli che comprendiamo e accettiamo la sua specificità. Si può definire un tale approccio del negoziatore anche con le parole "considerazione" e "rispetto dell'interlocutore" (da non confondersi con la finta gentilezza) e spesso (per qualcuno inaspettatamente) sortisce l'effetto di creare un coinvolgimento. Tale mutamento di atteggiamento costituisce il primo passo per la creazione di quello "spazio privato" tra le parti (nel linguaggio della mediazione statunitense "container") nel quale possono venire generate soluzioni innovative e condivise, adatte al caso concreto e non prevedibili seguendo criteri meramente quantitativi e astratti.

In secondo luogo, la riformulazione degli obiettivi che apre il lavoro vero e proprio della negoziazione passa attraverso, secondo l'esperienza della mediazione in Italia e nei molti paesi in cui essa viene praticata, lo spostamento dalla focalizzazione dal passato al futuro.

L'attenzione si sposta dal "cosa è successo", "come è potuto succedere", "a chi si deve attribuire la colpa" al "come è possibile uscirne", "cosa possiamo fare per risolvere il problema", "quali sono le opportunità eventuali da cogliere".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Questa prospettiva avvicina la negoziazione alla giustizia riparativa ed equitativa opponendola all'ottica sanzionatoria della giustizia retributiva. Ciò contribuisce a superare un importante ostacolo culturale e psicologico alla soluzione negoziale di un conflitto o di una crisi che consiste nel coltivare la dicotomia "ragione/ torto" come unico parametro possibile il che privilegia la soluzione del giudizio o della guerra risolutrice, entrambe più distruttive che costruttive.

14.3.2 L'esperto facilitatore che ispira fiducia e autorevolezza: come aiutare le parti ad abbattere le barriere che impediscono la trattativa

Le domande da porsi – Esistono delle barriere "invisibili" che ostacolano la trattativa? Da cosa deriva l'autorevolezza del negoziatore? Perché le parti dovrebbero dargli fiducia? Qual è la differenza tra una procedura e un itinerario? Che differenza c'è tra accompagnamento e direzione?
La fiducia, elemento essenziale dell'accompagnamento nella trattativa – Esistono barriere non esplicitate che impediscono un reale coinvolgimento delle parti nella trattativa. Prima tra tutte la credenza, profondamente radicata nella nostra cultura (e non soltanto tra i non addetti ai lavori), che soltanto una giustizia punitiva (e quindi in ultima analisi basata sulla sanzione penale o risarcitoria) possa ristabilire l'equilibrio turbato da una crisi o da una lite. A tale credenza si contrappongono i successi crescenti delle molte negoziazioni e mediazioni che si concludono con reciproca soddisfazione delle parti: in società complesse si scopre sempre di più che la soluzione negoziata dalle parti è in genere più appropriata, più rapida e meno costosa di quella imposta da un giudice.

Si verifica tuttavia il paradosso che normalmente le parti coinvolte nella crisi non sono in grado da sole di trovare una soluzione soddisfacente: hanno bisogno di un terzo che le aiuti nella negoziazione, apportando l'arricchimento del punto di vista "indipendente". Il terzo si pone come un "accompagnatore" delle parti perché non può assumere in alcun modo la direzione della loro vicenda non avendone l'autorità.

Non si tratta, occorre ribadirlo, di una via secondaria, il mediatore non è un "dio minore" rispetto al giudice: l'idea di accompagnamento che si è affermata sempre più negli ultimi trent'anni in molti campi (ad esempio nella psicologia e nella medicina) implica però un elemento aggiuntivo essenziale senza il quale l'accompagnamento non riesce: Il negoziatore terzo deve avere la fiducia delle parti.

In questo itinerario (non procedura) lungo il quale l'esperto negoziatore accompagna le parti egli deve conquistarsi la loro fiducia. Da questa deriva la sua autorevolezza. Il suo punto di vista esterno gli consente di fornire un aiuto prezioso alle parti, e dunque di ottenere la loro fiducia, non tanto perché possiederebbe un maggior numero di informazioni (non se ne vede la ragione) e nemmeno perché potrebbe vantare una maggior competenza (cosa di per sé tutt'altro che scontata) quanto piuttosto perché è in grado di allargare il numero di strategie possibili aiutandoli (proprio perché terzo, in possesso di una mappa cognitiva differente) a vedere strade che a loro sfuggivano.

Gi approfondimenti – Il confronto si crea dunque a partire da mappe cognitive differenti.

L'accompagnamento avviene seguendo un itinerario che attraversa non soltanto il territorio dei fatti e delle circostanze che hanno provocato la crisi ma anche il mondo delle capacità, delle abilità e delle credenze, consapevoli o implicite delle parti. Il principale strumento dell'esperto in questo itinerario si rivela essere il dialogo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.3.3 L'ascolto ed empowerment nella gestione dei colloqui: il dialogo come strumento per abbattere le barriere cognitive derivanti dalle diverse professionalità superando le criticità dell'approccio tecnico e dell'approccio orientato al problem-solving

Le domande da porsi – Come si definisce un'abitudine cognitiva? Quali sono i limiti che l'abitudine cognitiva impone a se stessi e agli altri? Quanto è limitante un'abitudine cognitiva rivolta ad un approccio individuale e non un approccio interconnesso di gruppo? Come può essere definito il dialogo? Come può essere utilizzato il dialogo nella trattativa? Quali vantaggi offre?

I limiti posti dalle abitudini cognitive – Che cosa sono le barriere cognitive lo sa bene, anche se talvolta non ne è consapevole, chi ha appreso faticosamente una professione intellettuale, non soltanto attraverso un percorso di studi universitari (e spesso postuniversitari) ma anche attraverso un periodo più o meno lungo di duro apprendistato. Ciò non si applica a nostro avviso soltanto a professionisti quali i commercialisti o gli avvocati ma anche ai manager che lavorano nelle imprese (oggi in prevalenza ingegneri o economisti di formazione che hanno svolto il loro apprendistato "in azienda").

La pratica continuativa di una disciplina modifica, per comune ammissione degli psicologi, il nostro atteggiamento verso il mondo in modo permanente. Da un lato ci rende più efficaci nel risolvere i problemi (anche complessi) che incontriamo, applicando la tecnica che abbiamo appreso e che pratichiamo: questo ci procura approvazione, autostima e remunerazione.

D'altro lato si crea in noi la tendenza a operare e a cercare di risolvere i problemi che incontriamo sul lavoro restando nei limiti della disciplina che abbiamo studiato e pratichiamo come ingegneri, avvocati, commercialisti, fisici, geologi, architetti o altro.

Il dialogo come strumento per uscire dalle abitudini cognitive – È evidente che l'attività dell'esperto nella facilitazione della trattativa, per come viene definita dal decreto del Ministero della Giustizia e quale si presenta nella pratica della mediazione e della negoziazione, non può in primo luogo ispirarsi al proprio "solido bagaglio di conoscenze specifiche" anche se egli non ne sarà certo privo.

Questo è uno degli ossimori che si presentano nell'attività richiesta all'esperto e non è dovuto a una confusa formulazione della norma ma a un problema ben noto a chi pratica la mediazione e la negoziazione: il facilitatore (in particola nel campo che stiamo trattando) deve possedere delle competenze ma queste rischiano di essere di ostacolo alla conduzione e alla riuscita della trattativa.

La tentazione è infatti quella di usare le proprie collaudate competenze e conoscenze tecniche per "risolvere il problema" o per proporne la soluzione alle parti commettendo qui un duplice errore: in primo luogo ci si sostituisce ai soggetti direttamente interessati che devono trovare essi stessi la soluzione più consona alle loro credenze, valori, abilità, comportamenti e d'altro lato si oscurano possibilità, circostanze, fatti che le nostre competenze "non vedono" impoverendo la trattativa e le sue possibilità di successo. Purtroppo, nel campo della crisi di impresa ma in generale in tutti i campi in cui si muovono professionalità forti non viene posta sufficiente enfasi alla funzione che può svolgere la pratica del dialogo quale correttivo e soluzione delle distorsioni appena denunciate.

Il dialogo non deve essere confuso con un atteggiamento genericamente "buonista" o con un'attitudine caratteriale che alcuni di noi avrebbero e altri no. Come ha insegnato il grande fisico quantistico David Bohm, il dialogo è una disciplina che può essere appresa e praticata anche

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

se non può essere definito una mera tecnica in quanto presuppone un preciso atteggiamento/ approccio in chi lo coltiva. Il dialogo è una forma di conoscenza estremamente utile nella conduzione della trattativa che prescrive alcuni semplici comportamenti:

1. in ogni confronto con un'altra parte occorre ricordare sempre che l'esposizione è meno importante dell'ascolto e dell'osservazione degli altri e di se stessi; **2.** il dialogo non deve essere confuso con la discussione la cui caricatura è bene illustrata dalla "mattanza" dell'interlocutore praticata sui social e nei talk show televisivi dove palesemente si ignorano gli argomenti dell'altra parte; **3.** anche quando la discussione è seria e condotta in buona fede, essa segue il "modello antagonistico" praticato in politica e nei tribunali dove l'esposizione di ciascuna parte non mira a integrarsi con quella dell'altra ma cerca semplicemente di "vincere la partita", sia pure seguendo certe regole; **4.** dunque il dialogo non è una discussione tra antagonisti ma un pensare insieme o, come raccomanda Bohm ricordando l'etimologia della parola greca (dia-attraverso e logospensiero), un "pensare attraverso"; **5.** per arrivare a pensare insieme occorre fare spazio, sospendere temporaneamente le nostre posizioni e i nostri pregiudizi, fare silenzio per un attimo; **6.** per pensare insieme a una soluzione non ancora individuata occorre creare uno "spazio comune", non soggetto (soltanto) a regole generali e astratte ma "privato, riservato, specifico e concreto".

In sintesi: l'obiettivo di chi realmente dialoga consiste nel far emergere gli ostacoli "impliciti" (soggettivi e oggettivi) di cui non siamo consapevoli per poterli circoscrivere o abbandonare e consentire alle possibilità che non vedevamo ("implicite") di emergere dal nostro dialogo. La competenza tecnica arriva dopo.

14.3.4 Il dialogo come strategia: adottare un approccio sistemico evitando il pensiero lineare, il valore del feedback, la nozione di loop

Le domande da porsi – Che differenza c'è tra un approccio lineare e un approccio sistemico? La parte è più importante del tutto o il tutto è più importante della parte? Che differenza c'è tra un sistema e un aggregato? Che differenza c'è tra il gioco del biliardo e il corpo umano? In che modo un feedback può far avanzare la trattativa?

La trappola della ricerca delle cause e dell'individuazione degli effetti – In una situazione di crisi (crisi dell'impresa, crisi della relazione debitore/ creditori, è forte la tentazione applicare lo schema "causa-effetto": se si cerca e si trova la causa che ha provocato l'effetto indesiderato si è convinti che saremo in grado di risolvere il problema modificando in modo virtuoso la causa e dunque, di conseguenza, l'effetto indesiderato. Si tratta del modello meccanicistico inventato e sviluppato dalla fisica tra il Seicento e l'Ottocento, chiamato anche "pensiero lineare" e si applica ancora con successo alle macchine e alle situazioni/ relazioni semplici nelle quali è semplice individuare una sola causa e dove il tempo è più o meno reversibile ovvero non gioca un ruolo preponderante.

Questo modello è stato poi superato (a insaputa di molti) nel corso del Novecento dalla fisica quantistica, dalla cibernetica e dalla biologia le quali hanno elaborato modelli che affrontano situazioni complesse basati non sulla individuazione di una causa principale o unica bensì sulla interazione tra loro delle parti e di ciascuna parte con il sistema di cui fa parte. Nel pensiero lineare meccanicistico il mondo è visto come un insieme di oggetti e di soggetti separati e definibili separatamente e le relazioni tra loro possono essere misurate con precisione. Si può portare l'esempio del gioco del biliardo il quale si svolge su di un tavolo liscio che oppone un attrito

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

minimo alla palla, la cui direzione e velocità possono essere calcolate in anticipo se si conosce l'angolatura e la forza del colpo della stecca.

Il dialogo come strategia che utilizza l'approccio sistemico – Nel pensiero sistemico (riconducibile alla cibernetica) gli oggetti e i soggetti sono parte di una rete di relazioni ed è questa relazione che li contiene e li definisce. La relazione tra diversi soggetti è rappresentata come un cerchio (*loop*) all'interno del quale ogni causa provoca una risposta (*feedback*) che a sua volta retroagisce sulla causa modificandola. Azione e reazione formano un sistema che tende all'autoregolazione e interagisce a sua volta con altri sistemi di relazioni con i quali si interfaccia in modo continuativo. Si può portare l'esempio del corpo umano o quello del termostato: si tratta di sistemi omeostatici nei quali non è possibile prevedere con precisione e misurare gli effetti di una parte sull'altra.

La negoziazione agevolata dal terzo esperto, così come la mediazione, non producono un giudizio o un parere tecnico che semplificano la crisi o il conflitto decidendolo "dall'esterno" ma affrontano un intreccio di relazioni che tra loro variamente interagiscono. L'obiettivo è quello di ristabilire un equilibrio dinamico che salvaguardi il sistema, non quello di vivisezionare un corpo dividendone le spoglie, come accade attualmente nella procedura di liquidazione fallimentare. Il dialogo descritto nel paragrafo precedente diventa qui una strategia necessaria: ogni effetto di retroazione (*feedback*) di ciascuna parte sull'altra può provocare dei mutamenti che riattivano il sistema e può essere anche usato intenzionalmente in tale direzione come una "scossa" che riavvii il processo omeostatico (*feedback* positivo). In tale contesto non si mappano interessi statici di soggetti separati ma reti di relazioni e si cercano i punti in cui ristabilirle o sostituirle.

14.3.5 L'analisi dei punti di forza e debolezza: la ricerca delle posizioni asimmetriche all'interno della relazione consente di ristabilire un rapporto di complementarità tra le parti abbandonando le opposizioni simmetriche

Le domande da porsi – Cos'è una relazione simmetrica e una asimmetrica? Perché in una situazione di debito-credito le situazioni simmetriche sono tanto importanti? Come vengono gestite le relazioni asimmetriche? Come trovare un punto di incontro nelle situazioni asimmetrica? Come creare armonia partendo da soluzioni asimmetriche?

Posizioni simmetriche e posizioni asimmetriche – In natura non esistono i coni, le sfere, i cubi e gli altri corpi perfetti descritti dalla geometria euclidea: esistono montagne, laghi, coste variamente frastagliate, ciascuna diversa dall'altra. Eppure, come ha scoperto la geometria dei frattali, esistono armonie nascoste in tali diversità. Una di queste ci mostra come esistano delle asimmetrie tra loro complementari: ad esempio nell'uomo la mano destra e la mano sinistra o la parte destra e sinistra del cervello che sono tra loro assai diverse e per certi versi addirittura formano una coppia di opposti ma non stanno in opposizione simmetrica. La complementarità delle parti asimmetriche porta spesso ad una loro integrazione in un sistema dinamico collaborativo, anche se non privo di asperità, tensioni e contraddizioni. Non vogliamo qui indagare se da un'asimmetria non collaborativa e piena di conflittualità si è giunti i molti casi "per forza" a collaborare o se invece è proprio il rapporto asimmetrico tra le parti a favorire la collaborazione. Si sa ad esempio che quando una parte del cervello viene resecata o distrutta altre parti si assumono, almeno in parte, le sue funzioni. Ci limitiamo qui a constatare che, specialmente tra gli organismi viventi, i casi nei quali esseri o organi con funzioni opposte ma diverse instaurano spesso una collaborazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'opposizione simmetrica è un prodotto artificiale creato dalla mente umana che presuppone che le due parti siano "esattamente opposte". Questa categoria dell'opposizione simmetrica ha generato molti esempi che vengono da diversi pensatori tratti anche dalla realtà, quale ad esempio la coppia caldo/freddo, luce/tenebra.

Tuttavia, in molte di queste opposizioni le simmetrie sono dubbie e lasciano intravedere qualche forma di complementarietà: ad esempio maschio/femmina o vita/morte. Il vero successo delle opposizioni simmetriche tra posizioni diverse si registra nei concetti astratti quali vero/falso, giusto/ sbagliato, bene/male, nei concetti tecnici e nei concetti giuridici moderni. Il grande vantaggio "pratico" che si ricava dall'uso delle simmetrie nell'esame delle posizioni che si oppongono è il principio di non-contraddizione: se A è l'opposto di B e si dimostra che A è vero, allora B deve necessariamente essere falso.

Come "aggiustare il giocattolo" – Al di fuori mondo della logica e del diritto, nella vita naturale e sociale (e anche nella vita lavorativa) si ha l'impressione che sia più importante che le relazioni (o come si dice nel linguaggio quotidiano "le cose") funzionino piuttosto che qualificarle come giuste o sbagliate, vere o false. E quando "il giocattolo si rompe" il primo tentativo è quello di aggiustarlo. Questo è l'approccio della mediazione e della negoziazione facilitativa: aiutare le parti a ricomporre i diversi elementi asimmetrici che davano vita a un rapporto dinamico, magari difficile ma complementare.

Questo a nostro avviso deve essere lo scopo essenziale dell'esplorazione "degli interessi delle parti" nella trattativa.

14.3.6 L'esplorazione degli interessi delle parti: gli interessi economici e gli interessi meramente pecuniari, gli incontri separati e le sessioni congiunte, la riservatezza e la trasparenza

Le domande da porsi – Come si ristabilisce un equilibrio? Cosa è venuto meno nella relazione? Come distinguere gli interessi economici da quelli pecuniari? Perché la riservatezza può nuocere alla condivisione? Fino a che punto la trasparenza può essere d'aiuto? I duellanti o la foresta? La lancia o l'albero?

L'eplorazione degli interessi in gioco – Alla luce di quanto illustrato nei paragrafi precedenti la formazione dell'esperto riguardante la sua attività di facilitazione nella trattativa delle parti avrà quale oggetto principale non tanto la capacità di discernere gli interessi da attribuire a questa o a quella parte quanto piuttosto di discernere i contorni della relazione che è entrata in crisi, gli elementi di asimmetria che componevano comunque un equilibrio, il quale permetteva alla relazione di "funzionare". Non si tratta di vincere la partita ma di far ripartire la macchina e occorre in primo luogo ritrovare o sostituire insieme "i pezzi mancanti o rotti ". In questo contesto il rapporto tra interessi economici e interessi meramente pecuniari perde molta della sua importanza: si tratta di un indice da collocare accanto ad altri, magari decisivo se si scopre che è essenziale per ristabilire una qualche forma di complementarità.

Due metafore possono aiutarci a meglio comprendere l'attività che l'esperto dovrà svolgere nella trattativa. In primo luogo, la metafora dei duellanti e della foresta: il negoziatore terzo facilitatore e il mediatore non si pongono come uno scudiero delle parti in torneo o come l'arbitro

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del torneo stesso. Essi si pongono invece come guide delle parti in una foresta piena di pericoli ma anche di opportunità. Infine: l'albero non deve essere sfrondato tagliando tutti i rami che non sono "utili al raggiungimento dello scopo" e trasformato in una lancia. Al contrario è proprio "risalendo per li rami" (delle ragioni, delle intenzioni, dei valori e delle credenze delle parti, delle loro potenzialità, abilità e capacità, di quelle degli *stakeholder*s, dei fatti, delle circostanze) che si possono trovare gli elementi per ristabilire l'equilibrio omeostatico perduto e impedire che la crisi sfoci nella morte dell'impresa.

14.3.7 La negoziazione collaborativa: le tecniche del brainstorming, la generazione delle opzioni percorribili e la selezione delle opzioni condivisibili

Le domande da porsi – In cosa consistono le tecniche *di brainstorming?* Perché è importante sentirsi liberi di formulare ipotesi in modo assolutamente libero? Perché è importante assumere punti di vista divergenti sulla stessa questione? In cosa consiste l'attività di accompagnamento in questa fase?

La generazione di nuove soluzioni – Se si sono seguiti i passi sino ad ora indicati arriva il momento in cui occorre mettere alla prova il gruppo che nel frattempo si è creato. Questa prova è costituita dalla "invenzione" ossia (etimologicamente) dal rinvenimento di soluzioni nuove, capaci di integrare o trasformare il sistema di relazioni.

Tra le diverse tecniche di *brainstorming* che possono essere utilizzate e che dovrebbero essere prese in considerazione nella formazione dell'esperto, segnaliamo la tecnica di Walt Disney e quella dei "diversi cappelli colorati". Entrambe si basano sulla stimolazione di una assoluta libertà di enunciare ipotesi differenti senza porre filtri preventivi di "ragionevolezza" e sull'invito ad assumere punti di vista e prospettive radicalmente diverse nel valutare la stessa idea/ opzione (ottimistico, pessimistico, orientato all'oggettività, ecc.). A differenza di altre tecniche di negoziazione che insistono sull'elemento del controllo razionale esterno (ricordiamo la *ZOPA Zone of Possible Agreement* elaborata dalla celebre scuola di negoziazione dell'Università di Harvard) le tecniche appena citate si collocano in modo appropriato nel contesto del metodo esposto in questo articolo che tende a valorizzare la spontaneità.

14.3.8 La creazione di maggior valore per ciascuna delle parti: come uscire dalle strettoie della tattica del negoziato di posizione e giungere ad un accordo equilibrato che garantisca la continuità aziendale

Le domande da porsi – Quali sono i pericoli in prossimità dell'accordo? Che cos'è il negoziato di posizione? A cosa mira chi pratica il negoziato di posizione? Quali sono le alternative al negoziato di posizione? Perché è così importante la facilitazione del terzo in un negoziato non di posizione?

La valutazione congiunta delle opzioni emerse, le proposte dell'imprenditore e delle parti – Nella valutazione delle opzioni emerse nel processo di "invenzione" non potranno che ritornare tutti in parametri tecnici temporaneamente messi tra parantesi durante la prima fase del *brainstorming,* nonché il livello di coinvolgimento economico delle parti nella crisi e la loro disponibilità ad assumersi alcuni sacrifici emersa nel corso della trattativa. Il decreto del Ministero della Giustizia prevede a tal proposito nella sez. III agli artt. 9.1 e 9.2 che l'esperto *"stimola la formulazione di proposte concrete da parte dell'imprenditore e delle parti interessate*" precisando

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che le proposte possono essere più d'una. Soprattutto la norma prevede che "*nello stimolare la formulazione di proposte, l'esperto rappresenta l'esigenza che esse assicurino l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti, in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse e alle utilità loro derivanti dalla continuità aziendale dell'impresa".*

Le proposte sono il portato, il primo frutto della trattativa, senza di esse è difficile che si giunga ad un accordo. Se queste non vengono formulate, se esse non tengono conto del nuovo equilibrio da creare e dell'obiettivo di garantire realisticamente la continuità aziendale dell'impresa ciò significa che la trattativa è fallita. La probabilità del fallimento sarà elevata se la trattativa è stata condotta secondo criteri rigidi di arroccamento tecnico, giuridico ed economico.

Il negoziato di posizione causa il fallimento della trattativa – Il negoziato di posizione, ben descritto dai famosi esperti di negoziazione R.Fisher e W.Ury negli USA negli anni settanta dello scorso secolo, è infatti ancora oggi in Italia l'unico orizzonte della maggior parte degli esperti coinvolti in una crisi d'impresa. Ricordiamo brevemente le caratteristiche del negoziato di posizione descritte Ury e Fisher nel loro libro, *Getting to yes*:

1. ciascuna parte prende subito posizione (cosa offro, cosa chiedo in cambio); **2.** si mercanteggia sulle proposte senza cambiare le posizioni (le quali, infatti, non vengono poste in discussione); **3.** si nascondono le informazioni; **4.** si minaccia il ricorso a forme più dure di conflitto; **5.** si concorda su punti che si considerano marginali; **6.** ciascuno è convinto che la sua posizione sia quella giusta; **7.** la trattativa viene vista come uno scontro tra entità totalmente separate e definite una volta per tutte; **8.** si assume che "la torta da dividere" sia fissa e non modificabile.

Sarà facile per chi ha partecipato a procedure concorsuali o comunque riguardanti la crisi di un'impresa, riconoscere lo stile di negoziazione. Riteniamo che un tale stile possa avere una qualche possibilità di successo, come ricordato all'inizio di questo articolo, solo quando una delle parti negozia "da una posizione di autorità" o quale ausiliario dell'autorità ed è quindi in grado di imporsi sull'altra parte quando questa si allontana dal perimetro che le è stato assegnato.

Non è questo il caso delle trattative che si svolgeranno nel quadro della Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa. Occorre dunque superare la pratica del negoziato di posizione e avventurarsi nell'utilizzo di altre modalità di negoziazione, più consone allo strumento proposto dal legislatore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

Riservatezza, correttezza e buona fede nel percorso di composizione negoziata

Giacomo Barbieri

SOMMARIO: 15.1 Correttezza e buona fede nella composizione negoziata – 15.2 Conclusioni

Due tratti che caratterizzano in modo significativo la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa e la differenziano sensibilmente dagli strumenti di regolazione della crisi d'impresa e dalle procedure concorsuali riguardano l'enfasi posta dal legislatore alla **tutela della riservatezza** e al **dovere di agire secondo buona fede e correttezza** da parte di tutti i soggetti coinvolti nel percorso.

Le modifiche introdotte dal secondo correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza, nel richiamare all'art. 4 il generale dovere delle parti al comportamento secondo buona fede e correttezza, riconducono a sistema la disciplina della composizione negoziata, ma mantengono espressamente una disciplina rafforzata sia per quanto attiene ai doveri del debitore nella gestione del patrimonio o dell'impresa, precisando che "*Resta fermo quanto previsto dagli articoli 16, comma 4, e 21*", sia per quanto attiene ai doveri dei creditori, stabilendo che "*Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16, commi 5 e 6*". Viene quindi a tutti gli effetti introdotta una qualificazione speciale di buona fede e correttezza delle parti nell'ambito della composizione negoziata.

Cercheremo quindi di fare qualche ragionamento, pur limitati dall'assenza di precedenti giurisprudenziali e specifici approfondimenti dottrinari, sulle implicazioni ampie e segnanti che questi principi hanno per le diverse parti coinvolte e per l'esperto.

Innanzi tutto va detto che il **riserbo assoluto sulla decisione dell'impresa di accedere alla composizione** è stato ritenuto di estremo rilievo per il buon esito del percorso di composizione, se è vero che dall'esame della legge si deve concludere che il velo della riservatezza si possa sollevare esclusivamente per iniziativa dell'impresa debitrice (iscrizione al Registro Imprese della richiesta di misure protettive e cautelari *ex* art. 19 , iscrizione della decisione di sospendere gli obblighi civilistici e di cause di scioglimento ... *ex* art. 20 o in conseguenza della decisione dell'impresa di compiere specifici atti gestori contro il parere negativo dell'esperto *ex* art. 21).

Solo dalla richiesta, meramente eventuale sebbene frequente nelle prime applicazioni, di ottenere ai sensi dell'art. 19 misure protettive o cautelari contestualmente alla domanda di composizione o in fase successiva scaturisce l'iscrizione di una specifica annotazione al Registro delle imprese tenuto presso la CCIAA competente, al quale dovrà seguire l'annotazione a cura dell'impresa debitrice del protocollo di volontaria giurisdizione assegnato dal Tribunale competente per istruire il processo di convalida delle misure. La prima delle due annotazioni si può

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

interpretare come un segnale di allerta generico di avvenuta attivazione della composizione (e anche di accettazione da parte dell'esperto), mentre la seconda annotazione è la pubblicità legale idonea a consentire alla generalità dei terzi l'intervento nel processo avanti al Tribunale qualora interessati e non già direttamente notiziati. Per esigenze di speditezza ed economia di procedura risulta all'autore che si vada infatti consolidando la prassi da parte di alcuni tribunali (quale a titolo esemplificativo quello di Milano) di ordinare la notifica della data dell'udienza di convalida delle misure solamente ai creditori che in epoca antecedente avessero già avviato azioni contro la debitrice.

L'altra richiesta, anch'essa meramente eventuale, che fa scattare l'annotazione al registro imprese, è quella di beneficiare sino alla conclusione delle trattative della sospensione degli obblighi civilistici conseguenti l'accertamento delle cause di scioglimento di cui agli articoli 2446, 2447, 2482 *bis*, 2482 *ter*, 2484 e 2545 *duodecies* del Codice civile.

L'**esame della visura camerale di un'impresa consentirà quindi ai terzi di intercettare l'esistenza di una composizione negoziata** solamente a condizione che l'impresa abbia chiesto di beneficiare di misure protettive, di sospensione degli obblighi civilistici, o abbia subito un parere negativo dell'esperto rispetto al compimento di uno specifico atto gestorio.

Questa considerazione rivela molto sull'importanza attribuita dal legislatore alla tempestiva emersione della situazione di squilibrio economico, finanziario o patrimoniale per rendere più probabile il suo superamento, se è vero che ritardare l'ingresso nella composizione renderà pressocché inevitabile la richiesta di misure protettive e/o la deroga agli obblighi civilistici.

La circostanza fattuale che statisticamente in questa prima fase di introduzione della composizione negoziata dal 15 novembre 2021 a oggi si stia assistendo al ricorso pressoché generalizzato alle misure protettive richiede alcune riflessioni. Abbondano oramai provvedimenti di diversi tribunali di merito riguardanti i presupposti e i distinguo che occorrono per concedere le misure protettive e circoscriverne l'estensione, così come abbondano commenti e prese di posizione rispetto a tali primi provvedimenti. La **richiesta di relazione scritta all'esperto**, pur se non espressamente prevista dalla legge, viene messa a sistema dalla nuova formulazione dell'art. 19, comma 4, che chiama l'esperto "*a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative*". Molto si potrebbe dibattere sull'effettiva possibilità per l'esperto, specie se di fresca nomina, di rappresentare in maniera piena e circostanziata le concrete prospettive di risanamento dell'impresa, ma non è questa la sede. Trattandosi di misure urgenti e comunque revocabili in ogni momento dal tribunale, probabilmente l'indagine dell'esperto potrebbe circoscriversi alla semplice rappresentazione di circostanze di *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Il dato statistico parrebbe aver trasformato l'eccezione in regola, e se confermato renderebbe superflua ogni ulteriore speculazione riguardante l'utilità di condurre la composizione, almeno nelle sue prime fasi, in condizioni di completa riservatezza. Si deve tuttavia ipotizzare che i primi soggetti che hanno chiesto l'accesso alla composizione non rappresentino il *target* ideale immaginato dal legislatore per questo istituto, e che l'opportunità di **pianificare la strategia di risanamento e condurre trattative in sede riservata** rimanga un plusvalore da non sottovalutare nella decisione dell'imprenditore in merito al percorso di risanamento da seguire.

Certamente, per come strutturata, la composizione negoziata è intesa come porta di accesso volutamente molto ampia, in quanto non pone tagliole particolari né in riferimento ai soggetti, raccogliendo tanto le imprese sottosoglia quanto i grandi gruppi, né allo stato di decozione degli stessi. Emerge chiaramente la preferenza a favore dei soggetti che attivano tempestivamente la

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

richiesta a fronte di semplici condizioni di squilibrio, ma l'accesso non è certamente precluso anche a chi versi in situazioni di insolvenza conclamata, purché ritenuta reversibile.

Il contrappeso al fatto che l'accesso sia sostanzialmente aperto a qualunque impresa, non essendo previsti vagli di ammissibilità della domanda, fatto salvo l'invito che il segretario generale della CCIAA può formulare all'imprenditore al fine di integrare le informazioni o la documentazione mancante, è rappresentato dalla circostanza che ogni momento è buono perché la procedura si chiuda qualora l'esperto ritenga che siano venute meno le concrete prospettive di risanamento.

La chiusura può avvenire nell'arco di pochi giorni, già in esito al primo colloquio con l'imprenditore, oppure dopo aver aperto il tavolo con i creditori e verificata la distanza tra le posizioni, come pure in ogni momento successivo anche prima della scadenza ultima di sei mesi. Anzi, va puntualizzato, che il termine di sei mesi non dovrebbe essere inteso come durata *naturale* della composizione, ma come limite massimo, per quanto a sua volta prorogabile su richiesta delle parti e con il consenso dell'esperto. Sarà quindi compito dell'esperto fermare per tempo procedure che se proseguissero produrrebbero l'unico effetto di ritardare l'emersione dello stato di crisi. L'attenzione degli esperti in questo senso sarà fondamentale per superare le perplessità sull'istituto manifestate in questi primi mesi da tanti osservatori.

Non deve sorprendere che le prime imprese a tentare di percorrere la nuova via della composizione siano quelle che nutrono la speranza – più o meno realistica – di evitare procedure più drastiche. In altri termini è nell'ordine delle cose che le procedure oggi pendenti ricadano per lo più nella fascia di quelle più problematiche, che in assenza della nuova legge sarebbero probabilmente già arrivate avanti a un tribunale fallimentare. Non può neppure sorprendere che questi casi richiedano un ricorso massiccio e significativo alle misure protettive. Va tuttavia evidenziato che tutti questi casi potrebbero beneficiare *ex lege* dell'*automatic stay* generalizzato proprio del concordato preventivo, anche con riserva. Va notato a questo proposito che **il grado di opacità di un concordato preventivo con riserva è senz'altro maggiore** di quello che può offrire un percorso di composizione negoziata, nell'ambito del quale un esperto attento e creditori consapevoli possono pretendere dal debitore informative ricche di dettagli e molto frequenti come condizione per mantenere aperto il tavolo delle trattative.

È significativa in questo senso anche l'introduzione tra i documenti da allegare alla domanda del "progetto di piano di risanamento", inserita nel correttivo tanto in riferimento all'accesso alla composizione, quanto alla richiesta di misure protettive.

Un ulteriore aspetto che ha fatto molto discutere i primissimi interpreti riguarda l'indagine delle ragioni che hanno spinto il legislatore a porre termini differenti per la durata massima del percorso di composizione, 180 giorni prorogabili, e di durata massima delle misure protettive, 120 giorni prorogabili. Ci si è interrogati sulla ragionevolezza e sulla possibile finalità di tale discordanza, che verosimilmente potrebbe lasciare l'impresa debitrice esposta alle aggressioni proprio negli ultimi 60 giorni disponibili, nei quali è plausibile che le trattative con i creditori entrino nella fase cruciale e conclusiva.

A mio avviso, precisando che si tratta di una semplice opinione basata sulla lettura della legge e della relazione introduttiva, la spiegazione va ricercata ancora una volta nel carattere meramente eventuale che si è scelto di attribuire all'evidenza esterna della crisi e alle misure protettive. I termini previsti assumono infatti decisamente più senso se si immagina che *di regola* l'impresa acceda tempestivamente al percorso di composizione, e che l'esperto utilizzi *indicativamente* i primi due mesi per confrontarsi in via riservata con l'impresa e con i suoi professionisti aven-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

done poi a disposizione altri quattro per condurre le trattative. Gli accertamenti che l'esperto dovrebbe compiere *prima* di decidere se ci siano o meno i presupposti per coinvolgere i creditori sono in effetti molteplici: riesame del test pratico, analisi delle risposte alla checklist ministeriale e compilazione della propria parte, oltre ovviamente all'accompagnamento nella costruzione del piano di risanamento (partendo, come visto, dal "progetto") e alla prospettazione del percorso da proporre ai creditori. Se l'ipotesi di risanamento non superasse il vaglio dell'esperto, il percorso di composizione potrebbe chiudersi nel completo riserbo così come si era aperto. Diversamente, la decisione di dare evidenza esterna alla composizione aprendo il tavolo delle trattative con uno o più creditori potrebbe portare alla necessità di richiedere, ma solamente in questa seconda fase, l'attivazione di misure protettive.

Mi pare invece **non prevista alcuna annotazione delle eventuali autorizzazioni richieste *ex* art. 22.** Salvo sviste grossolane, il portato di tale esclusione è davvero significativo, in quanto al prezzo di una *disclosure* limitata ai soli soggetti direttamente coinvolti nel procedimento autorizzativo il tribunale può consentire all'impresa di **ottenere finanza- ponte in prededuzione** (art. 22 co. 1, lett. a), ottenere **finanziamenti dai soci in prededuzione** (art. 22, co. 1, lett. b), ottenere **finanziamenti prededucibili infragruppo in prededuzione** (art. 22, co. 1, lett. c), ed entro i limiti delle *"misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti"*, persino *"trasferire in qualunque forma l'azienda o suoi rami"*.

In merito all'ultimo punto va evidentemente notato come in linea generale sia lecito attendersi che i tribunali detteranno sempre modalità di vendita competitive a maggior tutela del ceto creditorio, in ottemperanza ai consolidati principi generali delle vendite giudiziarie. A chiusura di possibili abusi, va rilevato come l'articolo 22, comma 1, lett. d), del correttivo abbia aggiunto che "*Il tribunale verifica altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente*.".

Meriterebbe un approfondimento anche il rapporto di specialità tra l'art. 20 e l'art. 21, ma esula dalle finalità di questo scritto e fortunatamente si tratta di tema già affrontato da altri autori ben più qualificati sul punto del sottoscritto.

15.1 Correttezza e buona fede nella composizione negoziata

Si può fare un ulteriore significativo passo avanti nella comprensione del nuovo istituto analizzando il grande rilievo attribuito dal legislatore all'agire secondo **buona fede e correttezza.** Ci si può domandare in quali condotte concrete si manifesti l'agire in conformità ai doveri di correttezza e buona fede nell'ambito di una composizione negoziata, e quali siano le conseguenze per condotte che si discostino da tali canoni.

15.1.1 La condotta dell'esperto

Evidentemente il legislatore impone all'esperto **requisiti di condotta molto più specifici e qualificati** della generica buona fede e correttezza, allo stesso modo in cui non richiama esplicitamente il dovere di diligenza. Quanto a buona fede e correttezza va detto che si tratta di requisiti di condotta che il nostro ordinamento richiede tipicamente alle parti che negoziano, mentre sappiamo che l'esperto è un *terzo* chiamato ad *agevolare* le trattative. L'obbligo di riservatezza che ricade sull'esperto potrebbe a mio avviso essere meglio ricondotto al più generale dovere di diligenza professionale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La figura dell'esperto è delineata in buona parte riprendendo attribuzioni e doveri già visti per il mediatore civile introdotto dal Dlgs 28/2010: indipendenza, terzietà, neutralità, dovere di riservatezza. Il parallelo si spinge fino a richiamare il diritto dell'esperto di opporre il segreto qualora chiamato a testimoniare avanti all'Autorità.

Citando l'art. 16, comma 2, della L. 147/2021 *"l'esperto è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale, **riservato**, imparziale e indipendente"...* può inoltre *"... chiedere **tutte** le **ulteriori** informazioni utili o necessarie e può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza..."*. Esaminato sotto la lente della riservatezza questo secondo passaggio apre a due diverse considerazioni: la prima è che **sta esclusivamente alla professionalità dell'esperto decidere cosa sia effettivamente informazione utile o necessaria** per lo svolgimento della composizione. Si può concludere che valga il generale principio di *minimizzazione* dei dati trattati, e questa considerazione porterebbe a dover escludere dall'alveo delle buone prassi la predisposizione da parte dell'esperto di formulari standard nei quali riportare l'elenco dei documenti che il debitore e i creditori devono tassativamente fornire. L'esperto dovrebbe invece **decidere caso per caso quali siano le informazioni e i documenti realmente necessari** ai fini della valutazione in ordine alla sostenibilità dell'ipotesi di risanamento prospettata e per la conduzione delle trattative nella prospettiva di incrementare la probabilità di raggiungere un accordo tra le parti.

L'altro aspetto rilevante ai fini del rispetto del vincolo di riservatezza da parte dell'esperto è connesso alla facoltà di avvalersi, a propria esclusiva discrezione, di **figure specialistiche**. Sarà bene in tutti questi casi che l'esperto richieda la sottoscrizione di specifici **patti di riservatezza** ai professionisti da lui coinvolti, che dia adeguata informativa alle parti in merito alla composizione del proprio staff, che si preoccupi di **segmentare** adeguatamente l'accesso alle informazioni da parte dei vari professionisti limitando l'accesso di ciascuno alle sole informazioni rilevanti. Si potrebbe ritenere che l'esperto resti responsabile in termini oggettivi di eventuali condotte negligenti di membri del suo staff che comportino la fuoriuscita di informazioni riservate.

Il legislatore ha voluto garantire le parti che ciò di cui si discute al tavolo negoziale resti confinato al tavolo negoziale. Il perché di questa scelta è semplice: si vuole offrire alle parti coinvolte la possibilità di esplorare liberamente possibili soluzioni volte al superamento della crisi (sul presupposto che una soluzione a quella specifica situazione esista) senza il timore che eventuali aperture siano strumentalizzate in una fase successiva dalle controparti.

Questa previsione fa si che fiducia e correttezza non siano solo il frutto di un patto tra gentiluomini ma l'esito di un ambiente protetto costruito dal legislatore con tale preciso e dichiarato intento.

È infatti la riservatezza il principale "ombrello" che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe garantire il miglior esito delle trattative. Nella prima lettura della legge e del decreto ministeriale era lecito persino domandarsi in quale misura il ceto creditorio avesse diritto a essere informato dall'esperto su aspetti quali l'esito del test pratico, le risposte alla check-list e in generale tutte le informazioni rilevanti. Importanti chiarimenti sul punto sono venuti dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233 di conversione del Dl 152/2021. L'esperto ha chiaramente la facoltà di condividere informazioni relative all'impresa debitrice e alla sua situazione con le altre parti coinvolte nella composizione negoziata, agevolato in ciò dalla piattaforma telematica (quando le nuove funzionalità saranno pienamente implementate!).

In una negoziazione multiparte che si sviluppa in ripetuti incontri nell'arco di alcuni mesi può diventare estremamente complesso per l'esperto gestire la progressiva stratificazione delle informazioni che ciascuna parte ritiene strettamente riservate, ed è quindi fortemente consiglia-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

bile adottare linee di comportamento che facilitino *by design* la protezione delle informazioni riservate. Al fine di limitare la propria responsabilità ed evitare leggerezze involontarie, sarà utile ad esempio mutuare le tecniche di condivisione delle informazioni tipiche del mediatore civile, che di regola **lascia che siano le parti stesse a condividere in prima persona, e con le proprie parole, i dettagli** che ritengono opportuno comunicare alle controparti.

Nell'abilità a *far parlare le parti di sé e dei propri interessi* si attua un profilo del ruolo dell'esperto da taluni interpreti definito *"enzimatico"*.

15.1.2 La condotta del debitore

L'atteggiamento tenuto dal debitore è determinante tanto per la buona riuscita della composizione quanto per restringere o ampliare le eventuali opzioni successive consentite dall'art. 23.

Il legislatore si attende un debitore estremamente **collaborativo** e **disponibile**, sempre **recettivo**, **reattivo e trasparente** alle richieste dell'esperto, dei creditori e degli altri soggetti interessati. In questi tratti si può in concreto sostanziare la sua buona fede e correttezza. Ma quali strumenti ha in mano l'esperto per pungolare debitori assopiti o non collaboranti? Diciamo che sicuramente l'esperto necessita di **almeno un'ipotesi di lavoro** per poter aprire il tavolo negoziale, e questa ipotesi **non può che venire dal debitore**. La protratta inerzia o incapacità di presentare un'ipotesi di risanamento giustifica senza ombra di dubbio la chiusura anticipata della composizione negoziata.

L'altro aspetto di estremo rilievo nella condotta del debitore sotto il profilo della *correttezza* riguarda il dovere di **gestire il patrimonio e l'impresa nel corso della composizione** senza pregiudicare *ingiustamente* gli interessi dei creditori (art. 16, co. 4). La previsione si raccorda con l'art. 21, che al comma 1 compie una graduazione progressiva della condotta che l'imprenditore deve tenere, ferma la propria esclusiva responsabilità nella gestione, tanto ordinaria quanto straordinaria, in ragione del diverso grado di severità della crisi o dell'insolvenza. La clausola generale prevede il divieto di pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori, con ciò ammettendo indirettamente che vi possa essere un pregiudizio "giusto", che si deve immaginare sia quello contemperato da interessi di ordine superiore.

All'aggravarsi dello stato di crisi l'imprenditore è tenuto a operare scelte gestionali che evitino il pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria (concetto che appare di quanto meno sfuggente interpretazione da un punto di vista aziendalistico e sotto il profilo della compatibilità con la *business judgement rule*), fino a dover poi "*gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori"* in caso di insolvenza conclamata.

Ove venissero compiuti atti senza che l'imprenditore abbia preventivamente informato l'esperto per iscritto ai sensi dell'art. 21, co. 2, ovvero contro il parere dello stesso, ben difficilmente l'imprenditore potrà appellarsi alla correttezza del proprio operato, alla buona fede, né tantomeno alla *bjr* per andare indenne da responsabilità.

Questo impianto resta immutato nello schema di secondo correttivo al codice della crisi.

Invero, un limite al dovere di trasparenza piena nell'agire dell'impresa debitrice secondo taluni autorevoli autori può essere rinvenuto nel principio processual-penalistico del ***nemo tenetur se detegere***, secondo il quale il nostro ordinamento non può introdurre obblighi che si sostanzierebbero in atti controproducenti ai limiti dell'autolesionismo. Senza addentrarmi in uno scivoloso approfondimento giuridico, ritengo che questa lettura si potrebbe superare in considerazione della natura volontaristica del percorso di composizione negoziata. È a mio avviso da ritenersi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pienamente compatibile con il principio cardine appena richiamato e rispettoso dello stesso il fatto che, nel bilanciamento costi-benefici connessi alla composizione negoziata, il debitore accetti che questa via facilitata sia consentita solo a chi è disposto a dimostrare all'esperto e ai suoi creditori di non aver nulla da temere e nulla da nascondere. Il contraltare di tale trasparenza è per altro il diritto del debitore di pretendere che chiunque voglia essere partecipe di informazioni delicate che riguardano l'impresa e la sua situazione divenga custode di tali segreti e sia tenuto al silenzio.

Come in concreto il debitore possa esercitare tale diritto ovvero possa agire per il ristoro dei danni patiti a seguito dell'inopinata violazione della riservatezza sarà terreno di sicuro prossimo approfondimento e scontro, in attesa che si consolidino i primi orientamenti giurisprudenziali. Per dare un modesto contributo al dibattito potremmo dire che probabilmente il danno che si può configurare è riconducibile a un'origine di tipo contrattuale/ precontrattuale, tanto nel caso di singole parti che abbiano appreso e successivamente divulgato informazioni riservate sul conto del debitore quanto, sempre *probabilmente*, anche nei confronti dell'esperto. Per la verità, rispetto all'esperto bisognerebbe fare un ulteriore distinguo tra il caso di divulgazione di dati riservati che accadesse all'interno del tavolo negoziale e quello di comunicazione a soggetti estranei alla composizione negoziata.

15.1.3 La condotta del creditore

Prima di passare in esame la posizione di specifiche categorie di creditori, spendiamo due parole sui profili comuni a tutti. È indubbio che partecipare attivamente a un tavolo negoziale che può durare sei mesi – o anche di più – rappresenti un **costo certo per il creditore**, costo che può crescere nel caso in cui sia necessaria assistenza professionale qualificata. Il ritorno dell'investimento è invece meramente eventuale e sottoposto a fattori di rischio esterni solo in minima parte mitigabili dal creditore.

Queste considerazioni potrebbero portare un creditore razionale avverso al rischio verso una **strategia attendista**, volta a minimizzare il danno associato allo scenario di fallimento del tavolo negoziale. Tra le funzioni dell'esperto che, come già visto, alcuni interpreti hanno efficacemente definito *enzimatiche,* rientra anche la capacità di coinvolgere i creditori verso l'obiettivo comune di massimizzare il risultato per tutti (le dimensioni della torta) e l'obiettivo individuale di riservare per sé il vantaggio maggiore (le dimensioni della propria fetta). Il valore atteso dello scenario di successo potrà essere aumentato con l'aiuto dell'esperto sia migliorando il risultato, ovvero ad esempio incrementando la percentuale di soddisfacimento del credito, sia incrementando la probabilità che lo scenario favorevole si realizzi. Aumentare il valore atteso associato allo scenario favorevole dovrebbe essere sufficiente per indurre il creditore razionale a considerare la partecipazione al tavolo negoziale come un investimento e portarlo verso una strategia maggiormente collaborativa.

Nel caso, certamente da considerare, in cui il debitore faccia un utilizzo meramente opportunistico e dilatorio della composizione negoziata – o il creditore sia semplicemente convinto che sia così – il creditore avveduto avrà probabilmente più interesse a "smascherare" il debitore invece che abbandonare il tavolo negoziale per primo senza fornire adeguata motivazione.

C'è infatti da attendersi che un creditore avveduto e ben assistito solleciti l'esperto ad approfondire gli aspetti più critici, pretenda a buon diritto notizie tempestive sull'andamento della gestione, chieda la condivisione di KPI critici per valutare la salute dell'azienda del debitore. In breve, non resterà passivo in attesa di proposte dell'imprenditore o di iniziative dell'esperto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In questo modo, se veramente l'ipotesi di risanamento si rivelerà velleitaria o inconsistente, avrà fornito all'esperto gli elementi per valutare l'opportunità di accelerare l'archiviazione ed eventualmente per stendere una relazione finale che chiuda gli spazi a proposte di concordato semplificato ingiustificate.

Si può ritenere che in pendenza di trattative con il debitore sotto la supervisione dell'esperto l'avvio o la prosecuzione di azioni giudiziarie siano qualificabili come atti contrari a buona fede e correttezza? A mio avviso sì, e questa lettura dovrebbe servire a comprendere la mera residualità che dovrebbero avere le misure protettive e la ragione per la quale il legislatore ha ritenuto di circoscriverne in maniera stringente l'applicazione. Non serve infatti a nulla aprire un ombrello se le nubi sono ancora lontane sull'orizzonte e chi ha il potere di far piovere non lo esercita.

Se riteniamo valido tale assunto, **l'imprenditore dovrebbe aver tutto l'interesse ad accelerare il più possibile l'apertura del tavolo negoziale**, e per riuscirci deve per prima cosa **convincere l'esperto** che ci sono i presupposti per il buon esito del risanamento. È infatti l'invito rivolto ai creditori a partecipare alle trattative che costituisce di per sé la miglior protezione contro azioni di iniziativa unilaterale. Questa considerazione ci porta anche a concludere che, per quanto possa apparire controintuitivo, sarà molto utile per l'imprenditore coinvolgere nelle trattative anche i creditori ostili. Starà eventualmente all'esperto gestire più tavoli separati per evitare che i creditori ostili influenzino negativamente gli altri (al prezzo, per l'esperto, di una maggiore complessità della composizione e di un set più ampio di informazioni riservate da gestire ...).

Il creditore che, avviasse o proseguisse le proprie azioni di tutela in sede giudiziale a palese spregio delle trattative intentate dal debitore, creerebbe verosimilmente le condizioni ottimali per consentire al debitore di dimostrare più facilmente la propria buona fede e potrebbe giustificare, ad esempio, l'inevitabilità di presentare una proposta di concordato semplificato. Se concludessimo che **potrebbe bastare la condotta ostile di un singolo creditore per aprire la strada a un concordato semplificato**, potremmo convincerci che sarà interesse della generalità dei creditori esercitare una sorta di controllo incrociato per arginare derive opportunistiche da parte dei singoli. Un esperto particolarmente abile potrebbe stimolare tale **comportamento cooperativo,** in quanto costituirebbe sicuramente un fattore di potenziale successo a lungo termine della negoziazione. Il singolo che non si comportasse secondo piena correttezza nei confronti degli altri creditori potrebbe verosimilmente essere esposto a pretese risarcitorie per i danni conseguenti all'esito negativo della composizione che si dimostrasse essere causalmente collegato alla sua condotta.

Ci potremmo perfino chiedere se la manifestata ostilità rispetto ad un'ipotesi di soluzione negoziale gradita ad altri creditori e valutata positivamente dall'esperto possa costituire un valido criterio di omogeneità sul quale formare la **divisione in classi** in una successiva proposta concordataria, riconducendo ad esempio la suddivisione all'esistenza di contestazioni ovvero alla possibilità di proseguire i rapporti di fornitura.

15.1.4 Il creditore bancario

La legge introduce per la prima volta all'art. 116, comma 5, una vera e propria ***correttezza qualificata*** per i creditori che appartengono alla particolare categoria di banche, intermediari finanziari, loro mandatari e cessionari dei crediti. In particolare, il richiamo è al dovere di **partecipare alle trattative in modo attivo e informato**, certamente rispondendo alle richieste ricevute in maniera puntuale, motivata e tempestiva. Ferma quindi la libertà, mai messa in discussione, di non aderire alle richieste del debitore, il legislatore vede un forte disvalore nell'inerzia dei

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

creditori bancari. La valutazione è senza dubbio condivisibile, sia per il ruolo centrale che tali creditori generalmente ricoprono negli scenari di risanamento, sia per il dato di esperienza relativo all'insoddisfacente funzionamento dei tavoli bancari.

In genere la scarsa apertura alle proposte del debitore viene giustificata dai referenti degli istituti di credito con il timore, pienamente comprensibile, di consolidare precedenti destinati a essere replicati all'infinito anche in maniera pretestuosa (si tratta dello stesso principio, traslato al mondo bancario, per il quale gli Stati non trattano, quanto meno ufficialmente, con i sequestratori).

A causa di questa fondata preoccupazione, la riservatezza tipica della composizione negoziata, se adeguatamente valorizzata dall'esperto e dal debitore, potrebbe rivelarsi un fattore vincente per condurre a buon fine trattative diversamente precluse.

L'ulteriore elemento di correttezza, che in questo caso non viene richiesto, ma *imposto* alle banche, riguarda il divieto di revocare o sospendere gli affidamenti bancari concessi all'imprenditore per il semplice fatto che abbia chiesto l'accesso alla composizione negoziata. Si tratta di una previsione che preclude l'inserimento nei contratti di clausole risolutive espresse condizionate alla presentazione della domanda di composizione negoziata. La *ratio* è immediatamente comprensibile e non richiede commenti particolari. Il secondo correttivo, tuttavia, ammorbidisce gli obblighi degli istituti rispetto al mantenimento delle linee di credito, specificando, sempre all'art. 16 comma 5 che "*In ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta*". Vi è quindi un dovere di motivazione, ma non più una preclusione assoluta.

Va infine segnalato come il secondo correttivo introduca all'art. 25 *decies* un nuovo adempimento a carico di banche e intermediari finanziari, che va ad aggiungersi ai meccanismi di allerta esterna; viene infatti previsto che le banche informino anche gli organi di controllo societari di variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti in essere.

15.1.5 L'Erario

Diversamente da quanto visto per altre categorie particolarmente critiche di creditori, il legislatore non ha posto condotte specifiche a carico della Pubblica Amministrazione. Va notato come nell'attuale assetto della composizione negoziata l'Erario rischi di essere il convitato di pietra delle trattative, in quanto, come noto, la sede nella quale proporre riduzioni del debito fiscale e previdenziale è rappresentata dall'istituto della transazione su crediti tributari e contributivi *ex* art. 63 e che l'accesso a questo istituto è subordinato alla presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* artt. 57, 60 e 61. Detto questo, non v'è dubbio che anche la PA, al pari di qualunque altro creditore con la significativa aggiunta dell'interesse pubblicistico, sia tenuta al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede nella conduzione delle trattative, e che tali principi inderogabili impongano la partecipazione attiva di referenti degli Enti creditori e degli incaricati della riscossione anche nella fase di composizione negoziata, quanto meno al fine di accelerare la verifica preliminare delle condizioni di fattibilità del percorso di risanamento ipotizzato dall'imprenditore.

15.2 Conclusioni

Come visto, la riservatezza, la buona fede e la correttezza sono tratti distintivi che permeano svariati aspetti e momenti della nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'im-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

presa. Le riflessioni a voce alta qui condivise non possono far altro che rappresentare un invito all'approfondimento, attingendo in particolare all'esperienza consolidata in materia di mediazione civile in ragione delle evidenti affinità che i due istituti, pur distanti, presentano sotto questi specifici profili.

Analizzare la composizione negoziata come se si trattasse di una **mediazione multiparte avente** come **oggetto specifico** *"l'individuazione di una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza"* può aiutare il lettore a comprendere e interiorizzare aspetti del nuovo istituto che si discostano in modo sostanziale dai profili che caratterizzano gli strumenti di regolazione della crisi e le procedure concorsuali (cfr. Danovi A., *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Giuffrè, 2014).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 16

Le diverse configurazioni di squilibrio e le prospettive di risanamento

Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 16.1 I concetti di pre-crisi, crisi e insolvenza – 16.2 Analisi di bilancio e superamento dello squilibrio: Il ruolo dell'esperto – 16.3 Squilibrio economico – 16.4 Squilibrio finanziario – 16.5 Lo squilibrio economico-finanziario – 16.6 Lo squilibrio patrimoniale – 16.7 Le diverse casistiche di squilibrio e le prospettive di risanamento – 16.8 Conclusioni

Il decreto legge n. 118 del 24 agosto 2021 recante "Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia", a cui ha fatto seguito il Decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 in cui sono state fornite le indicazioni operative per la procedura negoziata della crisi, è stato emanato al fine di intervenire sull'attuale situazione generalizzata di crisi economica causata principalmente dall'emergenza pandemica.

Infatti, come si legge dalla relazione illustrativa, *«gli effetti della crisi economica si protrarranno per un lasso di tempo certamente non breve e, dall'altro, gli interventi pubblici di sostegno sono destinati ad esaurirsi e dunque non potranno, nel lungo periodo, contenere e risolvere i profondi mutamenti del tessuto socio-economico provocati dalle restrizioni collegate alla pandemia».*

Il nuovo strumento della composizione negoziata della Crisi, ora trasposto nel *corpus* normativo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a seguito del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, è finalizzato ad agevolare il risanamento delle imprese che, pur versando in una situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tale da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per continuare ad operare sul mercato, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa (c.d. risanamento in via indiretta).

La condizione oggetto di valutazione da parte dell'esperto per identificare le concrete prospettive di risanamento risiede proprio nella verifica dello squilibrio economico, finanziario e patrimoniale.

Il presente elaborato, dopo aver fornito un breve *excursus* sulle condizioni nelle quali potranno trovarsi le imprese che accedono alla composizione e che sono frutto della situazione di squilibrio aziendale e/o particolare, cerca di esaminare alcune casistiche, di certo non esaustive, che potrebbero trovarsi ad affrontare l'esperto ai fini della valutazione delle concrete prospettive di risanamento.

16.1 I concetti di pre-crisi, crisi e insolvenza

L'art. 12, comma 1, del nuovo Codice della crisi (art. 2, comma 1, del Dl 118/2021) dispone che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'imprenditore, sia agricolo che commerciale, che verte in una situazione di «*squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*» può chiedere la nomina dell'esperto indipendente «*quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*». Dalla norma, oltretutto introduttiva al Dl 118/2021 e al Titolo II del Codice della crisi, si possono rinvenire alcuni concetti chiave ai fini della verifica delle prospettive di risanamento: probabilità di crisi, probabilità di insolvenza e insolvenza.

Il primo concetto è rappresentato dalla probabilità di crisi, individuabile come fase di indebolimento delle condizioni di equilibrio aziendale, di economicità e di competitività. Si tratta di una situazione che non presenta immediati pericoli per la continuità aziendale, tuttavia, ne prefigura dei rischi poiché se tale situazione tende a stabilizzarsi nel tempo può pericolosamente preludere ad uno stato di vera e propria crisi.

La probabilità di insolvenza richiamata dall'art. 12, invece, pare che trovi una precisa definizione nel concetto di crisi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) del Codice della crisi, così come modificato dal decreto correttivo e integrativo (Dlgs 147/2020), che la definisce come «*lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*». Tale definizione, già oggetto di modifiche da parte del decreto correttivo sopra richiamato, è stata rivista dal Dlgs 83/2022 come di seguito *"lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi".*

In entrambe le definizioni, il concetto di crisi appare legato all'aspetto probabilistico dell'insolvenza, per cui è espressa come fattore premonitore di possibili stati di insolvenza. Viene così adottata la prospettiva aziendalistica secondo la quale la crisi rappresenta un momento di difficoltà dell'impresa, che può essere anche profonda, ma non necessariamente strutturale o definitiva.

EINL-SXOXLVENZA IRREVERSIBILE E PROSPETTIVE DI RISANAMENTO
(Trib. Arezzo 16 aprile 2022)

Con provvedimento del 16 aprile 2022 il Tribunale di Arezzo, chiamato ad esprimersi sulla conferma delle misure protettive, si sofferma sulla compatibilità dello stato di insolvenza con l'accesso alla composizione negoziata della crisi. I Giudici di merito ritengono che ai fini dell'accesso all'iter della composizione negoziata l'insolvenza in corso non possa essere irreversibile, "*dovendosi trovare l'impresa in condizioni tali da rendere possible il riequilibrio della situazione finanziaria … e la sua reimmissione sul mercato". In ciò consiste il risanamento di cui parla il Dl 118/2021, come reso evidente anche dal fatto che l'art. 7, comma 2, lett . d), esige da parte dell'imprenditore il deposito di un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle inziative di carattere industriale che si intende adottare*". Evidenziano, infatti, i Giudici che l'obiettivo della composizione negoziata è quello di offrire alle imprese risanabili una nuova chance, alternativa e diversa rispetto ai tradizionali strumenti messi a disposizione dalla legge fallimentare.
Conclude il Tribunale statuendo che "*ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerate, quanto la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato, se del caso previa revoca dello stato di liquidazione*".

La fase di probabilità di crisi e di probabilità di insolvenza costituiscono due stadi evolutivi tipicamente sequenziali di un progressivo (prima) e accelerato (poi) indebolimento dell'impresa, dei suoi assetti interni, del suo portafoglio prodotti, della sua capacità competitiva, della fedeltà espressa dalla clientela storica, della sua reputazione sul mercato, dell'immagine, nonché della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fiducia verso gli *stakeholders*, tra cui anche il sistema bancario. La fase di pre-crisi rappresenta, a parere di chi scrive, una fase più indicata e idonea rispetto alla fase successiva di probabilità di insolvenza per conseguire il risanamento dell'esposizione debitoria mediante l'accesso alla composizione negoziata. Infatti, la consapevolezza tempestiva di una situazione di peggioramento e di un'alterazione delle condizioni di equilibrio (*recitus*: di una situazione di probabilità di crisi) aumenta significativamente le probabilità di risanamento per il tramite della composizione negoziata, anche senza l'intervento del tribunale per l'adozione delle misure protettive e cautelari, che riducono sensibilmente la riservatezza della situazione di difficoltà dell'imprenditore, mettendo così a rischio il buon esito delle negoziazioni.

L'ultimo stato di difficoltà è quello di insolvenza, che tanto la legge fallimentare (art. 5) quanto il Codice della crisi (art. 2, comma 1, lett. b), definiscono come lo «*stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*». Come chiaramente traspare nella Relazione illustrativa al disegno di legge che introduce la composizione negoziata, lo stato di insolvenza non rende impraticabile l'impiego della composizione negoziata della crisi. Ciò che rende non praticabile l'accesso al nuovo strumento è la irreversibilità dell'insolvenza *(v. box in alto)*, che costituisce la manifestazione finale della crisi poiché il *business* si trova in uno stato di decozione e la continuità aziendale è venuta definitivamente meno. Il Dm Giustizia del 28 settembre 2021 (Sez. III, 2.7) fornisce utili indicazioni in merito alla verifica della irreversibilità dell'insolvenza, ossia:

i) continuità aziendale che distrugge risorse;
ii) indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse finanziarie;
iii) assenza di valore del compendio aziendale.

Tuttavia, vi sono delle situazioni in cui l'insolvenza presenta caratteristiche di reversibilità poiché il *business model* è ancora meritevole di risanamento e l'incapacità di far fronte alle obbligazioni ha prettamente origine da cause esterne, incontrollabili, temporanee e che non derivano dalla gestione caratteristica. In queste situazioni, è presumibile che l'azienda non sia in grado autonomamente di rigenerare le risorse finanziarie necessarie per riequilibrare lo stato di difficoltà e, pertanto, lo strumento della composizione negoziata può rappresentare un rimedio per il risanamento dell'impresa, attraverso una continuazione dell'attività in modo diretto o, più presumibilmente, indiretto.

Le condizioni di probabilità di crisi, probabilità di insolvenza e di reversibilità dell'insolvenza dipendono dalla situazione di squilibrio economico, finanziario e patrimoniale che caratterizza l'impresa che intende accedere alla composizione negoziata della crisi.

16.2 Analisi di bilancio e superamento dello squilibrio: Il ruolo dell'esperto

Come anticipato, il legislatore, all'art. 12 del Codice, utilizza la locuzione "*squilibrio patrimoniale o economico finanziario*" evidenziando come le tre condizioni siano strettamente connesse tra di loro. Il comma successivo disciplina il ruolo dell'esperto indipendente, prevedendo che lo stesso agevoli le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati. In particolare, precisa il legislatore, l'attività dell'esperto è volta ad individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma precedente, ossia dello squilibrio patrimoniale o economico- finanziario, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa. L'esperto indipendente, pertanto, ha il compito di verificare le condizioni di squilibrio in cui versa l'impresa, strettamente collegate tra loro, e le prospettive di risanamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, il decreto dirigenziale dedica ampia attenzione alle condizioni di squilibrio in cui versa l'impresa, sia nella Sezione II che nel Protocollo di conduzione della composizione negoziata (Sezione III).

L'analisi di bilancio, oggi largamente impiegata nelle diagnosi aziendali, è considerata in dottrina uno strumento indispensabile nelle situazioni di crisi aziendale. Sebbene quest'ultima abbia una scarsa attitudine a segnalare tempestivamente situazioni di crisi, tracciando un profilo essenzialmente basato su dati quantitativi e consuntivi che sono raramente sintomi primari ed invece più spesso sintomi intermedi e finali della crisi, è idonea a sviluppare indagini negli aspetti economico, finanziario e patrimoniale.

Ciò è in linea con quanto previsto nella recente legislazione sulla composizione negoziata della crisi che, come anticipato, fa perno sulla necessità di individuare una soluzione al superamento dello squilibrio patrimoniale o economico- finanziario in cui versa l'impresa, al fine di verificare le concrete prospettive di risanamento.

16.3 Squilibrio economico

Per equilibrio economico (o reddituale) si intende la capacità dell'impresa di produrre redditi positivi e soddisfacenti – rispetto al capitale investito – in un arco temporale di medio-lungo periodo.

L'analisi delle cause che hanno contribuito alla formazione del risultato economico è particolarmente rilevante nei casi in cui vi sia il timore che una crisi provocata da perdite economiche progressivamente più consistenti, possa sfociare in una crisi finanziaria e successivamente nel dissesto dell'azienda. Infatti, la previsione di una crisi aziendale determinata da perdite legate a cause di natura economica rende indispensabile analizzare i *drivers* del risultato economico di esercizio.

L'analisi delle determinanti della redditività aziendale richiede preliminarmente di classificare i costi e ricavi in categorie rappresentative dei principali ambiti di attività: area operativa, area accessoria (o extra-operativa o degli investimenti), area finanziaria, area straordinaria ed area tributaria. Gli schemi di conto economico riclassificato sono riconducibili a tre configurazioni: (i) a valore aggiunto, (ii) a costi e ricavi del venduto, (iii) marginalistico.

Il criterio di riclassificazione a valore aggiunto permette di calcolare due risultati intermedi rilevanti che possono segnalare situazioni di squilibrio: il valore aggiunto e il margine lordo operativo (o EBITDA, sebbene con qualche differenza, in questa sede trascurabile).

Il valore aggiunto rappresenta il valore incrementale rispetto al valore dei fattori produttivi "esterni" impiegati e quindi può essere interpretato come la parte del risultato di esercizio che, una volta soddisfatti i costi relativi ai fattori produttivi esterni, può essere utilizzato per coprire i costi interni (personale e immobilizzazioni) e i successivi costi relativi alle altre aree di gestione. Una diminuzione percentuale del valore aggiunto rispetto al valore della produzione indica una maggiore propensione all'esternalizzazione di costi che possono essere all'occorrenza più prontamente eliminati. Una maggiore flessibilità nella struttura dei costi garantisce, quindi, all'impresa un minor rischio di crisi a fronte di cali dei volumi di attività. Diversamente, l'evidenza di un elevato valore aggiunto in termini percentuali è sintomo di forte integrazione interna dell'attività, con maggiore rigidità nella struttura dei costi.

Ciò espone l'impresa ad un rischio di non piena utilizzazione dei fattori produttivi in caso di diminuzione del volume di attività (c.d. crisi di capacità produttiva).

Come noto, una componente del valore aggiunto è rappresentata dal valore della produzione,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

la quale comprende, oltre ai ricavi, anche le variazioni delle rimanenze di prodotti finiti e in corso di lavorazione. Un eventuale aumento di tale valore, in assenza di un portafoglio ordini rassicurante e in linea con le aspettative del *management*, può essere un segnale del fenomeno c.d. di "collo di bottiglia", ossia di eccesso di produzione per crisi di mercato o per perdita di quota di mercato, che possono rappresentare una causa di insolvenza.

Il secondo risultato rilevante nella classificazione a valore aggiunto è rappresentato dal MOL che misura il differenziale tra entrate ed uscite potenziali del periodo e, di conseguenza, il *cash flow* che la gestione operativa può (potenzialmente) generare, in assenza di differimenti temporali tra acquisti-pagamenti, produzione-vendita, vendita- incassi (ciclo monetario).

Consente, quindi, di verificare se l'impresa realizza profitti positivi dalla gestione ordinaria.

Rappresentando, di fatto, l'autofinanziamento operativo della gestione, la negatività di tale valore segnala non solo uno squilibrio economico, ma anche una strutturale incapacità a generare liquidità, derivante da costi monetari più elevati rispetto al volume delle potenziali entrate. Analizzato a livello temporale, una diminuzione del MOL indica una perdita di produttività del lavoro, dovuta al mancato riadeguamento del costo del lavoro alle dinamiche del valore aggiunto. Ciò può essere sintomatico di una eccessiva rigidità del fattore lavoro, in presenza di cali di produttività dell'azienda, che potrebbe rappresentare una causa di dissesto aziendale se non opportunamente monitorata.

Il criterio di riclassificazione a costo del venduto, con classificazione dei costi per funzioni (industriale, commerciale, amministrativa, R&S) permette di enfatizzare meglio l'efficacia della gestione poiché mostra il risultato economico prodotto in funzione dei volumi effettivi di vendita. Tale criterio di riclassificazione permette di comprendere l'efficacia e l'efficienza della gestione caratteristica di un'impresa, andando ad individuare i fattori produttivi il cui costo abbia determinato un guadagno o una perdita in termini di efficienza. Consente, altresì, l'identificazione del centro organizzativo responsabile della sua gestione, grazie proprio alla classificazione dei costi per funzione. In altre parole, permette di cogliere le disfunzioni economiche in modo più localizzato, nei diversi sottoinsiemi funzionali dell'impresa:

- inefficienze nella funzione industriale;
- inefficienze nella funzione approvvigionamenti (parte di quella industriale);
- inefficienze nella funzione commerciale;
- inefficienze nella funzione amministrativa;
- inefficienze nella funzione di ricerca e sviluppo.

Infine, il conto economico marginalistico consente di comprendere se alla base di una determinata *performance* risiedano condizioni di efficienza o costi di struttura e di politica aziendale non coerenti con gli orientamenti strategici dell'azienda. Tale criterio risulta efficace non tanto come strumento di diagnosi consuntiva, quanto piuttosto per stimare l'andamento dei costi (e conseguentemente del risultato della gestione caratteristica) in rapporto ad ipotesi di sviluppo dei volumi di produzione o vendita.

Infatti, viene spesso utilizzato come base per la costruzione di piani industriali e di risanamento, nonché per la conduzione di analisi interne, quali la *break even analysis*. Particolarmente utile nei contesti di difficoltà è anche l'analisi del margine di sicurezza, che permette di definire il calo di fatturato massimo sopportabile dall'impresa per non entrare nell'area di perdita economica.

Tale criterio di riclassificazione permette altresì di individuare un margine intermedio di fondamentale importanza, anche ai fini della valutazione della situazione di equilibrio economico attuale e prospettica. Si tratta del margine di contribuzione, ottenuto sottraendo dai ricavi della gestione caratteristica i costi variabili, opportunamente suddivisi tra quelli aventi natura indu-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

striale e quelli aventi natura commerciale. Questa grandezza permette di misurare il contributo che fornisce ogni prodotto realizzato dall'impresa per la copertura dei costi fissi. Il margine di contribuzione è pertanto un elemento fondamentale per misurare la redditività di ogni prodotto, linea di prodotto o servizio. Tale margine è alla base, oltre che del calcolo del *break even* e del margine di sicurezza, anche di analisi differenziali, quali la valutazione di convenienza di un prodotto/servizio, dell'accettazione di una nuova commessa e delle decisioni di internalizzazione o esternalizzazione (c.d. di *make or buy*). Strettamente connesso con tale margine, in ultimo, ma non per ordine di importanza, è il concetto di leva operativa che è un indice della rischiosità della struttura aziendale, il quale indica la misura in cui i risultati economici variano al variare dei volumi di produzione o vendita. In altre parole, esso è espressione del rischio (ovvero del potenziale vantaggio) cui un'azienda si espone a fronte di possibili, come accade nel caso di imprese in crisi, riduzioni dei propri livelli di attività. In sintesi, al crescere del grado di rigidità della struttura dei costi (maggiore incidenza dei costi fissi), aumenta l'impatto di una variazione dei volumi di attività, facendo emergere così un maggior grado di leva operativa, che in situazioni di crisi può rendere più complesso il percorso risanatorio. Infatti, riprendendo i concetti poc'anzi esposti, al crescere del grado di rigidità della struttura dei costi, aumenta il punto di pareggio (*break even point*) e si riduce il margine di sicurezza.

Tutte le tipologie di riclassificazioni sopra esposte permettono di determinare il risultato operativo della gestione caratteristica (EBIT), che rappresenta l'utile operativo prima degli oneri finanziari e delle imposte. Quest'ultimo segnala il grado di efficienza economica del *core business* dell'azienda, escludendo le componenti finanziarie, della gestione accessoria e anomala (i.e. non ripetibile).

Un *trend* in calo, sia in valore assoluto che percentuale, del reddito operativo indica perdite di competitività e spesso costituisce indizio del decadimento del prodotto, di declino del *business*, di saturazione dei mercati serviti e di possibili inefficienze nelle aree funzionali dell'impresa. Un risultato operativo della gestione caratteristica negativo è sintomo di un vero e proprio dissesto aziendale.

Qualora, invece, tale grandezza assuma valore positivo, mentre a livello complessivo l'azienda genera una perdita netta, vi sono delle inefficienze estranee alla gestione caratteristica. Ciò è tipicamente riconducibile alla gestione finanziaria e alla situazione patrimoniale: elevato indebitamento verso gli istituti bancari con conseguente appesantimento della struttura dei costi aziendali dovuta da eccessivi oneri finanziari. In questo caso, sebbene non si tratti di una situazione da sottovalutare, appare comunque chiara da diagnosticare e da curare, intervenendo non sulla sfera industriale bensì su quella finanziaria, mediante un adeguato risanamento finanziario e un consolidamento della situazione patrimoniale conseguente ad una idonea ricapitalizzazione.

Il risultato operativo può, tuttavia, essere eroso non dalle componenti finanziarie bensì da quelle anomale o non ricorrenti, ossia riconducibili a fenomeni eccezionali e non più ripetibili. In contesti di difficoltà, l'area della gestione anomala deve, tuttavia, essere attenzionata in quanto può evidenziare componenti straordinari di reddito positivi (es. differenze positive di realizzo di partecipazioni, immobili o immobilizzazioni), che hanno compensato risultati operativi poco brillanti.

L'analisi circa lo squilibrio economico si completa con l'utilizzo di quozienti o indici di bilancio, che generalmente attengono a due filoni conoscitivi:

a. indici per l'analisi della redditività operativa;
b. indici per l'analisi della redditività globale dell'azienda.

Quanto al punto *sub* a), l'indicatore maggiormente impiegato è rappresentato dal ROI e dall'analisi delle sue determinanti, secondo il Modello di analisi DuPont, ossia la produttività del capi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tale investito (rapporto tra ricavi di vendita e capitale operativo investito netto medio del periodo) e la redditività delle vendite (rapporto tra EBIT e ricavi di vendita).

In estrema sintesi, il peggioramento della redditività operativa, segnalato da un abbassamento del ROI nelle sue componenti, può trovare due ordini di spiegazioni. La prima è conseguente ad un calo della marginalità delle vendite, che può essere dovuto ad (i) un peggioramento della relazione costi-ricavi segnalata dai rapporti di incidenza dei costi; (ii) inefficienze in determinate funzioni (industriale, commerciale, amministrativa) che determinano una maggiore incidenza dei relativi costi; (iii) perdita di competitività, con una incapacità dei prezzi-ricavi di sostenere la dinamica dei prezzi- costo. Il secondo ordine di spiegazione è rappresentato dal peggioramento della produttività del capitale (c.d. *turnover* del capitale), che può essere dovuto ad un aumento delle rimanenze non fisiologico (segnale di eccesso di capacità produttiva e di rigidità della produzione, nonché eventualmente di un mancato coordinamento tra la funzione produttiva e quella commerciale), oppure da un incremento dei crediti commerciali conseguente ad un allungamento delle dilazioni alla clientela o, peggio ancora, ad un aumento delle posizioni insolute.

In ordine alla seconda tipologia di *ratios*, gli indici maggiormente impiegati sono rappresentati dal ROE e dall'effetto della leva finanziaria. *Trend* negativi del ROE segnalano, sinteticamente, bassi rendimenti del capitale investito nell'azienda nella sua interezza. L'andamento sfavorevole della redditività globale può anche essere conseguenza di un eccessivo indebitamento: l'incremento del debito causa una crescita del peso degli oneri finanziari che, trattandosi essenzialmente di costi fissi della struttura finanziaria, determinano una maggiore variabilità del reddito corrente rispetto alle variazioni del reddito operativo. Pertanto, un andamento sfavorevole della leva finanziaria (intesa quale rapporto tra i debiti finanziari e il capitale proprio) può indicare non soltanto un eccessivo indebitamento ma anche una ridotta redditività, che potrebbe essere insufficiente per la copertura degli oneri finanziari.

16.4 Squilibrio finanziario

L'equilibrio finanziario è inteso come la capacità dell'azienda di attivare nel tempo fonti di finanziamento idonee – sotto il profilo quantitativo e qualitativo – a coprire i fabbisogni finanziari indotti dalle operazioni di gestione. L'equilibrio finanziario è, pertanto, raggiunto nel momento in cui l'impresa può disporre di disponibilità finanziarie tali da far fronte ai propri impegni, senza rischiare di compromettere le condizioni che garantiscono l'equilibrio economico e patrimoniale.

Il segnale esterno più evidente di una crisi già avanzata è rappresentato dal sorgere dello stato di insolvenza, ovvero dell'incapacità attuale (e non prospettica) dell'azienda di far fronte ai propri impegni finanziari.

Si precisa, tuttavia, che le crisi rappresentano delle cause secondarie della crisi, sovente indotte da quelle primarie di natura strategica ed economica. Rari, invece, sono i casi in cui le stesse crisi finanziarie sono cause primarie dell'insolvenza. Ciò può accadere quando derivano da errori nella definizione della strategia finanziaria aziendale che portano a disequilibri indotti da operazioni di investimento o finanziamento non coerenti con la propria struttura economica e patrimoniale.

Ciò detto, lo squilibrio finanziario è sostanzialmente un'alterazione del ritmo e dell'entità dei flussi di entrata e dei flussi di uscita, che provengono dai circuiti della gestione:

› corrente: entrate per ricavi e uscite per costi monetari relativi al ciclo acquisto- trasformazione-vendita;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- strutturale: entrate per dismissioni e uscite per investimenti pluriennali per la definizione dell'apparato produttivo aziendale;
- finanziamenti di capitale di credito: entrate per accensione di nuovi finanziamenti bancari e uscite per rimborso degli stessi;
- finanziamenti di capitale proprio: entrate derivanti dagli apporti dei soci e uscite per la remunerazione degli stessi sotto forma di dividendi o rimborsi.

Ne discende che lo strumento principale per l'accertamento dello squilibrio finanziario è rappresentato dal rendiconto finanziario, il quale permette di individuare le cause che hanno determinato un certo flusso finanziario (generazione o assorbimento di cassa).

L'analisi dei flussi finanziari funzionali alla verifica dell'equilibrio finanziario va svolta anche nell'ambito di un *trend* pluriennale che consenta di cogliere la ricorrenza o temporaneità di determinati fenomeni.

A titolo esemplificativo, l'inadeguatezza o la mancanza di un cash flow ripetuta per una serie di anni, evidenzia una criticità divenuta strutturale, alimentando le esigenze di ricorso all'indebitamento per la copertura dei fabbisogni finanziari di periodo, con l'effetto di comprimere il livello di liquidità aziendale e di limitare la possibilità di intraprendere nuovi investimenti, vitali per assicurare la continuità aziendale.

Un primo fondamentale indice che risulta dalla costruzione del predetto prospetto è rappresentato dal "*Flusso di circolante della gestione caratteristica corrente*", calcolato sommando all'EBITDA (flusso di cassa potenziale) le quote di ammortamento e le imposte d'esercizio. Questo margine esprime l'autofinanziamento prodotto dalla gestione caratteristica corrente, ovvero l'incremento di risorse finanziarie auto-generate. Tanto maggiore è tale valore, tanto più l'azienda risulta autonoma da un punto di vista finanziario. Tuttavia, non si tratta di un autofinanziamento di liquidità ma di capitale circolante netto. Il secondo risultato, presumibilmente il più rilevante in situazioni di squilibrio finanziario, è il "*cash flow caratteristico corrente*", il quale, diversamente dal precedente, è influenzato dalla dinamica del capitale circolante netto. Le variazioni di quest'ultimo non sono legate soltanto alla variazione dei ricavi di vendita e dei costi di acquisto dei fattori produttivi, ma anche dalla lunghezza del ciclo monetario. In generale, quanto più aumenta il ciclo monetario e tanto più si amplia il "gap" tra il flusso di circolante e il flusso di liquidità della gestione caratteristica corrente. Si possono, infatti, verificare situazioni nelle quali l'impresa abbia un reddito caratteristico negativo, ma un flusso di cassa positivo e, viceversa, un flusso reddituale positivo, ma un flusso di cassa negativo, dovuto proprio ad una gestione del circolante non ottimale. Quest'ultimo caso non rappresenta affatto una mera situazione teorica, ma anzi è tipica delle aziende in fase di crescita, che, a causa di una gestione non efficiente del circolante, siano precipitate in crisi. In molti casi, infatti, si assiste ad un aumento del fatturato senza che esso sia accompagnato da un corrispondente incremento delle entrate di moneta, proprio a causa della non corretta gestione del ciclo monetario. La tendenza fisiologia delle aziende in crescita è proprio quella di registrare un aumento delle rimanenze e dei crediti superiore all'aumento dei debiti commerciali e, di conseguenza, un aumento del circolante netto operativo, che inevitabilmente assorbe liquidità. Si tratta, infatti, di una situazione tipica di un'impresa che presenta i primi segnali di crisi: la voce dei crediti commerciali aumenta poiché la società fatica a tradurre i ricavi in entrate monetarie, il magazzino aumenta perché iniziano a complicarsi le

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

relazioni con la clientela e quindi un maggiore quantitativo di merce rimane invenduta e resta in giacenza oppure aumenta a causa di una non ottimale pianificazione delle vendite attese e, infine, la voce debiti verso fornitori diminuisce in quanto le controparti iniziano ad essere restie nella concessione di dilazioni. In altre parole, nel percorso di crisi è sovente un appesantimento del capitale circolante, che assorbe significativamente le risorse monetarie e, oltre a verificarsi prima rispetto al peggioramento dei parametri di conto economico, caratterizza sempre il percorso che muove dall'equilibrio della situazione finanziaria sino al disequilibrio e in ultimo all'insolvenza.

Come per l'analisi dello squilibrio economico, anche qui si possono introdurre alcuni *ratios* di bilancio. Tra questi si richiama il c.d. *current ratio*, dato dal rapporto tra attivo corrente e passivo corrente che, se risulta inferiore all'unità è sintomatico di mancanza di liquidità: una teorica richiesta di rientro dei debiti a breve da parte dei finanziatori potrebbe essere soddisfatta soltanto ricorrendo allo smobilizzo di una parte dell'attivo fisso, rischiando così di compromettere le condizioni future di operatività e di equilibrio economico. In modo più prudenziale ed accurato, si può calcolare il c.d. *acid test*, che permette di confrontare l'attivo circolante, al netto delle disponibilità economiche, con le passività correnti, considerando le rimanenze di magazzino non prontamente liquidabili in quanto occorre un periodo di tempo più o meno lungo per la realizzazione di un processo operativo affinché si trasformino in liquidità.

Un altro importante test è rappresentato dalla durata del ciclo monetario, ottenuto sommando alla durata media dei crediti la durata media di giacenza delle rimanenze e sottraendo la durata media delle dilazioni ai fornitori.

L'allungamento del ciclo monetario costituisce un sintomo di peggioramento a livello finanziario in quanto aumenta negativamente lo sfasamento tra entrate ed uscite.

16.5 Lo squilibrio economico-finanziario

Delineati, seppur brevemente, i principali profili che connotano le configurazioni di squilibrio economico e finanziario, di seguito si analizzano le correlazioni tra le due diverse tipologie di squilibrio.

Nel lungo periodo, la presenza di uno squilibrio economico genera sempre uno squilibrio di natura finanziaria. Ciò in quanto una società che non genera valore non può essere nelle condizioni di generare flussi di cassa. Pertanto, ad un certo punto del proprio ciclo di vita non disporrrà di risorse finanziarie necessarie a fronteggiare l'indebitamento.

Nel breve periodo, invece, lo squilibrio economico non necessariamente si accompagna allo squilibrio finanziario.

Per esempio, a fronte di ricavi insufficienti a coprire i costi, l'EBITDA potrebbe presentare un valore positivo, segnale della capacità dei ricavi di coprire i costi di natura monetaria, sicché la gestione riesce a godere di una situazione – seppure temporanea – di equilibrio finanziario. Da sottolineare, tuttavia, come una siffata situazione di negatività di risultato operativo, se prolungata nel tempo e gestita passivamente dall'organo gestorio, porta necessariamente alla crisi.

Se è vero che uno squilibrio economico non necessariamente implica uno squilibrio finanziario, altrettanto vero che neppure un equilibrio economico necessariamente implica un equilibrio finanziario. Nel lungo periodo, la superiorità dei ricavi rispetto ai costi dovrebbe garantire il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pieno equilibrio finanziario. Nel breve periodo, invece, non è sempre così. Ciò può essere riconducibile a molteplici fattori, tra i quali, quello più comune è il mancato incasso dei crediti.

Infatti, può accadere che i ricavi, seppure complessivamente superiori ai costi, non siano incassati e rimangano bloccati sotto forma di crediti nello stato patrimoniale. Per cui, la generazione di ricavi contribuisce alla condizione di equilibrio economico, tuttavia, il mancato incasso dei relativi crediti (per generare i quali, si rammenta, la società ha sostenuto dei costi e presumibilmente ha anche già affrontato delle uscite di cassa), può causare uno squilibrio di natura finanziaria.

16.6 Lo squilibrio patrimoniale

L'equilibrio patrimoniale si ottiene in presenza di (i) un'adeguata struttura degli impieghi; (ii) un livello di indebitamento non eccessivamente elevato e (iii) una congruità tra le fonti di finanziamento attivate e le corrispondenti modalità di impiego dei capitali raccolti. In altre parole, si tratta di valutare l'adeguatezza della struttura delle fonti di finanziamento utilizzate in relazione alla struttura degli impieghi, al fine di verificarne la coerenza, ossia se il tempo di scadenza delle fonti è sincronizzato con il tempo di recupero degli impieghi. Da tale concetto deriva il principio basilare della solidità patrimoniale, in base al quale l'attivo fisso dovrebbe essere finanziato da fonti durevoli (capitale netto o, in alternativa, passività a medio lunga scadenza), mentre l'attivo circolante con fonti a scadenza ridotta.

Un esempio tipico di un'impresa in crisi è rappresentato da uno Stato Patrimoniale composto da un capitale circolante netto negativo dovuto a debiti eccessivi e un margine di struttura (differenza tra capitale netto e attivo immobilizzato) fortemente negativo a causa della scarsità di capitalizzazione, che determina un'accentuata esposizione debitoria.

La perdita della solidità patrimoniale – al di là del caso estremo del *deficit* patrimoniale (passività superiori alle attività) tipico delle aziende che si trovano a gestire i curatori fallimentari – è un grave fenomeno di generale deterioramento dell'equilibrio aziendale e sovente costituisce la manifestazione ultima (causa secondaria) di più profonde crisi, prevalentemente strategiche ed economiche (crisi primarie), che sono ormai degenerate.

Alcuni aspetti circa la composizione della struttura patrimoniale e del suo equilibro sono i seguenti:

- forte prevalenza dell'attivo fisso rispetto a quello prontamente liquidabile espone l'impresa a rilevanti rischi a fronte di particolari turbolenze ambientali;
- forte indebitamento aziendale, specialmente se caratterizzato da una prevalenza di breve rispetto al medio lungo, espone l'impresa al rischio finanziario;
- un margine di struttura negativo segnale di una inadeguatezza del capitale proprio e di forte sottocapitalizzazione.

Altro importante indicatore è rappresentato dalla Posizione finanziaria netta, la quale sintetizza il risultato combinato della capacità aziendale di generare *cash flow* e la tendenza ad aumentare o diminuire l'indebitamento finanziario. Un aumento della PFN viene interpretato come un peggioramento, così come al contrario la sua riduzione può essere valutata positivamente. Infatti, se tale indice assume valore positivo indica una situazione in cui lo *stock* delle passività finanziarie risulta superiore rispetto alle liquidità potenzialmente disponibili nel breve termine. Tale indice assume una portata rilevante anche ai fini della prevenzione della crisi, infatti, la crisi di liquidità generalmente è legata ad un aumento progressivo della PFN a breve, per cui la produzione di *cash flow* non raggiunge livelli in grado di assolvere ai pagamenti dei fornitori e in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tali condizioni l'azienda è costretta ad aumentare il ricorso ai debiti finanziari. Il rapporto PFN/EBITDA è frequentemente utilizzato per identificare il confine tra le situazioni di equilibrio o squilibrio finanziario. In particolare, situazioni congiunturali recessive e deflattive, portano ad identificare nel valore di cinque il risultato di questo rapporto quale soglia al di là della quale si è in presenza di un eccesso di debito. Il rapporto che conduce ad un risultato inferiore evidenzia, viceversa, una situazione di equilibrio finanziario.

16.7 Le diverse casistiche di squilibrio e le prospettive di risanamento

Definiti brevemente gli squilibri che potrebbero caratterizzare le imprese che cercano la risoluzione degli stessi mediante la neonata composizione negoziata della crisi, si cerca di fornire un quadro, ancorché non esaustivo, delle casistiche che potrebbero essere affrontate dall'esperto indipendente.

1. Una prima casistica è rappresentata da uno squilibrio finanziario e reddituale, a fronte di un equilibrio patrimoniale. In primo luogo, si precisa che l'equilibrio fa riferimento alla situazione *as is* dell'impresa e non a quello prospettico; ciò in quanto se non vi fosse equilibrio economico, finanziario e patrimoniale a livello prospettico, e quindi nella situazione *to be* risultante all'esito del percorso risanatorio, emergono necessariamente seri dubbi circa l'effettiva esistenza di concrete prospettive di risanamento. L'assenza di equilibrio reddituale nella situazione attuale è presumibilmente riconducibile ad un *trend* negativo di risultati reddituali, come si evince dai conti economici riclassificati nelle modalità indicate ai paragrafi precedenti e confrontati a livello temporale su un orizzonte di tre o cinque esercizi consecutivi. Analogamente, lo squilibrio finanziario è presumibilmente riconducibile ad una difficoltà, seppure nel breve periodo, dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni con i flussi di cassa derivanti dalla gestione caratteristica, conseguenza presumibilmente di un'assenza di redditività che non può tramutarsi in flussi di cassa positivi. Stante la presenza di un disequilibrio economico e finanziario, l'esistenza, quantomeno sulla base della situazione contabile consegnata dal debitore all'esperto, di un equilibrio patrimoniale potrebbe destare qualche perplessità e deve portare l'esperto ad effettuare attente valutazioni. Si tratta, in altre parole, di esaminare attentamente le voci che compongono lo stato patrimoniale, sulle quali si fonda il presunto equilibrio patrimoniale. In altre parole, occorre verificare l'effettivo e reale valore di mercato degli *assets* rispetto al valore iscritto a bilancio. Nell'ipotesi in cui l'impresa si trovi in forte perdita economica e finanziaria, presumibilmente l'unica alternativa percorribile è rappresentata dalla liquidazione. Ne consegue che gli *assets* devono essere valutati secondo un principio di liquidazione o comunque devono essere riespressi a valori correnti, in una logica coerente con i valori di mercato. Potrebbe altresì verificarsi una situazione in cui la solidità patrimoniale sia connessa alla presenza di crediti iscritti a bilancio; occorre, tuttavia, anche in questo caso verificare l'effettiva esigibilità degli stessi, secondo le tradizionali tecniche di revisione ovvero ricorrere a modelli predittivi dell'insolvenza. Si può altresì notare che quando l'impresa sfocia in liquidazione giudiziale, l'ultimo bilancio presenta – generalmente – una perdita decisamente più consistente rispetto a quella degli esercizi precedenti: ciò presumibilmente fa comprendere come nel corso degli esercizi l'impresa, nei confronti della quale poi è stata dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, abbia adottato delle politiche di bilancio finalizzate a mascherare perdite operative, le quali sono interamente – o quasi – emerse in prossimità dell'accesso alla procedura fallimentare. Infine, si segnala come l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del 28 settembre 2021 al paragrafo 7) della Sezione III (*Protocollo di conduzione della composizione negoziata*) evidenzi che non vi sia di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo (MOL) positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di MOL negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono).

2. Una seconda casistica è rappresenta da uno squilibrio finanziario, a fronte di un equilibrio reddituale e patrimoniale. In questi casi si rende necessario individuare le cause che hanno prodotto un temporaneo squilibrio finanziario. Qualora emerga che lo squilibrio finanziario possa essere facilmente ripristinato, non si pongono rilevanti problemi in termini di interventi sull'assetto gestionale. Per esempio, lo squilibrio finanziario potrebbe essere dovuto a una temporanea difficoltà di incasso dei crediti, causata da circostanze contingenti del settore di riferimento. Occorre, tuttavia, prestare massima attenzione circa la concentrazione dei crediti verso clienti per evitare che le difficoltà di pagamento, se non addirittura gli insoluti, di uno o pochi clienti possano compromettere la continuità aziendale dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata della crisi. Qualora, invece, lo squilibrio finanziario sia un sintomo di criticità a livello economico e gestionale, occorre prontamente intervenire sul *core business* dell'impresa. Inoltre, se l'impresa presenta equilibrio economico e patrimoniale presumibilmente potrebbe ancora godere di una buona credibilità sul mercato bancario, che potrebbe assisterla nella ridefinizione della struttura finanziaria al fine di ristabilire l'equilibrio finanziario.
3. Una ulteriore casistica è rappresentata da uno squilibrio finanziario e patrimoniale, a fronte di un equilibrio economico. In questo caso lo squilibrio patrimoniale potrebbe essere conseguenza di un andamento negativo dei risultati economici conseguiti nel corso degli esercizi precedenti, che hanno intaccato i mezzi propri. Analogo discorso può essere condotto con riferimento all'equilibrio finanziario, oppure quest'ultimo potrebbe essere riconducibile alla concessione di crediti a clienti, i quali si sono rilevati cattivi pagatori comportando necessita di svalutazioni e quindi di appesantimento della struttura dei costi, oltre che tensioni di natura finanziaria. L'impresa, tuttavia, allo stato attuale presenta un equilibrio reddituale che, se prolungato nel medio periodo, può consentire alla stessa di ristabilire sia l'equilibrio finanziario sia quello patrimoniale. Potrebbe trattarsi del caso tipico di una *start up*: quest'ultima ha registrato delle perdite economiche, oltre che finanziarie, nel corso dei primi esercizi di vita dell'attività d'impresa. Tuttavia, se presenta un equilibrio reddituale attuale e prospettico merita di essere oggetto di risanamento per continuare ad operare sul mercato, sfruttando così gli investimenti, che nel periodo passato hanno esposto la stessa a squilibri sia finanziari sia patrimoniali. Pertanto, il caso delle *start up* innovative, che sostengono costi per l'avvio e lo sviluppo che, spesate a conto economico, concorrono a determinare squilibri di natura patrimoniale, ma che in realtà racchiudono valori intangibili che non possono essere iscritti a bilancio, costituisce un esempio di piena compatibilità tra squilibrio patrimoniale ed esistenza di concrete prospettive di risanamento. Si tratta, in altre parole, di una situazione diametralmente opposta rispetto al caso *sub* 1). Nel caso analizzato, infatti, lo squilibrio patrimoniale potrebbe anche essere dovuto ad *assets*, di natura intangibile, che non sono iscritti a bilancio in conformità alla normativa di riferimento, come per esempio il marchio o altri beni intangibili, ma che costituiscono valore per l'azienda. Quest'ultimo, tuttavia, oltre ad essere stato oggetto di investimenti (e quindi maggiori costi che

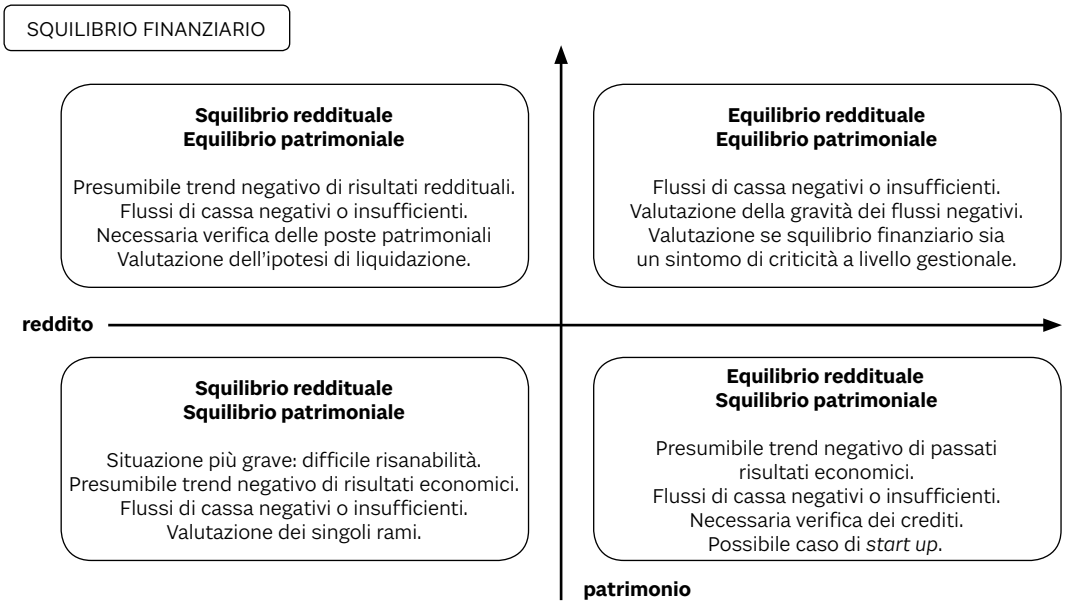
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

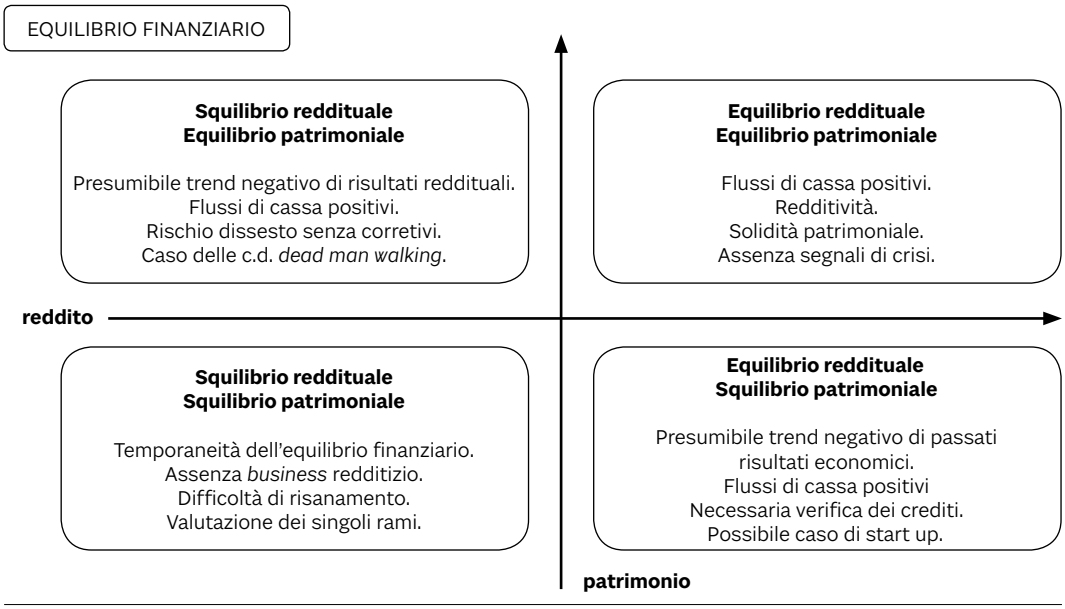
non si sono ancora tradotti in ricavi, uscite di cassa e/o maggiore indebitamento, che intaccano i relativi equilibri), potrebbe essere proprio il "motore" dell'equilibrio economico prospettico. Evidentemente si tratta di un'impresa meritevole di essere risanata e continuare – o forse iniziare – ad operare sul mercato. Infatti, a fronte di uno squilibrio patrimoniale, dovuto alla negatività del patrimonio netto, non necessariamente sono precluse le prospettive di risanamento. Ciò in quanto potrebbero esistere flussi futuri che non trovano corrispondenza nello stato patrimoniale, in applicazione delle normative contabili. Ci si riferisce a (i) flussi riconducibili ad attività patrimoniali non presenti in bilancio o iscritte per un valore inferiore alla loro effettiva capacità di produrre flussi e (ii) flussi legati a contratti già sottoscritti ma ancora in fase di esecuzione. Tra i primi rientrano indubbiamente gli *intangibles*.

4. Una quarta casistica è rappresentata da uno squilibrio reddituale, a fronte di un equilibrio patrimoniale e finanziario. Si tratta del tipico caso delle aziende c.d. *dead man walking*, ossia aziende che stanno proseguendo l'attività d'impresa ma che presumibilmente ad un certo punto, senza interventi correttivi, giungono al dissesto in quanto non saranno in grado di sostenere autonomamente nuovi finanziamenti. Si tratta, infatti, di un'impresa in equilibrio patrimoniale, derivante da una determinata struttura di immobilizzazioni oggetto di ammortamento (che comunque potrebbe essere intaccato, ma non eroso, dalle perdite correnti), un equilibrio finanziario derivante da un EBITDA positivo che si traduce in flussi di cassa positivi, ma in squilibrio economico derivante da un risultato operativo negativo. Quest'ultimo, senza interventi correttivi, intacca inevitabilmente l'equilibrio finanziario e quello patrimoniale nel momento in cui l'impresa si troverà costretta a fare nuovi investimenti in quanto un EBITDA positivo ma un risultato operativo negativo vuole dire che l'impresa rigenera le risorse investite nella spesa corrente (costi monetari), ma non è in grado di rigenerare l'investimento. Pertanto, quando sorge la necessità di nuovi investimenti, emergerà altresì l'incapacità dell'impresa di farvi fronte autonomamente.
5. Una quinta casistica che potrebbe emergere è rappresentata da uno squilibrio reddituale e patrimoniale, a fronte di un equilibrio finanziario. In tal caso l'azienda versa in una temporanea situazione di equilibrio finanziario, ma in assenza di un equilibrio reddituale, ancorché prospettico e, pertanto, difficilmente il risanamento potrebbe essere attuato. Anche in questo caso, si possono, tuttavia, valutare delle opportunità di trasferimento di un ramo d'azienda, che presenta una redditività adeguata. La soluzione alternativa praticabile è rappresentata dalla liquidazione atomistica dei beni.
6. Una ulteriore casistica è costituita da un equilibrio reddituale e finanziario, a fronte di uno squilibrio patrimoniale. Costituisce una casistica non dissimile al caso sopra esaminato con riferimento alla *start up* (ipotesi n. 3). In questa ipotesi, tuttavia, la società da poco costituita potrebbe trovarsi in una situazione di equilibrio finanziario, presentando così maggiori probabilità di risanamento.
7. L'ultima casistica qui esaminata, che rappresenta indubbiamente quella più grave, è costituita da uno squilibrio economico, finanziario e reddituale. In questa circostanza risulta assai complesso che vi siano concrete prospettive di risanamento. In questi casi, tuttavia, potrebbe essere rilevante analizzare la redditività di eventuali singoli rami d'azienda. Il disequilibrio economico, infatti, potrebbe essere conseguenza delle perdite registrate da uno o più rami d'azienda, che hanno interamente assorbito gli utili, viceversa, prodotti da un altro ramo d'azienda. Quest'ultimo ramo potrebbe, pertanto, essere oggetto di autonoma valutazione ai fini di una sua successiva cessione a terzi, finalizzata a garantire il risanamento, in via indiretta come espressamente previsto dal legislatore della composizione negoziata della crisi. Come

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

precisato dal Dm Giustizia 28 settembre 2021 (Sez. III, 2.7), qualora l'esperto reputi che il risanamento possa avere luogo in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa, dovrà tenere conto delle concrete manifestazioni di interesse eventualmente ricevute dall'imprenditore o da terzi, nonché delle ragionevoli stime delle risorse realizzabili pur in assenza degli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, Cc, e della loro adeguatezza a consentire il raggiungimento di un accordo con i creditori.





RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

16.8 Conclusioni

Diverse sono le casistiche che potrebbero presentarsi sul tavolo dell'esperto quando deve analizzare e verificare le concrete prospettive di risanamento dell'azienda che intende adottare il nuovo strumento della composizione negoziata della crisi. L'analisi del bilancio (e delle sue componenti) rappresenta indubbiamente una tecnica di ausilio all'esperto.

Sebbene quest'ultima abbia una scarsa attitudine a segnalare tempestivamente situazioni di crisi, tracciando un profilo essenzialmente basato su dati quantitativi e consuntivi che sono raramente sintomi primari ed invece più spesso sintomi intermedi e finali della crisi, è idonea a sviluppare indagini sulle cause di squilibrio o di crisi negli aspetti economico, finanziario e patrimoniale. Ciò in linea con quanto previsto nella recente legislazione sulla composizione negoziata della crisi che fa perno sulla necessità di individuare una soluzione al superamento dello squilibrio patrimoniale o economico- finanziario in cui versa l'impresa, al fine di verificare le concrete prospettive di risanamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 17

I rischi penali dell'esperto che agevola le trattative

Alessandro Keller

SOMMARIO: 17.1 Il ruolo dell'esperto – 17.2 Non è un attestatore: la qualifica privatistica dell'esperto – 17.3 Le residuali ipotesi di falso penalmente rilevanti per l'esperto indipendente – 17.4 Il concorso dell'esperto nei reati fallimentari – 17.5 Il rischio penale nel concordato semplificato

17.1 Il ruolo dell'esperto

Nell'ambito della procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa assume un ruolo di assoluto protagonista l'esperto – terzo e indipendente – a cui è affidato il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti eventualmente interessati.

Il nuovo Titolo II della parte prima del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza di cui al Dlgs 14/2019 (d'ora in avanti anche solo "Codice della Crisi") è stato integralmente riscritto dal decreto legislativo 83/2022. a Il legislatore delegato ha scelto di accantonare definitivamente gli OCRI, originariamente contemplati nella primigenia versione del Codice della Crisi, e di affidare all'esperto l'incarico di assistere l'imprenditore in sede stragiudiziale nella prospettiva di risanare l'impresa (art. 12, co. 2, Dlgs 14/2019).

17.2 Non è un attestatore: la qualifica privatistica dell'esperto

L'esperto – terzo e indipendente, come espressamente indica la definizione di cui all'art. 2, lett. *o-bis)* Dlgs 14/2019, introdotta dal Dlgs 83/2022 – ha il compito di fornire all'imprenditore commerciale ed agricolo *quel* supporto tecnico che può risultare determinante per il ripristino *in bonis* dell'attività d'impresa, agevolando le trattative con i creditori. L'*iter* di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa è stragiudiziale e privatistico, attivabile volontariamente dall'imprenditore.

Tali tratti caratteristici della disciplina depongono *prima facie* nel senso dell'impossibilità di attribuire all'esperto la qualità di pubblico ufficiale. Depone a favore della qualifica privatistica dell'esperto anche la previsione di cui all'art. 16, co. 3, del Codice della Crisi, in cui si assicura all'esperto la facoltà di opporre in sede processuale il segreto professionale di cui all'art. 200 Cpp, relativamente alle informazioni acquisite nell'espletamento dell'incarico, nonché l'esten-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sione delle garanzie previste nelle ipotesi di ispezioni e perquisizioni negli uffici degli avvocati difensori di cui all'art. 100 Cpp.

Per fugare ogni dubbio, infine, il legislatore ha evitato qualsiasi riferimento alla qualità di pubblico ufficiale, diversamente da quanto previsto per le figure del commissario giudiziale e del curatore, che nelle procedure concorsuali – per loro natura e caratteristica prettamente giudiziali – assumono espressamente tale qualifica, rispettivamente, ai sensi degli artt. 92 e 127 del Codice della Crisi (già artt. 30 e 165 L.F.).

Occorre perimetrare la responsabilità penale dell'esperto, quindi, escludendo la configurabilità delle fattispecie incriminatrici tipicamente ascrivibili al pubblico ufficiale (art. 357 Cp), il cui agire è caratterizzato dall'esercizio di una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 13 gennaio 2017, n. 9473), nonché dell'incaricato di pubblico servizio (art. 358 Cp), il quale esercita un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione in assenza dei poteri tipici autorizzativi o certificativi (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 52662).

Esclusa la configurabilità, quindi, delle fattispecie incriminatrici di peculato (art. 314 Cp), concussione (art. 317 Cp), corruzione impropria e propria (artt. 318 e 319 Cp) ed indebita induzione (art. 319 *quater* Cp). Ne consegue che eventuali appropriazioni di beni mobili (ivi compreso il denaro) volontariamente realizzate dall'esperto nell'esercizio della sua funzione saranno punibili a titolo di appropriazione indebita *ex* art. 646 Cp, aggravata per l'abuso di prestazione d'opera ai sensi dell'art. 61, n. 11, Cp; parimenti, non potranno essere qualificate quali ipotesi di corruzione dei pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio gli eventuali compensi concordati con l'imprenditore in forza di un *pactum sceleris* ed incassati dall'esperto al fine di "adattare" le proprie valutazioni sul possibile risanamento dell'impresa (nell'immediatezza l'esperto, ai sensi dell'art. 17, co. 5, del Codice della Crisi, deve convocare *"senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica"*) ovvero circa la tenuta dei contratti sottoscritti con i creditori (all'esito della procedura, infatti, ai sensi dell'art. 23, co. 1, lett. a), del Codice della Crisi, l'imprenditore può *"concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 25* bis*, comma 1, se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 17, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni"*). Né risulta configurabile il reato di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 Cc, trattandosi di fattispecie che tutela l'offesa al soggetto collettivo a cui appartiene il *corrotto*, da individuare tra *"gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti privati"*.

L'assenza della qualifica pubblicistica si riflette sulla rilevanza penale delle eventuali falsità commesse dall'esperto. In continuità con il Dl 118/2021, anche a seguito delle modifiche apportate dal Dlgs 83/2022, non risulta imposta dalla legge alcuna veridicità del contenuto delle valutazioni tecniche offerte dall'esperto indipendente.

Nonostante, si segnala, rispetto alla primigenia impostazione, in merito alle attività di analisi e verifica della veridicità dei dati contabili, finanziari e patrimoniali forniti dall'imprenditore, sia stato previsto con il Dlgs 83/2022 – integrando in tal senso l'originaria versione di cui al Dl 118/2021 – che l'esperto debba procedere a *"[verificare] la coerenza complessiva delle informazioni fornite dall'imprenditore chiedendo al medesimo e ai creditori tutte le ulteriori informazioni utili o necessarie"* (art. 16, co. 2, del Codice della Crisi).

La verifica, quindi, attiene alla coerenza delle informazioni e non alla veridicità intrinseca delle stesse. Né risulta che l'esperto debba formalizzare un proprio giudizio, poiché il legislatore

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ha omesso di specificare quale contenuto debba caratterizzare la relazione finale predisposta all'esito dell'iter di composizione negoziata (l'art. 17, co. 8, del Codice della Crisi si limita a prescrivere, infatti, che *"[a]l termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti"*).

Volendo tracciare un parallelismo, si osserva che – contrariamente all'esperto – il professionista indipendente (la cui definizione è fornita dall'art. 2, co. 1, lett. o), del Codice della Crisi) – nelle ipotesi di piani attestati di risanamento (art. 56, co. 3, del Codice della Crisi, che richiama lo strumento già previsto all'art. 67, co. 3, lett. d), L.F.), di concordato preventivo (art. 87, co. 3, del Codice della Crisi, già art. 161, co. 3, L.F.) e accordi di ristrutturazione (art. 57, co. 4, del Codice della Crisi, già artt. 182 *bis* e ss. L.F.) – può essere chiamato a rispondere del reato di *Falso in attestazioni e relazioni* di cui all'art. 342 del Codice della Crisi (che ricalca il reato di *Falso in attestazioni e certificazioni* di cui all'art. 236 *bis* L.F.) norma finalizzata a garantire che le informazioni di provenienza privatistica rese nell'ambito delle procedure concorsuali possano ritenersi affidabili e fededegne: il nucleo essenziale della fattispecie incriminatrice – ora come allora – risiede, infatti, nell'infedeltà dell'attestatore (*rectius*, del professionista indipendente) che, presentando una relazione deliberatamente non veritiera, abusa della fiducia in lui riposta non solo dall'imprenditore, ma anche dai creditori e dell'Autorità giudiziaria. Trattasi di reato di pericolo concreto di mera condotta, non essendo necessario alcun evento per la sua consumazione, ma solo l'esposizione di false informazioni ovvero l'omissione di informazioni rilevanti che potrebbero compromettere le valutazioni del giudice ed essendo irrilevante che il concordato sia ammesso o l'accordo di ristrutturazione sia effettivamente omologato.

Il sistema appare coerente: l'esigenza di punire la falsa attestazione dei dati attestati deriva dal fatto che il professionista indipendente, diversamente dall'esperto di cui all'art. 12 del Codice della Crisi, è qualificabile quale *"incaricato di un servizio di pubblica necessità" ex* art. 359 Cp: per assumere l'incarico di professionista indipendente è necessaria, infatti, una particolare abilitazione dello Stato (l'art. 2, co. 1, lett. *o)* del Codice della Crisi impone la sussistenza congiunta dei seguenti requisiti: (i) iscrizione all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; (ii) possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 Cc).

L'esperto – per specifica scelta del legislatore – può, invece, essere (sia un avvocato o un commercialista iscritto nel rispettivo albo, sia) anche colui che, pur non iscritto in un albo professionale, possa documentare la propria esperienza nel settore della crisi d'impresa (ai sensi dell'art. 13, co. 3, ultimo periodo, del Codice della Crisi *"[p]ossono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza*").

Al fine di evitare ogni equivoco, peraltro, il Governo, con il Dlgs 83/2022, con cui ha trasferito la procedura di composizione negoziata della crisi di cui al Dl 118/2021 nel Dlgs 14/2019, si è preoccupato di prevedere espressamente all'art. 16, co. 2, del Codice della Crisi che l'esperto *"[n]on è equiparabile al professionista indipendente di cui all'art. 2, comma 1, lett. o)"*.

La scomparsa degli OCRI e la loro sostituzione con la procedura di negoziazione assistita dall'esperto terzo e indipendente hanno portato alla fisiologica abrogazione del reato di Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI, originariamente previsto all'art. 345 del Codice

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

della Crisi, disposizione che non è stata "rimpiazzata" da alcun'altra analoga previsione penale finalizzata a punire le falsità dell'esperto indipendente. La circostanza conferma ulteriormente il ruolo di protagonista del tutto inedito assunto dall'esperto rispetto alle altre figure che da tempo calcano il palcoscenico delle procedure atte a risanare le imprese in stato di crisi.

L'esperto, quindi, non potrà essere chiamato a rispondere né del reato di *Falso in attestazioni e relazioni* di cui all'art. 342 del Codice della Crisi, né del delitto di *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità* di cui all'art. 481 Cp.

Le eventuali falsità, ovvero l'indicazione di prospettive di risanamento eccessivamente ottimistiche e non razionalmente giustificabili, commesse durante le trattative con i creditori dall'imprenditore in concorso con l'esperto potranno rilevare, quali artifici o raggiri, ai fini dell'integrazione del reato di Truffa di cui all'art. 640 Cp, laddove si determini un ingiusto profitto con altrui danno.

L'unica distonia – rispetto all'adottato *pattern* di poteri e responsabilità che diversifica l'esperto dal professionista indipendente – è ravvisabile all'art. 23, co. 1, lett. c), del Codice della Crisi ove si prevede che le parti, all'esito della procedura, possano *"concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d) e 324. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza"*. La norma esclude l'azione revocatoria e anche la possibile configurazione dei reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice per gli accordi conclusi durante la composizione negoziale conferendo alla sottoscrizione dell'esperto (che potrebbe anche non essere un professionista iscritto all'albo) il medesimo valore che, nelle procedure concorsuali, tipicamente giudiziali, è conferito dall'attestatore (*rectius*, dal professionista indipendente).

L'impossibilità di qualificare l'esperto indipendente quale pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio esclude in radice la configurabilità anche dei reati di Omessa denuncia di reato di cui,rispettivamente, agli artt. 361 e 362 Cp.

L'esperto, quindi, non sarà tenuto a notiziare l'Autorità giudiziaria qualora, nell'espletamento dell'incarico, apprenda la sussistenza di condotte illecite pregresse poste in essere dall'imprenditore (ad esempio di un'evidente falsità dei bilanci degli ultimi tre esercizi, che devono essere depositati al momento della domanda nella piattaforma ai sensi dell'art. 17, lett. a), del Codice della Crisi).

17.3 Le residuali ipotesi di falso penalmente rilevanti per l'esperto indipendente

Nella fase prodromica alla nomina e, in particolare, in quella relativa all'iscrizione all'elenco, le falsità compiute dall'esperto potrebbero, invece sì, acquisire rilevanza penale. Ai sensi dell'art. 13, co. 5, del Codice della Crisi la domanda dovrà essere corredata, infatti, anche da un *curriculum vitae* "*... dal quale risulti ogni altra esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione, valutabile all'atto della nomina come titolo di preferenza*", oggetto di autocertificazione ai sensi degli artt. 46 e 47 Dpr 28 dicembre 2000, n. 445. La veridicità dei dati contenuti nelle domande di iscrizione all'elenco è verificata dai responsabili della formazione e della tenuta dei dati degli iscritti all'elenco medesimo ai sensi dell'art. 71 Dpr 445/2000 ed il presidio è individuato dal successivo art. 76, ai sensi del quale il rilascio di dichiarazioni mendaci o la formazione o uso di atti falsi nei casi previsti dal Dpr 445/2000 sono puniti ai sensi del Codice penale, con previsione di aumento della pena da un terzo alla metà. A tal fine, occorre

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ricordare che le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 Dpr 445/2000 sono considerate come fatte a pubblico ufficiale (cfr. Cass. Pen., sez. V, 15 febbraio 2021, n. 15901, la cui massima afferma: *"[i]l concetto di atto pubblico è, agli effetti della tutela penale, più ampio di quello desumibile dall'art. 2699 Cc, dovendo rientrare in detta nozione non soltanto i documenti redatti da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, ma anche quelli formati dal pubblico ufficiale o dal pubblico impiegato, nell'esercizio delle loro funzioni, per uno scopo diverso da quello di conferire ad essi pubblica fede, purché aventi l'attitudine ad assumere rilevanza giuridica e/o valore probatorio interno alla pubblica amministrazione, cosicché sono atti pubblici anche gli atti interni e quelli preparatori di una fattispecie documentale complessa, come le autocertificazioni del privato redatte ai sensi dell'art. 46 o dell'art. 47 Dpr 28 dicembre 2000, n. 445, da considerarsi come rese a pubblico ufficiale. (Fattispecie relativa a dichiarazione certificativa del possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla selezione per l'assegnazione delle autorizzazioni all'esercizio di servizio di noleggio con conducente)"*).

Mentre le falsità dei dati anagrafici o dei titoli abilitativi – trattandosi di fatti, stati o qualità personali contenuti in pubblici elenchi o registri – integrano il disposto di cui all'art. 46 del citato decreto presidenziale, che fa riferimento all'autocertificazione, le informazioni circa le esperienze professionali pregresse indicate falsamente nel *curriculum vitae* o, in ogni caso, nella domanda di iscrizione all'elenco dovrebbero inserirsi – in quanto fatti oggetto di possibile certificazione solo con atto notorio del notaio – nell'alveo delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà di cui all'art. 47 Dpr 445/2000.

Le fattispecie incriminatrici astrattamente configurabili in queste ipotesi sono il reato di *Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico* di cui all'art. 483 Cp, che ricorre se trattasi di *fatti* dei quali l'atto è destinato a provare la verità (in questo senso potrebbero rientrarvi le falsità rese in merito ai *fatti* relativi ad "*altra esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione, valutabile all'atto della nomina come titolo di preferenza*", di cui all'art. 13, co. 5, del Codice della Crisi), ovvero di *Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri* di cui all'art. 495 Cp, che. invece, si configura nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci inerenti all'identità, allo stato o ad altra qualità della propria o dell'altrui persona.

(Cfr. Trib. Dell'Aquila, 6 maggio 2019, n. 298, la cui massima afferma "*[l]a falsa attestazione di non avere precedenti penali integra il reato di cui all'art 495 Cp trattandosi di qualità personali e non di fatti e pertanto non di quello previsto dall'arte. 483 Cp (nel caso di specie, l'imputato presentava all'ufficio dogane una denuncia per l'attivazione delle fabbriche e degli opifici di prodotti sottoposti ad accisa corredata da allegati tra cui la dichiarazione sostitutiva di certificazione, ai sensi del Dpr 445/2000, nella quale attestava di non aver riportato condanne penali contrariamente al vero)*".

Esclusa la configurabilità, invece, della fattispecie di cui all'art. 496 del Codice penale, reato che richiede la necessaria preordinata *interrogazione* da parte di altri (le Forze dell'Ordine) su identità, stato o qualità della persona, a cui consegue la mendace dichiarazione da parte del soggetto interrogato (cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 3042).

Un'osservazione attenta merita il requisito dell'*indipendenza*, la cui relativa dichiarazione costituisce – con riferimento ai rischi penali – la novità di maggior rilievo introdotta dal Dlgs 83/2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'esperto non è nominato direttamente dall'imprenditore, ma è selezionato dalla commissione (composta da tre membri effettivi e tre supplenti) costituita *ad hoc* presso le camere di commercio. Il nuovo art. 17, co. 4, del Codice della Crisi – così come modificato dal Decreto Legislativo 83/2022 – prevede, infatti, che "*[l]'esperto, verificati la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce nella piattaforma la dichiarazione di accettazione e una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 47 del Dpr 445 del 2000, sul possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 16, comma 1 nella piattaforma. In caso contrario ne dà comunicazione riservata al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione. L'esperto non può assumere più di due incarichi contemporaneamente".*

L'*indipendenza*, quindi, che deve essere valutata in concreto al momento della nomina, dovrà essere fatta oggetto – a seguito delle modifiche previste dal Decreto Legislativo – di una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà *ex* art. 47 Dpr 445/2000, inizialmente non prevista dal Dl 118/2021 (sia consentito il richiamo al commento *"La responsabilità penale dell'esperto della composizione negoziale della crisi d'impresa"* nel volume *"Esperto indipendente e crisi d'impresa"*, *Il Sole 24 Ore*, Dicembre 2021, p. 84). Il legislatore, quindi, è in questo caso puntualmente intervenuto colmando il vuoto di tutela ed estendendo il presidio penale di cui al Dpr 445/2000 – già previsto per le informazioni comunicate ai fini di ottenere l'iscrizione all'elenco – anche alla dichiarazione di indipendenza da effettuare al momento dell'accettazione della nomina (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 19 ottobre 2021, n. 44701, la cui massima afferma: *"[i]n tema di delitti contro la fede pubblica, e segnatamente di falsità in atti relativi ad un appalto pubblico, non può ritenersi configurabile il delitto di cui all'art. 483 Cp ove, in base alla disciplina positiva vigente al momento di commissione del fatto, non era previsto, con riferimento alle richieste di chiarimento dell'ente pubblico, l'invio di atti formati ai sensi degli artt. 46 e 47 Dpr 445/2000"*).

Nell'ipotesi in cui, dunque, l'esperto dichiari falsamente la sussistenza dei requisiti di indipendenza indicati all'art. 16 del Codice della Crisi – che richiama anche le ipotesi di ineleggibilità e decadenza dei sindaci di cui all'art. 2399 Cc – risulterebbe integrato il reato di *Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri di* cui all'art. 495 del Codice penale.

17.4 Il concorso dell'esperto nei reati fallimentari

I reati di bancarotta, previsti agli artt. 322 e ss. del Codice della Crisi, in vigore dal 15 luglio 2022, ascrivibili in principalità all'imprenditore, nonché agli amministratori e agli organi di controllo nella misura in cui sia stato dichiarato il fallimento (*rectius*, l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale), spauriscono tradizionalmente anche coloro che in qualità di "consulenti" siano intervenuti nella fase di crisi dell'impresa *ante* insolvenza (cfr. Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2021, n. 18677, la cui massima afferma: *"[c]oncorre in qualità di "extraneus" nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, il legale o il consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto, fornisca a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolga un'attività diretta a garantire l'impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui progetto delittuoso. (Fattispecie in*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità dell'imputato che, quale consulente di una società, era stato l'ideatore di complesse operazioni di fusione per incorporazione finalizzate alla dismissione del patrimonio della fallita, predisponendo il contenuto degli atti negoziali e gestendo la definizione dei relativi rapporti economici)".

Non ne è immune nemmeno l'esperto terzo e indipendente di cui al Codice della Crisi, pur considerando che la procedura non determina lo spossessamento del patrimonio dell'imprenditore, che rimane abilitato alla gestione dell'azienda, e l'eventuale insuccesso dell'*iter* non determina un automatico passaggio alla procedura di liquidazione giudiziale, né la trasmissione di una notizia di reato in Procura.

Tuttavia, l'esito negativo della procedura di negoziazione assistita può sfociare anche nella dichiarazione di liquidazione giudiziale, dando il via all'Autorità giudiziaria per analizzare il pregresso agire posto in essere dall'imprenditore e dall'esperto.

In questo schema, si osserva che non è configurabile un obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40 del Codice penale a carico dell'esperto indipendente, poiché manca la fonte giuridica da cui poter ricavare una tale posizione di garanzia, diversamente da quanto avviene per gli organi di controllo delle società (artt. 2403 e 2407 del Codice civile).

Anzi, a stretto rigore, l'art. 21 del Codice della Crisi prevede sì l'obbligo dell'esperto di iscrivere nel registro delle imprese il proprio dissenso rispetto ai pagamenti effettuati dall'imprenditore che non risultino coerenti con le trattative o le prospettive di risanamento, ma solo dopo che tali pagamenti siano stati effettuati nonostante la segnalazione (per iscritto all'imprenditore e agli organi di controllo) dell'esperto medesimo che abbia così espresso la propria contrarietà e solo nel caso in cui l'atto compiuto pregiudichi gli interessi dei creditori (art. 21, co. 3 e 4, del Codice della Crisi).

In altri termini, il dissenso dell'esperto non è di per sé impeditivo e, in ogni caso, l'obbligo di manifestazione sussiste solo *ex post*.

Ed ancora: l'assenza di poteri effettivamente impeditivi esercitabili preventivamente elimina il rischio di attribuire rilevanza penale all'inerzia dell'esperto che rimanga silente ed eviti, dopo aver iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, di procedere alla segnalazione di cui all'art. 19, co. 6, richiamato dall'art. 21, co. 5, del Codice della Crisi, ai sensi del quale il giudice si attiva e interviene per revocare o abbreviare le misure protettive eventualmente adottate. Tali omissioni, lungi dal configurare un'ipotesi di concorso omissivo nel reato commissivo di bancarotta realizzato attraverso pagamenti evidentemente distrattivi posti in essere dall'imprenditore, pur rilevanti sotto il profilo delle conseguenze civilistiche, dovrebbero risultare penalmente irrilevanti ai fini dei reati fallimentari in quanto atipiche ai sensi dell'art. 40 Cp.

Rafforzata, invece, risulta la posizione di garanzia degli organi di controllo, che ai sensi dell'art. 21, co. 3, sono informati dall'esperto degli atti che possono arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento.

Rimane configurabile, invece, il concorso attivo dell'esperto con l'imprenditore nei reati di bancarotta di cui all'art. 322 del Codice della Crisi (già art. 216 L.F., salvi gli adattamenti terminologici relativi alla nuova liquidazione giudiziale), ipotizzabile nel caso in cui intervenga la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale e l'esperto abbia avallato atteggiamenti dissipativi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

o distrattivi, prodigandosi volontariamente nel suggerire operazioni di distrazione o dissipazione del patrimonio, ovvero di falsificazione delle scritture contabili.

In almeno un momento topico, peraltro, l'esperto è chiamato a fornire valutazioni che, qualora siano idonee a fuorviare i creditori circa la fattibilità della procedura di composizione negoziata, potrebbero essere considerate *ex post* dei contributi causali consapevolmente resi al fine di ritardare l'insolvenza e la relativa dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Nella fase iniziale, dopo aver convocato senza indugio l'imprenditore, ai sensi dell'art. 17, co. 5, infatti, se l'esperto prospetta soluzioni di intervento nonostante l'evidente assenza – accertata *ex post* con valutazione *ex ante* – di prospettive di superamento della crisi, vi è il rischio di incorrere nella contestazione di concorso all'aggravamento del dissesto dell'impresa. L'esperto, infatti, dovrebbe *"all'esito della convocazione o in un momento successivo"* dare notizia dell'impossibilità di superare la situazione di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario *"all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata"*, ai sensi dell'art. 17, co. 5.

Ed ancora, secondo le modifiche introdotte dal Dlgs 83/2022, *"... [n]el corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni".*

Con riferimento alle ipotesi di aggravamento del dissesto, quindi, il contributo causale potrà essere fornito dall'esperto (in casi limite) consapevolmente e volontariamente, tanto da configurare la fattispecie di cui all'art. 329, co. 2, lett. b) del Codice della Crisi (già art. 223, co. 2, n. 2, della legge fallimentare), per avere determinato il dissesto con dolo o per effetto di operazioni dolose agendo nonostante fosse a conoscenza dell'impossibilità di realizzare le proposte dell'imprenditore, ovvero per avere in ogni caso accettato il rischio – secondo il paradigma tipico del dolo eventuale – di aggravare il dissesto e determinare la liquidazione giudiziale dell'impresa.

Con riferimento ad un'ipotesi di aggravamento doloso del dissesto sussunta nella fattispecie di cui all'art. 223, co. 2, n. 2) L.F., cfr. Cass. Pen., Sez. V, 14 maggio 2015, n. 41008. Nello stesso cfr. Cass. Pen., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 38177, la cui massima afferma: "*[i]n tema di bancarotta c.d. impropria, la particolare fattispecie di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, L.F., riguardante gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società fallite che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società, si applica anche nell'ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente*".

In altri casi, invece, potranno venire in rilievo ipotesi di mera grave negligenza punibili ai sensi dell'art. 323, co. 1, lett. d) del Codice della Crisi (già art. 217, co. 1, n. 4 L.F.), la cui fondatezza andrà tuttavia valutata considerando che la *"colpa grave' non può essere automaticamente ravvisata sulla sola base del fatto che, sussistendo lo stato di insolvenza, l'imprenditore non abbia tempestivamente richiesto il proprio fallimento ed abbia in tal modo aggravato il dissesto, occorrendo invece la dimostrazione, con adeguata motivazione, che tale condotta sia da considerare come caratterizzata in concreto da colpa grave, in quanto non riconducibile ad alcuna ragionevole (ancorché opinabile) scelta gestionale dell'imprenditore medesimo"* (così Cass. Pen., Sez. V, 25 settembre 2013, n. 43414).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Al fine di evitare ogni coinvolgimento, quindi, l'esperto indipendente dovrà operare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, senza persistere nella procedura di negoziazione laddove vi siano elementi tali da far ritenere inattendibili le proposte dell'imprenditore.

In ogni caso, occorre considerare che all'art. 24, co. 5, del Codice della Crisi si prevede un'espressa causa di esenzione della responsabilità che esclude la configurabilità dei reati di bancarotta preferenziale (art. 322, co. 3, del Codice della Crisi) e bancarotta semplice (art. 323 del Codice della Crisi) in relazione *"ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 17, comma 5"*, ma solo se – ed è questa un'ulteriore significativa modifica introdotta dal legislatore delegato con il Dlgs 83/2022 – *"non siano state effettuate le iscrizioni previste dall'articolo 21, comma 4"*: il beneficio opera, quindi, solo nel caso in cui l'esperto non abbia provveduto ad iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Il legislatore ha scelto, con la previsione di cui all'art. 24, co. 5, di estendere alla procedura di composizione negoziata – stragiudiziale e privatistica – l'esenzione di responsabilità di cui all'art. 324 del Codice della Crisi – già prevista all'art. 217 *bis* L.F. – che esclude la tipicità dei reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice relativamente ai pagamenti ed alle operazioni effettuati nell'ambito di uno specifico contesto concorsuale (concordato preventivo o accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o accordi in esecuzione del piano attestato ovvero concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché pagamenti e operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101 del Codice della Crisi).

Trattasi di scriminante, costruita come *sub specie* della causa di giustificazione di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere di cui all'art. 51 Cp, che esclude l'illiceità del fatto e, quindi, si estende oggettivamente anche in favore di coloro che siano concorsi con l'imprenditore. Si osserva, tuttavia, che la formulazione *"in coerenza con l'andamento delle trattative"* appare infelice lasciando residuare eccessivi margini di discrezionalità circa l'applicabilità in sede giudiziale della causa di esclusione della responsabilità, specie laddove sia assente una "traccia scritta" utile a ricostruire l'iter delle trattative, magari risalenti nel tempo. In altri termini, per poter godere della scriminante sarà essenziale dare evidenza dell'andamento *step by step* delle trattative, nonché delle circostanze e delle ragioni sussistenti al momento in cui è stato eseguito il pagamento o l'operazione oggetto di contestazione.

17.5 Il rischio penale nel concordato semplificato

L'eventuale insuccesso della negoziazione assistita consente all'imprenditore di accedere – tra le alternative – alla nuova forma del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 25 *sexies* del Codice della Crisi), in cui sono fatte salve espressamente "*in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 106, 117, 118, 119, 324 e 341, sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario. Ai fini di cui all'articolo 106, il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato*". Anche in caso di concordato semplificato, quindi, risultano configurabili – a carico dell'imprenditore e, quale concorrente, dell'esperto indipendente – i reati di bancarotta di cui agli artt. 329 e 330 del Codice della Crisi: l'art. 341 del Codice della Crisi (già art. 236 L.F.) punisce, infatti, nelle ipotesi caratterizzate dall'assenza della dichiarazione di fallimento (*rectius*, di apertura della procedura di liquidazione giudiziale), quali concordato preventivo,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria, sia l'imprenditore che si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti, sia gli organi sociali che abbiano posto in essere operazioni sul patrimonio o sulla documentazione tipiche dei reati di bancarotta fraudolenta e semplice.

In merito, si osserva che il legislatore ha lasciato persistere la disparità di trattamento che già caratterizzava l'art. 236 L.F. (ed oggetto di questione di illegittimità costituzionale ritenuta infondata in sede di legittimità, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, nonché C. Cost., 18 maggio 1989, n. 268): la disposizione non richiama, infatti, gli articoli 322 e 323 del Codice della Crisi (ipotesi di bancarotta propria), così impedendo che all'imprenditore individuale possa essere contestato il delitto di bancarotta nelle ipotesi di concordato preventivo (e di concordato preventivo semplificato).

CASS. PEN., SEZ. V, 18 GIUGNO 2014, N. 26444

"*[i]n tema di reati fallimentari, le condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, della legge fallimentare il quale, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 223 L.F., punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 L.F., commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 18

Gli adeguati assetti tra test, check list e nuovo Codice

Giuseppe Acciaro, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 18.1 Il test di auto-diagnosi – 18.2 La check list particolareggiata – 18.3 Il test, la check list e gli adeguati assetti societari: un connubio imprescindibile

L'art. 3 del Dl 118/2021, che corrisponde all'art. 13 del Codice della crisi modificato a seguito del decreto di recepimento della c.d. Direttiva *Insolvency* (Dlgs 17 giugno 2022, n. 83), prevede l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori che volontariamente accedono alla procedura di composizione negoziata della crisi, all'interno della quale viene resa disponibile una lista di controllo definita «*particolareggiata*», contenente indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e per l'analisi della sua coerenza.

Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, firmato il 28 settembre 2021, richiamato dal summenzionato nuovo art. 13 del Codice, è suddiviso in cinque sezioni e ha dato attuazione all'art. 3 del Dl 118/2021, consentendo alle imprese in difficoltà di eseguire il proprio *test* autodiagnostico dello stato di salute, attraverso la piattaforma telematica nazionale, nonché di disporre di una lista di controllo particolareggiata che deve seguire l'imprenditore nella redazione del piano di risanamento e l'esperto nella successiva verifica di coerenza e completezza.

L'auto-diagnosi della crisi viene, pertanto, svolta *online* grazie al *test* finalizzato a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi al servizio dei primi.

A parere degli scriventi, il test autodiagnostico e la *check list* particolareggiata possono costituire le fondamenta per accertare l'effettiva situazione di squilibrio in cui versa l'impresa e la conseguente ragionevole perseguibilità del risanamento soltanto se accompagnati dall'implementazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili previsti dal secondo comma dell'art. 2086 del Codice civile. In questa direzione pare si muova anche il decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi in recepimento della Direttiva *Insolvency*, il quale attraverso una modifica all'art. 3 del Codice prevede che gli adeguati assetti di cui all'art. 2086 del Codice civile devono consentire di ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il *test* sulla perseguibilità del risanamento, previsti nel nuovo art. 13 del Codice della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come ben noto, nonostante i ripetuti rinvii dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, le norme che incidono sul diritto societario, e più specificatamente le modifiche apportate dall'art. 375 del Codice della crisi all'art. 2086 del Codice civile, sono già in vigore dal 16 marzo 2019, ossia dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del Dlgs 14/2019.

Già prima dello scoppio della pandemia da Covid-19 l'implementazione degli adeguati assetti, sebbene l'entrata in vigore volutamente anticipata rispetto al *corpus* normativo sulla crisi d'impresa, pareva essere passata in secondo piano dalle imprese; ora, i reiterati slittamenti dell' entrata in vigore del Codice della crisi potrebbero aver consentito alle stesse di concentrarsi sull'implementazione degli adeguati assetti, concretizzando il cambio culturale tanto auspicato dal legislatore e abbandonando la concezione per cui gli indicatori della crisi siano gli (unici) strumenti in grado di far ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi.

Lo stesso legislatore, nella Relazione Illustrativa del disegno di legge per la conversione del Dl 118/2021, descrive come molte delle imprese che non saranno in grado di garantire la propria continuità aziendale una volta venute meno le misure emergenziali «*non hanno, ad oggi, idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile*».

Ciò, di fatto, conferma la mancata adozione di quegli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili necessari per fornire al *management* il set informativo funzionale all'emersione tempestiva della crisi, favorendone l'intervento in via preventiva ed evitando la dispersione di valore tangibile e intangibile.

Nel presente contributo, oltre a fornire un quadro generale del test di verifica e della *check list* indicati nel Dm Giustizia del 28 settembre 2021, si cerca di dimostrare come tali strumenti, per quanto ben strutturati e costruiti, rappresentano indubbiamente un utile supporto all'imprenditore per accertare lo stato di difficoltà, tuttavia, non possono rappresentare gli unici strumenti attraverso i quali l'imprenditore accerti la situazione di squilibrio in cui versa in quanto si rende necessaria l'implementazione di adeguati assetti societari che permettano di fornire ulteriori informazioni sull'andamento aziendale, come previsto nell'art. 3 del Codice modificato dal decreto di recepimento della Direttiva Insolvency.

Il test di verifica e la *check list* particolareggiata, infatti, possono diventare efficaci strumenti a supporto dell'imprenditore solo qualora quest'ultimo abbia adottato effettivamente e concretamente un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi del riformato art. 2086, comma 2, del Codice civile che, come accennato, è già entrato in vigore da marzo 2019.

18.1 Il test di auto-diagnosi

Con Dm Giustizia del 28 settembre 2021, alla sezione I, sono state fornite le indicazioni operative sul "*Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento disponibile online*".

Il decreto precisa che il *test* è volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento mediante l'analisi del rapporto tra l'entità del debito oggetto di ristrutturazione e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

suo servizio, depurando i dati da eventi anomali o non ricorrenti (*adjusted*), quali gli effetti provocati dal *lockdown*.

Il *test*, spiega il decreto, non deve essere considerato alla stregua degli indici della crisi, ma è posto a supporto dell'imprenditore per rendere evidente il grado di difficoltà che lo stesso sarà chiamato ad affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità rispetto al passato (*turnaround*) e dalla intensità delle stesse.

Il *test* poggia le sue fondamenta prevalentemente sui dati di flusso a regime che, sulla base delle assunzioni dell'imprenditore, possono corrispondere a quelli correnti o derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che si intendono adottare per ristabilire lo squilibrio in essere.

Il *test* appare un efficace strumento per indurre l'imprenditore a misurare i flussi al servizio dell'indebitamento e il debito che deve essere servito dagli stessi, attraverso la disamina delle grandezze dalle quali essi dipendono. D'altronde, il risanamento necessariamente richiede la crescita dei flussi liberi al servizio del debito – e ancora preliminarmente la redditività dell'impresa – e la riduzione o riscadenziamento dell'esposizione debitoria.

La logica sottostante alla costruzione del *test* pratico è di fatto costituita dal tempo astrattamente occorrente per il rimborso del debito con i flussi che possono essere posti al servizio dello stesso, obbligando così l'imprenditore ad approfondire il cruciale tema della sostenibilità del debito, quale effettivo pilastro della continuità aziendale.

Risulta fondamentale comprendere le determinanti dei flussi e il debito oggetto di ristrutturazione. Il Margine Operativo Lordo, al netto degli investimenti annui di mantenimento e del pagamento delle imposte sul reddito, deve tendere ad un valore positivo, in difetto del quale verrebbe meno l'equilibrio economico. Tale situazione porta l'esperto, oltre che l'imprenditore, a condurre riflessioni in ordine all'esperibilità della cessione dell'azienda ovvero alla praticabilità del risanamento.

La Relazione illustrativa precisa che il *test* di auto-diagnosi è utilizzabile dall'imprenditore anche in via preventiva rispetto al deposito dell'istanza per l'accesso alla composizione negoziata della crisi. La *ratio* dell'introduzione del *test* pratico è, infatti, quella di consentire a ciascuna impresa di verificare la situazione di criticità in cui si trova, nonché l'effettiva perseguibilità del percorso di risanamento. Come si evince nella Relazione illustrativa del disegno di legge, mediante l'inserimento di alcuni dati contabili, ogni impresa è in grado di comprendere «*in modo semplice e rapido, la sostenibilità del debito accumulato tramite i flussi finanziari futuri e dunque la gravità dello squilibrio esistente e la sua eventuale reversibilità*». Secondo il Decreto, il grado di risanamento si ottiene dal quoziente tra A e B, *come esposti nel riquadro a lato*. In merito il Decreto precisa che se l'impresa è prospetticamente in equilibrio economico, ossia presenta a decorrere almeno dal secondo anno flussi annui, di cui a [B], superiori a zero e destinati a replicarsi nel tempo, il grado di difficoltà del risanamento è determinato dal rapporto tra il debito oggetto di ristrutturazione [A] e l'ammontare annuo dei flussi al servizio del debito [B].

Il risultato del rapporto tra [A] e [B] fornisce una prima indicazione di massima:

i. del numero degli anni necessari per l'estinzione della posizione debitoria;
ii. del volume delle esposizioni debitorie che necessitano di ristrutturazione;
iii. dell'entità degli eventuali stralci del debito o conversione in *equity*.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

GRADO DI RISANAMENTO

Entità del debito da ristrutturare (A)
+ Debito scaduto (con separata indicazione di quello iscritto a ruolo)
+ Debito riscadenziato od oggetto di moratoria
+ Linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo
+ Rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi due anni
+ Investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare
- Ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale
- Nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti
- Stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti

I flussi annui al servizio del debito (B)
+ Stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime
- Investimenti di mantenimento annui a regime
- Imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte

Se il rapporto è inferiore all'unità, significa che l'orizzonte temporale per il riequilibrio è rappresentato da 12 mesi. Ciò implica difficoltà contenute e gestibili, che aumentano al crescere del rapporto ma restano tali fino ad un certo livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi intorno ad un valore pari a due. In questa ipotesi, l'orizzonte temporale per il riequilibrio è pari a 24 mesi e l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente a individuare il percorso di risanamento. Pertanto, se i flussi al servizio del debito generati dalla gestione sono sufficienti a consentirne la sostenibilità, la formulazione delle proposte al ceto creditorio può essere effettuata sulla sola base dell'andamento corrente e la redazione del piano d'impresa assume minore rilevanza rispetto a situazioni di maggiore criticità individuate nelle situazioni successive.

Qualora il *TdR* assuma valori superiori a 3 ma inferiori a 4, significa che l'orizzonte temporale per il riequilibrio, considerandolo in termini di numero di mesi, è rappresentato da 25 mesi sino ad un massimo di 48. In tali casi, il percorso di risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare per ripristinare lo squilibrio in essere. In questa ipotesi, assume particolare rilevanza il piano d'impresa, ferma la necessità che l'esperto, nell'esaminare il piano di risanamento, tenga sempre conto di tutte le variabili che vi incidono. La Sezione II del Decreto Dirigenziale propone una *check list* utile per l'impostazione del piano stesso.

Nei casi sopra esposti, le difficoltà aziendali possono ritenersi più contenute qualora l'indebitamento sia concentrato in capo a pochi creditori e/o laddove l'impresa non presenti rilevanti esigenze di effettuare nuovi e ingenti investimenti per sostenere la continuità aziendale.

Qualora il parametro si collochi tra 5 e 6, potremmo dire che l'impresa si trovi in una zona di forte pericolo e si tratta di comprendere se sia percorribile la continuità indiretta poiché in caso contrario difficilmente il risanamento appare conseguibile. Infatti, in questa circostanza l'orizzonte temporale per il riequilibrio è molto esteso sino ad arrivare a 72 mesi. In assenza di specificità, la presenza di un Margine Operativo Lordo prospettico positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda (ipotesi di continuità indiretta).

In questa circostanza, infatti, la gestione aziendale diretta in capo all'imprenditore presumibilmente non può più essere considerata sufficiente ai fini del percorso del risanamento. Si rende, dunque, necessario stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità e ragionevolezza del percorso risanatorio. Solo qualora le risorse realizzabili dalla continuità indiretta siano idonee a supportare l'indebitamento, la composizione negoziata potrà avviarsi al fine di negoziare con i principali creditori l'esposizione complessiva. Una volta avviato l'*iter* della composizione negoziata, l'ipotizzato trasferimento d'azienda potrà dirsi risolutivo solo qualora l'imprenditore sia in grado di perfezionare accordi che consentano la riduzione dell'indebitamento in funzione delle risorse ritraibili da tale trasferimento.

Infatti, in mancanza di tali accordi, il percorso di composizione negoziata della crisi sfocerebbe inevitabilmente verso un esito negativo.

In ultimo, se l'impresa si presenta in disequilibrio economico a regime rinvenibile dall'assenza di flussi reddituali prospettici positivi, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto all' ordinaria gestione dell'impresa. Pertanto, il risanamento potrà essere perseguito soltanto a condizione che si attuino rilevanti iniziative in discontinuità rispetto alla norma conduzione, quali, per esempio, interventi su processi produttivi, modifiche del modello di *business*, dismissioni, cessazione di rami di azienda o aggregazioni con altre imprese. In alternativa, si potrà valutare la continuità indiretta, stimando le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e confrontandole con il debito da servire per comprendere la praticabilità e ragionevolezza del risanamento.

Dunque, in presenza di in disequilibrio economico, secondo il *test* autodiagnostico, non è precluso l'accesso alla composizione negoziata della crisi, tuttavia, si rende senz'altro necessaria una ristrutturazione industriale del modello di *business*, ovvero si persegue l'alternativa della continuità indiretta (*in merito si veda il prospetto riportato a pagina seguente*).

Occorre, infine, precisare che la Sezione I del documento allegato al Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, prevede che l'ammontare dell'indebitamento da collocare al numeratore per il calcolo del *Tdr*, nel caso in cui si ritenga ragionevole ottenere uno stralcio di parte di esso, può essere figurativamente ridotto, ai soli fini della conduzione del *test*, dell'ammontare di tale stralcio.

18.2 La check list particolareggiata

L'art. 3 Dl 118/2021 anticipa la messa a disposizione di una lista di controllo definita "*particolareggiata*", contenente, tra gli altri, indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e l'analisi della sua coerenza.

Il comma secondo del citato art. 3 disciplina il contenuto della piattaforma telematica nazionale, prevedendo che sia resa disponibile una lista di controllo particolareggiata per la redazione dei piani di risanamento, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese. Tale lista di controllo contiene indicazioni pratiche sulla costruzione del piano di risanamento oltre al test di auto- diagnosi.

Il legislatore dispone che il contenuto della piattaforma, la lista di controllo, le indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico siano definiti con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia da adottarsi entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto- legge. Con la messa a disposizione della lista di controllo e del *test*, l'articolo in esame persegue il fine di fornire all'imprenditore strumenti che gli «*consentano una agevole e pratica autovalutazione preventiva in ordine alle possibilità di risanamento dell'impresa e di ottenere indicazioni finalizzate alla redazione del piano di risanamento*».

Il Decreto del 29 settembre 2021, alla Sezione II, fornisce una "*Check list (lista di controllo) par-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ticolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza", strutturata, sotto forma di questionario, in sei paragrafi, per ognuno dei quali sono previste una serie di quesiti e rispettive manovre da adottare, con specifica indicazione del soggetto competente, individuato tra l'imprenditore e l'esperto indipendente. Da un lato, le domande rivolte all'imprenditore sono volte ad acquisire e verificare tutti gli elementi necessari per la redazione di un valido e attendibile piano di risanamento. Dall'altro lato, i quesiti rivolti all'esperto indipendente sono funzionali alla sua successiva attività di verifica circa la coerenza e attuabilità del piano.

PROSPETTO DI SINTESI DEL TDR

Tdr	Classificazione della situazione	Percorso proposto dal Dm
A / B < 1	› orizzonte temporale per il riequilibrio: inferiore a 12 mesi; › difficoltà contenute e gestibili	› nessuna indicazione specifica per il caso
1 < A / B < 2	› orizzonte temporale per il riequilibrio: dai 13 ai 24 mesi; › difficoltà crescenti, ma ancora › contenute	› l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente a individuare il percorso di risanamento; › la redazione del piano d'impresa assume minore rilevanza rispetto a situazioni di maggiore criticità
2 < A / B < 4	› orizzonte temporale per il riequilibrio: dai 25 e 48 mesi; › il percorso di risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare per ripristinare lo squilibrio in essere	› assume particolare rilevanza il piano d'impresa, ferma la necessità che l'esperto, nell'esaminare il piano di risanamento, tenga sempre conto di tutte le variabili che vi incidono; › la Sezione II del Decreto Dirigenziale propone una check list utile per l'impostazione del piano
4 < A / B < 6	› orizzonte temporale per il riequilibrio: dai 49 ai 72 mesi; › la presenza di un Margine Operativo Lordo prospettico positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda	› necessario stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa; › comparazione delle risorse ritraibili con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità e ragionevolezza del percorso di risanamento e adeguatezza a raggiungere un accordo con i creditori
A / B > 6	› disequilibrio economico a regime; › necessarie iniziative in discontinuità rispetto all'ordinaria gestione dell'impresa	› il risanamento potrà essere perseguito soltanto a condizione che si attuino rilevanti iniziative in discontinuità rispetto alla norma conduzione; › valutare la continuità indiretta, stimando le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e confrontandole con il debito da servire per comprendere la praticabilità e ragionevolezza del risanamento e adeguatezza a raggiungere un accordo con i creditori

La *check list* contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e per l'analisi della sua coerenza, intendendosi come recepimento delle *best practices* e non come precetti assoluti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il primo paragrafo verte sul **requisito dell'organizzazione dell'impresa** e si compone dei seguenti quesiti e rispettive misure da adottare:

- l'impresa dispone delle risorse chiave (umane e tecniche) per la conduzione dell'attività? In caso di risposta negativa, deve individuare il modo per procurarsele;
- l'impresa dispone delle competenze tecniche necessarie per le iniziative industriali che l'imprenditore intende adottare? In ipotesi di risposta negativa, deve tenere conto unicamente delle iniziative industriali per le quali sia realisticamente in grado di disporre, eventualmente acquisendole sul mercato, delle competenze tecniche necessarie;
- l'impresa ha predisposto un monitoraggio continuativo dell'andamento aziendale? In ipotesi di risposta negativa, deve quanto meno avere attivato il confronto con i dati circa l'andamento dell'esercizio precedente, in termini di ricavi, portafogli ordini, costi e PFN;
- l'impresa è in grado di stimare l'andamento gestionale anche ricorrendo ad indicatori chiave gestionali (*Key Performance Indicators*) che consentano rapide valutazioni costantemente? In caso di risposta negativa, deve individuare gli indicatori di produttività coerenti con il proprio *business model* e il proprio settore di attività, e raccogliere le ulteriori informazioni per la valutazione dell'andamento tendenziale;
- l'impresa dispone di un piano di cassa a sei mesi? In caso negativo, deve predisporre un prospetto delle stime delle entrate e delle uscite finanziare almeno a 13 settimane (*thirteen week cash flow*), il cui scostamento con l'andamento corrente dovrà essere valutato a consuntivo per l'adozione delle opportune manovre correttive.

Per quanto concerne la **rilevazione della situazione contabile e dell'andamento aziendale corrente**, la *check list* si articola nei punti di seguito sintetizzati:

- l'impresa dispone di una situazione contabile integrata con le rettifiche di competenza e gli assestamenti di chiusura quanto più possibile aggiornata e comunque non anteriore di oltre centoventi giorni? In caso di risposta negativa, deve redigerla in quanto costituisce il presupposto necessario per la predisposizione del piano di risanamento;
- la situazione debitoria è completa ed affidabile? Il valore contabile dei cespiti non è superiore al maggiore tra il valore recuperabile e quelli di mercato? In mancanza, l'impresa deve appostare con prudenza adeguati fondi rischi e fondi per l'adeguamento delle attività e delle passività iscritte a bilancio;
- è disponibile un prospetto che riporti l'anzianità dei crediti commerciali e le cause del ritardo di incasso tale da consentire una valutazione oggettiva dei rischi di perdite sui crediti e una stima prudente dei tempi di incasso? In difetto, l'impresa deve provvedere alla redazione del prospetto, che può essere rappresentato da uno scadenziario dettagliato. Per gli scaduti che superano la fisiologia (tempi ordinari di pagamento, pur oltre la scadenza contrattuale, che caratterizzano il settore) occorre che la stima del momento dell'incasso sia particolarmente prudente;
- è disponibile un prospetto che indichi le rimanenze di magazzino con i tempi di movimentazione tale da consentire di individuare le giacenze oggetto di lenta rotazione? In caso di risposta negativa, l'impresa deve isolare le giacenze di magazzino a lenta rotazione per consentire una stima corretta degli approvvigionamenti necessari per garantire la continuità;
- i debiti risultanti dalla contabilità sono riconciliati con quanto risultante dal certificato unico dei debiti tributari, dalla situazione debitoria complessiva dell'Agente della Riscossione, dal certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi e dall'estratto della Centrale

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Rischi? In caso di risposta negativa, l'impresa deve individuare le cause delle differenze significative;

› l'esperto ha valutato che l'organo di controllo ed il revisore legale, quando in carica, dispongano di informazioni in base alle quali la situazione contabile aggiornata risulti inaffidabile o inadeguata per la redazione di un piano affidabile? In caso di accertata situazione contabile inadeguata, occorre che l'imprenditore rimuova le criticità quanto meno con l'appostazione di passività ulteriori o rettificando i flussi economico-finanziari attesi;
› sono disponibili informazioni sull'andamento corrente in termini di ricavi, portafoglio ordini, costi e flussi finanziari? È disponibile un confronto con lo stesso periodo dell'esercizio precedente? In caso contrario, l'impresa deve provvedere a procurarsi tali informazioni.

Il terzo paragrafo della *check list* verte, invece, sulla **individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi** e si articola come di seguito:

› perché l'imprenditore ha percepito uno stato di crisi o uno squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rende probabile? Quali sono le manifestazioni esteriori di tale stato?
› individuazione delle cause dello stato di crisi o di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario e delle manifestazioni esteriori di tale stato;
› l'organo di controllo ed il revisore, qualora in carica, ritengono che il quadro fornito dall'imprenditore sia completo e adeguato?
› individuazione delle strategie di intervento e delle iniziative industriali che l'imprenditore intende adottare;
› analisi circa la sussistenza in azienda delle capacità e delle competenze manageriali per realizzare le iniziative industriali;
› analisi sui i tempi e i relativi effetti in termini di ricavi, di costi e di investimenti delle iniziative da adottare e sulle relative funzioni aziendali responsabili;
› individuazione di eventuali prospettabili iniziative alternative nel caso in cui le iniziative dovessero dimostrarsi inefficaci e si manifestassero scostamenti tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti;
› verifica della coerenza del piano redatto rispetto a quelli precedentemente costruiti e identificazione delle ragioni sottostanti ad eventuali differenze;
› analisi sulla affidabilità del piano: è fondato su intenzioni strategiche chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera? Le strategie di intervento e le iniziative industriali individuate dall'imprenditore appaiono appropriate per il superamento delle cause della crisi? E in caso contrario quali sarebbero quelle da adottare?

In seguito, la *check list* analizza la **stima delle proiezioni future dei flussi di cassa**:

› identificazione delle fasi per la stima dei flussi finanziari (ricavi, costi variabili, costi fissi, investimenti, iniziative industriali in discontinuità, verifica di coerenza dei dati economici prognostici, stima imposizione fiscale, declinazione patrimoniale e finanziaria delle grandezze economiche);
› copertura delle proiezioni pari ad almeno cinque anni;
› verifica di coerenza dei ricavi rispetto agli esercizi precedenti;
› identificazione dei risparmi in termini di costi variabili e fissi e definizione dei rischi ad essi connessi;
› stima dei costi e ricavi per *Business Units*, se presenti più di una;
› identificazione degli investimenti di mantenimento;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- stima, da parte dell'esperto, della coerenza degli effetti delle iniziative industriali che l'imprenditore intende intraprendere (in termini di investimenti, ricavi e costi) rispetto alle informazioni disponibili ed è ritenuta giustificata dalle diverse funzioni aziendali;
- verifica, da parte dell'esperto, di ragionevolezza della redditività prospettica quale risulta dai paragrafi precedenti;
- stima di eventuali dismissioni di cespiti;
- stima della determinazione dei flussi di cassa a servizio dell'indebitamento.

Per quanto concerne

il **risanamento della posizione debitoria**, la *check list* suggerisce di concentrarsi sui seguenti aspetti:

- l'impresa è in grado in futuro di generare risorse al servizio del debito ed il risultato delle proiezioni finanziarie tende ad essere positivo?
- il piano tiene conto, anche attraverso analisi di sensitività e stress test, dei fattori di rischio e di incertezza ai quali è maggiormente esposta l'impresa?
- la generazione di flussi positivi al servizio del debito dipende solo dalle iniziative industriali?
- a quanto ammonta il debito (debito scaduto, debito già riscadenzato o differito, debito interessato da moratoria *ex lege*, linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo, rate di mutuo e finanziamenti in scadenza) che deve essere servito nei singoli anni del piano?
- come l'imprenditore intende fronteggiare il debito che deve essere coperto nei diversi anni attraverso i flussi al servizio dello stesso? (es. nuovi riscadenzamenti o dilazione di una parte del debito pendente, stralcio di parte del debito, conversione del debito in *equity* o in strumenti finanziari partecipativi (SFP), nuove linee di credito, nuovi aumenti di capitale sociale);
- le proposte di risanamento consentono, in via prognostica, il rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo, fatte salve le disposizioni speciali?

Infine, l'ultimo paragrafo è dedicato ai **gruppi di impresa**, per i quali è altresì prevista una norma *ad hoc* nel Dl 118/2021 (art. 13):

- il piano è redatto per le singole imprese appartenenti al gruppo come definito nel Dl 118/2021?
- il piano dà evidenza dei rapporti economici, finanziari e patrimoniali infragruppo?
- vi sono altre imprese del gruppo che presentano difficoltà economico-finanziarie o patrimoniali? Come si intende agire per affrontarle?
- quali sono le altre imprese del gruppo la cui continuità aziendale dipende da quella dell'impresa?
- le operazioni infragruppo previste nel piano possono arrecare un pregiudizio per i creditori di un'altra impresa del gruppo?

In conclusione, attraverso le indicazioni contenute nella *check list* particolareggiata l'imprenditore che intende accedere alla composizione negoziata, prima ancora di richiedere la nomina dell'esperto, può, anzi è auspicabile, cimentarsi nella redazione di un piano del quale può verificare da solo l'affidabilità, riempiendo di contenuto i quesiti contenuti nella lista di controllo.

L'esperto interverrebbe, operativamente, solo in un momento successivo quando esamina il piano con l'imprenditore, soffermandosi sulle risposte date da quest'ultimo alla lista di controllo. Qualora da esse emergano incoerenze o contraddittorietà, lo rappresenterà all'imprenditore ed ai suoi professionisti, chiedendo l'adozione di manovre correttive attraverso i necessari approfondimenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

18.3 Il test, la check list e gli adeguati assetti societari: un connubio imprescindibile

I vari interventi legislativi che si sono susseguiti a seguito dello scoppio della pandemia da Covid- 19 hanno da ultimo stabilito, con il Dl 30 aprile 2022, n. 36, l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14) al 15 luglio 2022. Non va, tuttavia, dimenticato che tra le norme contenute nel Codice dalla crisi, e già entrate in vigore dal 16 marzo 2019, vi è quella che ha previsto l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 Cc, volta ad assicurare l'adeguatezza dei modelli organizzativi e gestionali delle imprese rispetto alla rilevazione tempestiva della crisi e alla salvaguardia della continuità aziendale.

L'art. 375, secondo comma, del Codice della crisi oltre a mutare la rubrica dell'art. 2086, Cc, lo ha integrato con un comma secondo, ai sensi del quale «*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 di 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*».

Con il Codice della crisi, mediante la pocanzi citata integrazione al Codice civile, la nozione di adeguati assetti, peraltro già presente nell'ordinamento civilistico a seguito della riforma del diritto societario del 2003 per le sole Spa (prima della riforma del Codice della crisi) – in forza del combinato disposto di cui agli artt. 2381 e 2403, Cc, assurge ora a paradigma comune a tutti i tipi societari.

Questo allargamento dell'obbligo di dotarsi di adeguati assetti a tutti gli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva, fa emergere in modo rilevante la necessità di una crescita, *in primis*, culturale da provocare ai vari livelli della struttura organizzativa delle imprese italiane, in particolare di quelle di piccole e medie dimensioni.

Come anticipato, da un lato, le norme del Codice della crisi troveranno applicazione a partire da luglio 2022 (l'originaria entrata in vigore era fissata al 16 agosto 2020), dall'altro lato, le norme che incidono sul Codice civile, e più specificatamente la modifica apportata all'art. 2086, sono già in vigore da oltre due anni. Tuttavia, operativamente, si assiste frequentemente a realtà imprenditoriali, anche di indubbia capacità gestionale, che associano l'entrata in vigore dell'obbligo di dotarsi di adeguati assetti con quella di altre disposizioni contenute nel Codice della crisi, generando non poche criticità e conseguente scarsa implementazione di modelli organizzativi e gestionali.

Nonostante l'entrata in vigore anticipata del secondo comma dell'art. 2086 Cc rispetto al *corpus* normativo sulla crisi d'impresa, già prima dello scoppio della pandemia da Covid-19, scarsa attenzione era stata posta sull'implementazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Infatti, molte attenzioni del mondo imprenditoriale, oltre che di quello professionale, sono state dedicate agli indici e indicatori della crisi, da concepirsi quali strumenti in grado di far ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa e favorire il rispetto degli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15 del Codice della crisi prima delle modifiche apportate dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83. In realtà, tuttavia, il sistema portante della rilevazione tempestiva della crisi è rappresentato proprio dall'implementazione di adeguati assetti gestionali, di cui gli indici della crisi ne rappresentano soltanto una piccola componente di un complesso di procedure e protocolli molto più articolato e completo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, è soltanto con la corretta implementazione degli assetti gestionali che l'imprenditore è in grado di produrre e disporre di quell'insieme di informazioni che gli consentono, tra le altre, di rilevare tempestivamente la crisi e, altrettanto prontamente, di attivarsi per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero del *going concern*.

Ora, i reiterati slittamenti della definitiva entrata in vigore del Codice della crisi potrebbero consentire alle imprese di concentrarsi sull'implementazione degli adeguati assetti, concretizzando il cambio culturale tanto auspicato dal legislatore e abbandonando la concezione per cui gli indicatori della crisi siano gli (unici) strumenti in grado di far ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa.

Ecco che in questo contesto si inserisce la nuova procedura di composizione negoziata della crisi nonché il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021, che, tra le altre, fornisce indicazioni operative circa il "*Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento disponibile online*" e una "*Check list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza*", esaminate sinteticamente nelle pagine precedenti.

A parere di chi scrive, tanto il test quanto la *check list* rappresentano strumenti, oltre che ben strutturati e ideati, di importante utilità pratica per gli imprenditori ai fini della verifica dello stato di salute delle proprie imprese, nonché alla individuazione di eventuali squilibri patrimoniali o economico- finanziari. La composizione negoziata può, infatti, costituire un efficace stimolo all'adozione di adeguati presidi, in quanto il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021 dalla stessa previsto, ha fornito indicazioni puntuali che consentono di definire con un certo grado di efficacia il contenuto degli assetti organizzativi.

Tuttavia, a parere degli scriventi, senza l'adozione e l'effettiva implementazione degli adeguati assetti societari, quali pilastri portanti di una corretta gestione dell'impresa, difficilmente il test e la *check list* possono svolgere un ruolo di efficace supporto alla gestione dell'impresa e alla rilevazione della crisi. La Relazione illustrativa al Dl 118/2021 indica che mediante l'inserimento di alcuni dati contabili, ogni impresa è in grado di comprendere «*in modo semplice e rapido, la sostenibilità del debito accumulato tramite i flussi finanziari futuri e dunque la gravità dello squilibrio esistente e la sua eventuale reversibilità*». Ciò, tuttavia, potrebbe rischiare standardizzare eccessivamente la valutazione dello stato di salute.

Ciò non significa che tali strumenti non possano costituire un utile supporto all'imprenditore per verificare il proprio stato di difficoltà, bensì devono essere accompagnati da quegli adeguati assetti gestionali che consentono una corretta gestione dell'impresa, in ossequio a quanto previsto dalle norme civilistiche.

Pertanto, tanto il *test* di auto diagnosi quanto la *check list* particolareggiata devono essere messi al servizio degli adeguati assetti societari e, al contrario, non devono assolutamente rappresentare uno spunto affinché l'imprenditore si limiti ad eseguire il *test* di auto diagnosi senza l'adozione (preventiva) di adeguati assetti gestionali.

Il decreto legislativo recante modifiche al Codice in recepimento della direttiva unionale rende ancora più evidente il connubio imprescindibile tra lista di controllo, test e adeguati assetti *ex* art. 2086, co. 2, Codice civile.

Infatti, il nuovo art. 3 del Codice della crisi consente di dare contenuto sostanziale alla definizione di adeguati assetti, fornendo utili indicazioni per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà. In particolare, la norma prevede che gli adeguati assetti devono consentire,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tra gli altri, di *"ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui al comma 2 dell'art. 3".*

Inoltre, il decreto recante modifiche al Codice della crisi ha previsto che tra la documentazione che l'imprenditore deve depositare ai fini della richiesta di nomina dell'esperto per la composizione negoziata, vi sia anche *"un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2".* Anche alla luce dei primi provvedimenti di revoca o conferma delle misure protettive e cautelari, l'intervento del legislatore appare rilevante e conferma l'importanza dell'esistenza di adeguati assetti, anche ai fini del buon esito della composizione negoziata. Il progetto di piano di risanamento viene definito dalla Relazione Illustrativa come un'ipotesi di come l'imprenditore intende perseguire il proprio risanamento e costituisce una precisazione *"coerente con la celerità che deve caratterizzare la composizione negoziata e con la sua natura (non di procedura ma di percorso di negoziazione aperto solo se vi è una reale e concreta ipotesi di risanamento) oltre che con la funzione dell'esperto (che affianca il debitore e lo consiglia ma non si sostituisce a lui nella ideazione delle ipotesi di risanamento)".*

Tra l'altro, il riferimento contenuto nel punto b) dell'art. 5 del Dl 118/2021, che corrisponde all'art. 17 del nuovo Codice della crisi, aiuta a comprendere la complessità della documentazione richiesta per accedere alla nuova procedura; documentazione che non può essere altro che il risultato di un adeguato assetto amministrativo e contabile. Tale disposizione, infatti, prevede la presentazione di "*una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende* come ben costruiti e redatti, possono certamente rappresentare uno spunto di approfondimento all'analisi dello stato di salute dell'impresa, daintegrare, in modo imprescindibile, con dell'adozione degli adeguati assetti, gli unici in grado di produrre e mettere a disposizione dell'imprenditore quell'insieme di informazioni che gli consentono, tra le altre, di rilevare tempestivamente la crisi e, altrettanto prontamente, di attivarsi per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero del *going concern*.

Infatti, la predisposizione di flussi informativi che consentano di alimentare il *test* in coerenza con la *check list* particolareggiata costituisce evidentemente il presupposto per l'adozione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa, nonché il presupposto per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale, tra i quali rientra indubbiamente anche il nuovo *iter* della composizione negoziata.

Pertanto, è indubbio come l'impresa per essere in grado di condurre l'esercizio del *test* di praticabilità e per redigere un piano di risanamento nel rispetto della lista di controllo dovrà aver preliminarmente organizzato processi interni atti a raccogliere, valutare ed impiegare le informazioni per rispondere adeguatamente ai quesiti della lista di controllo.

Allo stesso modo, anche ai fini della corretta effettuazione del *test* pratico per la verifica della sostenibilità dell'indebitamento, occorre che l'impresa sia in grado di elaborare un piano economico- finanziario e patrimoniale; ciò presuppone che l'impresa si sia dotata di adeguati presidi gestionali, come previsto del secondo comma dell'art. 2086 Cc. Infatti, il piano, quale componente dell'assetto amministrativo e contabile adeguato, costituisce il documento base su cui fondare le valutazioni circa lo stato di pre- crisi, di crisi o di insolvenza (reversibile o irreversibile), in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

quanto è nel suo sviluppo che si può prospettare la sostenibilità dell'indebitamento oggetto di ristrutturazione[1].

Pare, infine, doveroso evidenziare come tra le prime pronunce in merito alla composizione negoziata della crisi d'impresa, il Tribunale di Viterbo, chiamato ad esprimersi circa la conferma delle misure protettive e cautelari *ex* artt. 6 e 7 del Dl 118/2021, abbia fatto espresso riferimento al dovere di cui al secondo comma dell'art. 2086 del Codice civile. In particolare, i giudici di merito, che hanno deciso per la revoca delle misure protettive e cautelari, evidenziano come il piano depositato dalla ricorrente non appaia idoneo ad assurgere alla sua funzione in quanto non contiene alcuna esplicitazione delle modalità di risoluzione della crisi ovvero di gestione finanziaria dell'impresa, consistendo in una mera tabella senza alcun commento o asserzione, rubricata "piano finanziario a sei mesi". Il Tribunale evidenzia altresì che l'imprenditore ha continuato ad esercitare l'attività d'impresa senza provvedere ad un concreto risanamento. Precisano i giudici che, in una siffatta situazione, in assenza di correttivi tempestivi, l'imprenditore avrebbe dovuto provvedere a depositare ricorso per il proprio fallimento non potendo continuare l'attività in danno dei propri creditori. Conclude il Tribunale evidenziando come l'imprenditore non "*si sia dotato di adeguati assetti organizzativi e che la gestione sociale* [non] *sia stata improntata alla sana gestione*".

In conclusione, stante anche il mancato spossessamento del patrimonio e la prosecuzione dell'impresa in capo all'imprenditore entrato in composizione negoziata, il *test* di auto diagnosi e la *check list*, che iniziano a dare concretezza a concetti prima più astratti, devono essere messo al servizio degli adeguati assetti societari e solo in questo modo l'imprenditore sarà posto nelle condizioni di valutare correttamente il proprio stato di salute e individuare il percorso di risoluzione della crisi più adeguato alla specifica gravità della situazione in cui versa.

1 Per completezza si segnala come la Sezione I dell'allegato al Decreto Dirigenziale prevede la possibilità di svolgere un "test preliminare" anche nelle situazioni in cui l'impresa non disponga ancora di un piano. Tale evenienza viene, tuttavia, espressamente connotata da caratteri di transitorietà, poiché il documento pone l'enfasi sulla necessità di ricorrere a proiezioni robuste e basate su ipotesi ragionevoli. Soltanto nel caso in cui l'impresa non disponga di un piano, al solo fine di accedere al test, le grandezze che dovranno essere considerate sono l'indebitamento e l'andamento economico attuale, depurando quest'ultimo da eventi non ricorrenti (quindi attuando le opportune normalizzazioni).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 19

I rapporti di lavoro nella composizione negoziata

Gabriele Fava

SOMMARIO: 19.1 L'esclusione dei diritti di credito dei lavoratori dalle misure protettive del patrimonio dell'imprenditore – 19.2 La disciplina sul trasferimento d'azienda ex art. 2112 Cc – 19.3 La disciplina di informazione e consultazione sindacale – 19.4 Osservazioni conclusive

Il decreto-legge 118/2021 (convertito dalla legge 147/2021), introducendo l'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, si è preoccupato di disciplinare l'impatto della procedura sui rapporti di lavoro subordinato dei lavoratori interessati, introducendo una serie di disposizioni *ad hoc* con il chiaro intento di tutelarne l'incisività nell'ambito della gestione della forza lavoro.

Successivamente, le disposizioni contenute nel decreto legge sopra richiamato sono confluite all'interno del Codice della Crisi d'Impresa (Dlgs 14/2019).

La novella legislativa, tuttavia, ha finito per apportare alcuni parziali correttivi che, di fatto, non hanno inficiato la disciplina in precedenza delineata dal decreto legge 118/2021.

Di seguito, si fornisce un'analisi – non senza evidenziarne pregi e difetti – delle disposizioni in materia di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ed impattanti sui rapporti di lavoro facenti capo all'imprenditore (commerciale o agricolo) che, trovandosi in condizioni di squilibrio- patrimoniale o economico- finanziario che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza, decida di attivare la procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa.

19.1 L'esclusione dei diritti di credito dei lavoratori dalle misure protettive del patrimonio dell'imprenditore

L'articolo 18 del Codice della Crisi d'Impresa detta alcune misure protettive a cui l'imprenditore può avere accesso, una volta attivata la composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa.

La *ratio* sottesa a tali misure consta nell'accordare all'imprenditore un lasso temporale durante il quale lo stesso risulti protetto da aggressioni al proprio patrimonio da parte dei creditori, col chiaro intento di non pregiudicare la ricerca di una soluzione che consenta la prosecuzione dell'attività aziendale. Nello specifico, dette misure protettive consistono nella mancata acqui-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sizione – da parte dei creditori e a partire dal giorno della pubblicazione dell'istanza di misure protettive nel registro delle imprese – di diritti di prelazione (a meno che concordati con l'imprenditore) nonché nell'impossibilità di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore o sui beni e i diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa, salvo eventuali pagamenti spontanei da parte dell'imprenditore stesso.

Orbene, il comma 3 dell'articolo 18 del Dlgs 14/2019, precisa che sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori. Detta disposizione – senza dubbio apprezzabile – si pone in linea con quanto già disposto dall'articolo 6, paragrafo 5, Direttiva Ue n. 2019/1023/Ue (c.d. Direttiva *Insolvency*) nella quale si stabilisce – nel quadro delle misure di ristrutturazione preventiva – l'esclusione dei diritti dei lavoratori dalla sospensione delle azioni esecutive individuali. A dire il vero, la disciplina della composizione negoziata della crisi introduce regole maggiormente restrittive rispetto a quanto dettato dal legislatore comunitario; infatti, quest'ultimo ammette una deroga al principio dell'esclusione dei crediti dei lavoratori dalla sospensione delle azioni esecutive individuali laddove il pagamento dei diritti dei lavoratori sia garantito – nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva – con un livello di tutela analogo – deroga, al contrario, non contemplata dalla normativa in esame.

19.2 La disciplina sul trasferimento d'azienda ex art. 2112 Cc

L'articolo 22, comma 1, Dlgs 14/2019 elenca le autorizzazioni che il Tribunale può concedere all'imprenditore nel corso della procedura, tra le quali figura la possibilità di trasferire in qualunque forma l'azienda – o uno o più dei suoi rami – in deroga alla regola generale di cui all'articolo 2560, comma 2, Cc, ai sensi della quale l'acquirente risponde dei debiti del cedente quando tali debiti risultino dai libri contabili. La disposizione in commento si preoccupa di precisare che rimane ferma la disciplina dei rapporti di lavoro e dei crediti dei lavoratori di cui all'articolo 2112 Cc, secondo cui il cedente e il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al momento del trasferimento, ferma restando la possibilità per il lavoratore, con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 Cpc, di acconsentire alla liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

A differenza della disciplina *ab origine* introdotta dal decreto legge 118/2021, il Codice della Crisi d'Impresa impone al Tribunale di verificare il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente

Dunque, a fronte dell'effetto salvifico delle disposizioni di cui all'art. 2112 Cc, non risultano invocabili le possibilità di deroga all'art. 2112 Cc delineate dall'art. 47, comma 4 *bis*, legge 428/1990, il quale, nell'ambito dell'accordo raggiunto con le organizzazioni sindacali per la salvaguardia dell'occupazione, ammette la possibilità di deroga all'art. 2112 Cc limitatamente all'assetto economico-normativo in precedenza acquisito dal personale interessato, anche in *peius*, ferma restando la continuità del rapporto di lavoro (principio, tra l'altro, di recente ribadito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 10415 del 1° giugno 2020).

Inoltre, l'articolo 17, comma 5 prevede la possibilità per l'esperto, nel corso delle trattative, di invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute, prevedendo altresì la collaborazione tra le parti al fine di rideterminare il contenuto del contrat-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

to o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni. Si segnala che, in origine, il decreto legge 118/2021 – alla luce del periodo storico in cui lo stesso è stato emanato – prevedeva tale possibilità solo nel caso in cui la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Covid- 19, escludendo, tra l'altro, le prestazioni oggetto di contratti di lavoro da tale opportunità.

19.3 La disciplina di informazione e consultazione sindacale

Senza dubbio, la disposizione maggiormente degna di nota in tema di rapporti di lavoro nell'ambito del procedimento di composizione negoziata della crisi è quella di cui all'articolo 4, comma 3, del Codice della Crisi d'Impresa, la quale regola le modalità di informazione dei lavoratori nell'ambito della procedura. Nello specifico, in ossequio alla direttiva (Ue) 2019/1023 (e alla direttiva 2002/14/Ce dalla prima richiamata) viene introdotta una particolare disciplina di informazione e consultazione sindacale qualora:

a. nel corso della composizione negoziata della crisi siano assunte "*rilevanti determinazioni ... che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni*";
b. non siano previste dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), Dlgs 25/2007, diverse procedure di informazione e consultazione.

In presenza di entrambi i presupposti di cui sopra, il datore di lavoro – il quale occupi complessivamente più di 15 dipendenti – prima dell'adozione delle misure – è tenuto ad informare i soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, legge 428/1990, ovvero RSU, RSA e i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo nelle imprese interessate dalla procedura (in mancanza delle predette rappresentanze aziendali, destinatari dell'informazione sono i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi). L'informazione deve essere resa in forma scritta, anche tramite posta elettronica certificata. Entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa, i soggetti sindacali possono chiedere all'imprenditore un incontro, cui fa seguito la consultazione il cui inizio è previsto entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza. La consultazione si intende esaurita, salvo diverso accordo tra i partecipanti, decorsi dieci giorni dal suo inizio e si svolge con la partecipazione dell'esperto e con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa. Della consultazione è redatto sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dall'esperto; tale ultima precisazione si collega al disposto dell'articolo 25 *ter*, comma 5, in tema di compenso dell'esperto, che prevede che a quest'ultimo spetti il compenso di euro 100,00 per ogni ora di presenza "*risultante dai rapporti redatti ai sensi dell'articolo 16, comma 8*". La norma solleva non pochi interrogativi di carattere pratico a partire dal corretto inquadramento delle "*rilevanti determinazioni ... che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori*". Orbene, a prescindere dal riferimento del tutto generico, la norma sembrerebbe fare riferimento ad istituti già disciplinati sia dalla legge sia dalla contrattazione collettiva (solo nazionale – e non anche aziendale – in virtù del richiamo operato all'articolo 2, comma 1, lettera g), Dlgs 25/2007) in riferimento ai quali sono già previste "*diverse procedure di informazione e consultazione*" con conseguente disapplicazione della procedura di informazione e consultazione ivi prevista. Si pensi, ad esempio, al trasferimento d'azienda (articolo 47, legge 428/1990), ai licenziamenti collettivi (articoli 4 e 24, legge 223/1991), agli accordi di prossimità oppure, in alcuni CCNL, alla

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rimodulazione dell'orario di lavoro. È evidente, pertanto, come l'ambito applicativo della norma risulti pressoché residuale stante la presenza nell'ordinamento di diverse procedure di informazione e consultazione sindacale dirette ad intervenire in caso di vicende all'interno dell'impresa in grado di influire sui rapporti di lavoro. A ciò si aggiunga come l'espressione "*rilevanti determinazioni*" pecchi per eccessiva genericità tanto da rendere il perimetro applicativo della norma labile ed incerto, così come l'espressione "*pluralità di lavoratori*", non ancorata a precisi riferimenti numerici e, pertanto, passibile di differenti interpretazioni. Il rischio evidente – come già osservato da parte di alcuni commentatori e che si ritiene qui di condividere ampiamente – è che i sindacati pongano in essere un utilizzo strumentale di detta procedura, forzandone l'applicazione ogniqualvolta abbiano intenzione di prendere posizione in merito ad una decisione datoriale poco gradita.

Profili di criticità si rinvengono altresì con riferimento agli esiti della consultazione sindacale, sui quali la norma tace completamente. Dal tenore letterale della norma sembrerebbe perlopiù trattarsi di una consultazione sindacale fine a sé stessa, non postulando il dettato normativo la necessità del raggiungimento di un accordo. È evidente, pertanto, come, su questo punto, la norma lasci aperti notevoli spazi per futuri ed eventuali contenziosi tra le parti sociali e il datore di lavoro qualora quest'ultimo assuma determinazioni contrarie rispetto a quanto emerso in sede di consultazione sindacale.

19.4 Osservazioni conclusive

È ancora troppo presto per capire se il procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa potrà avere gli effetti sperati al fine di fronteggiare situazioni di crisi d'impresa e favorire la ristrutturazione e il risanamento aziendale. Senza dubbio, prima di giungere ad affrettate conclusioni, sarà necessario monitorare gli esiti dell'utilizzo di tale strumento nei mesi a venire per comprendere se potrà rappresentare un'opportunità di ripartenza per le imprese. Per quanto riguarda i profili giuslavoristici di detta procedura, sicuramente risulta lodevole il fatto che le misure ivi previste si pongano la preoccupazione di disciplinare i riflessi sui rapporti di lavoro subordinato dei lavoratori coinvolti, atteggiamento non del tutto scontato. Tuttavia, dal tenore letterale della norma appare lecito porsi qualche perplessità circa la procedura di informazione e consultazione sindacale tra datore di lavoro e parti sindacali i cui contorni applicativi – così come allo stato previsti – rischierebbero di rendere maggiormente gravosa l'iniziativa imprenditoriale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 20

I primi provvedimenti sulla composizione negoziata della crisi

Trib. Palermo, 29 novembre 2021

Improcedibilità del procedimento per la dichiarazione di fallimento e richiesta di misure protettive

Nessun rilievo, ai fini della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, può darsi alla sola circostanza che la società debitrice abbia proposto istanza per la nomina dell'esperto. Invero, ai sensi dell'art. 6, comma 4, la preclusione alla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento scatta unicamente quando l'imprenditore abbia chiesto l'applicazione di misure protettive del patrimonio e, segnatamente, dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza stessa unitamente all'accettazione dell'esperto, fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi. Facendo, pertanto, rituale applicazione del quarto comma dell'art. 6 del Dl 118/2021, a fronte della sola istanza di nomina dell'esperto, il Tribunale dichiarava il fallimento della società.

Trib. Brescia, 2 dicembre 2021

Pubblicazione congiunta nel Registro delle Imprese sia dell'istanza di applicazione delle misure sia dell'accettazione dell'esperto

Il debitore, dopo avere presentato una domanda di concordato in bianco e dopo avervi rinunciato, presenta istanza di composizione negoziata della crisi, chiedendo la conferma delle misure protettive individuate nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione nonché di avviare o proseguire azioni esecutive e cautelari, e nell'inibitoria alla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento fino alla conclusione delle trattative. Il Tribunale statuisce che con: (i) la domanda di nomina dell'esperto o con successiva istanza, può chiedere l'applicazione di misure protettive le quali, da un lato, possono consistere nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore nonché di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari tanto sul suo patrimonio quanto sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa; (ii) le misure protettive "scattano" dal giorno della pubblicazione dell'istanza medesima, unitamente all'accettazione dell'esperto, nel registro delle imprese; (iii) affinché le misure protettive si consolidino è necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria alla quale l'imprenditore già "schermato" ha l'onere di rivolgersi con ricorso depositato lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto chiedendo la conferma o la modifica delle misure protettive, restando preclusa *ex lege* una dichiarazione di fallimento sino al completamento del percorso di composizione negoziata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Trib. Treviso, 22 dicembre 2021

Finanziamenti prededucibili

La mancata nomina dell'esperto non è condizione ostativa all'autorizzazione *ex* art. 10 Dl 118/2021 in favore dell'impresa a contrarre finanziamenti prededucibili. Infatti, diversamente dall'art. 7, che richiede espressamente l'accettazione dell'esperto per la conferma delle misure cautelari e protettive, l'art. 10 si limita a prescrivere una verifica di funzionalità dell'atto rispetto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori.

Trib. Roma, 24 dicembre 2021

Notifica del ricorso di conferma delle misure protettive e cautelari

Il ricorso volto ad ottenere la conferma delle misure protettive e cautelari deve essere notificato, a cura della parte ricorrente, unitamente al provvedimento di fissazione dell'udienza:

- all'esperto;
- ai creditori, diversi dai lavoratori, che abbiano promosso procedure esecutive o cautelari nei suoi confronti, o siano intervenuti nei relativi procedimenti;
- agli eventuali destinatari di specifiche misure cautelari formanti oggetto del presente procedimento.

La notifica deve eseguirsi:

- mediante strumenti telematici all'indirizzo di posta elettronica certificata se disponibile;
- nel caso la PEC non sia disponibile, all'indirizzo di posta elettronica non certificata per il quale sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
- nel caso in cui l'utilizzo delle suddette forme sia impossibile, mediante le forme previste dagli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile.

Trib. Milano, 28 dicembre 2021

Misure protettive e assegnazione del termine per ulteriore deposito in caso di carenza documentale

In ordine alle eventuali integrazioni documentali prodotte a corredo della richiesta di conferma delle misure protettive *ex* artt. 6 e 7 Dl 118/2021, i giudici di merito hanno rilevato che, qualora le allegazioni documentali prodotte dal debitore siano carenti, fa capo al Tribunale, nel fissare l'udienza, l'esercizio del potere-dovere di ottenere l'integrazione documentale, assegnando all'uopo all'imprenditore un termine per l'ulteriore deposito. Ciò è giustificato, non solo dall'evidente favor legislativo per la composizione, ma dall'applicabilità analogica dei principi di cui all'art. 162, comma 1, L.Fall. e all'art. 9, comma 3 ter, legge 3/2012.

Trib. Firenze 29 dicembre 2021

Misure protettive e piano di risanamento in corso di costruzione

Ai fini della conferma delle misure protettive richieste dall'imprenditore, qualora le trattative non siano state ancora compiutamente avviate, ma siano in procinto di esserlo, e/o il piano di risanamento sia in costruzione, ma sia stato già depositato un previsionale/budget per i successivi tre anni, è sufficiente che dal parere reso dall'esperto, il quale ha preventivamente preso contatto con l'organo di controllo della debitrice, emergano l'affi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dabilità e la correttezza della situazione contabile aggiornata allegata all'istanza di nomina, la completezza del quadro fornito dall'imprenditore nonché l'adeguatezza dell'assetto amministrativo della società.

Trib. Milano, 17 gennaio 2022

R***equisiti delle misure protettive***

Le misure protettive possono essere confermate qualora, sentito l'esperto in contraddittorio con i soli creditori concretamente incisi dalle stesse, il Tribunale reputi, in base alle motivate dichiarazioni del predetto, l'esistenza di una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento (fumus boni iuris), valutando, altresì, le misure come funzionali ad assicurare tale risultato (periculum in mora). Sono confermabili, in particolare, le misure selettivamente mirate a inertizzare le azioni esecutive che abbiano attinto le somme presenti in conti correnti bancari facenti capo all'impresa, ove i pignoramenti impediscano l'operatività aziendale, precludendo le disponibilità di risorse liquide, e vanifichino il rispetto della par condicio creditorum e gli esiti della composizione negoziata. In tale ipotesi, i creditori incisi non possono opporsi alla conferma semplicemente adducendo l'inadempimento di pregressi accordi transattivi da parte dell'imprenditore, resosi inadempiente in relazione al pagamento di somme irrisorie, in quanto il Tribunale adito è chiamato a compiere un bilanciamento tra le aspettative dei creditori e gli interessi del debitore a condurre in porto il risanamento dell'impresa attraverso il percorso intrapreso.

Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022

Decreto di fissazione dell'udienza per la conferma delle misure protettive e destinatari della notifica

Nel procedimento per la conferma o la revoca delle misure protettive, il contraddittorio deve essere esteso a tutti i soggetti le cui sfere giuridiche possono essere toccate dal provvedimento che si chiede di adottare, ivi comprese le parti di eventuali procedure esecutive.

Trib. Milano, 26 gennaio 2022

Misure protettive e azioni esecutive in atto

Ove la relazione dell'esperto nominato dia atto della sussistenza di condizioni idonee a consentire il superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, vanno confermate, seppure in pendenza di procedimento prefallimentare, le misure protettive del patrimonio richieste per il termine massimo di legge con decorrenza dalla data di pubblicazione dell'istanza. Ciò allo scopo di consentire l'avvio e la prosecuzione di trattative con i creditori in una prospettiva non sbilanciata. Inoltre, il Tribunale si è espresso nel senso dell'ammissibilità dell'istanza di adozione di misure protettive del patrimonio, anche in assenza di azioni esecutive in atto.

Trib. Milano, 27 gennaio 2022

Misure protettive, espropriazione presso terzi e inefficacia del pignoramento

Qualora il Tribunale abbia confermato le misure protettive richieste dal debitore con riferimento all'espropriazione presso terzi promossa in suo danno, il relativo pignoramen-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

to non viene comunque dichiarato inefficace e le somme presenti nel conto corrente non possono essere liberate in favore dell'imprenditore per soddisfare equamente i creditori. Il procedimento esecutivo entra, per converso, in una fase di mera quiescenza, con il conseguente blocco dell'attività liquidatoria in funzione del proficuo svolgimento delle trattative, ferma restando, tuttavia, l'indisponibilità - fino al raggiungimento, ai sensi dell'art. 546 Cpc, di quanto precettato aumentato della metà - delle somme giacenti nel conto oggetto di espropriazione e di quelle suscettibili di confluirvi durante la fase della sospensione della procedura esecutiva.

Trib. Roma, 2 febbraio 2022

Misure protettive e sentenza di fallimento

Il divieto di pronunciare la sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del debitore che abbia domandato l'applicazione di misure protettive del patrimonio *ex* artt. 6 e 7 del Dl 118/2021, dal giorno della pubblicazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi d'impresa fino alla conclusione delle trattative, costituisce un effetto di legge (art. 6, comma 4), che non presuppone, né richiede, la conferma o la modifica della misura da parte del giudice.

Trib. Salerno, 4 febbraio 2022

Misure protettive e competenza

Per la conferma o l'adozione di misure protettive e per l'adozione di misure cautelari *ex* art. 7 Dl 118/2021 è esclusivamente competente il tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa e non anche quello avanti al quale pendono procedimenti esecutivi nei confronti dello stesso imprenditore.

Trib. Ivrea, 10 febbraio 2022

Misure protettive e cautelari e contratto pendente

L'istanza di misure cautelari specifiche nei confronti di alcuni creditori soltanto deve essere contenuta nel ricorso per la conferma delle misure protettive e non depositata con memoria integrativa, poiché in contrasto con la ratio legis della composizione negoziata, fondata su valori di trasparenza e discovery. La richiesta formulata in una fase processuale di contraddittorio già avviato crea, infatti, un effetto "sorpresa" a svantaggio del creditore il quale, inconsapevole della specifica misura avanzata dalla parte ricorrente, non può articolare difese. La richiesta di sospensione di un contratto pendente rientra nella fattispecie disciplinata dall'art. 10, comma 2, Dl 118/2021 il quale prevede una disciplina speciale, diversa dalle misure protettive del patrimonio e che, come tale, non può essere annoverata nelle misure cautelari previste dall'art. 7.

Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022

Conferma di misure protettive e cautelari ex artt. 6 e 7, Dl 118/2021

Per valutare la conferma delle misure protettive richieste occorre delibare, secondo un'analisi prognostica, le possibilità che attraverso la prosecuzione della procedura di com-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

posizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa possa essere risanata l'impresa, operando un bilanciamento tra l'esigenza di non sottrarre l'impresa insolvente alle procedure di composizione della crisi con la necessità di evitare che siffatte procedure abbiano una funzione dilatoria invece che finalizzata ad un tempestivo risanamento dell'impresa. L'approccio seguito dal legislatore italiano è espressione dei principi maturati in sede transnazionale ed unionale in merito alla crisi ed all'insolvenza delle imprese. Si è così inteso abbandonare una visione punitiva della procedura fallimentare, intesa quale strumento per stigmatizzare l'insolvente ed espungere l'impresa dal mercato, per adottare una concezione atta a valorizzare le possibilità di preservare il valore dell'impresa mediante un tempestivo risanamento della stessa affinché, rimossa la situazione di crisi o insolvenza, l'azienda possa continuare ad operare sul mercato. L'accesso alla procedura di composizione negoziata di cui al Dl 118/2021 è così riservato sia all'impresa meramente in crisi sia a quella già insolvente. Orbene, nel caso di specie, è evidente la presenza di una situazione di crisi già dal 2019 che appare irreversibile e non meramente transitoria in assenza di una marcata ristrutturazione dei debiti aziendali, con conseguente emersione di una situazione di insolvenza. Deve pertanto essere negata la conferma in presenza di un marcato disequilibrio economico/ finanziario evidenziato dall'indice di livello di difficoltà del risanamento relativo al rapporto tra debito che deve essere ristrutturato e ammontare annuo dei flussi a servizio del debito, attestato su valori ampiamente superiori al quello massimo.

Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022

Domanda di conferma della misura protettiva e stato di liquidazione dell'impresa

Non è accoglibile la domanda di conferma della misura protettiva ai sensi dell'art. 7 Dl 118/2021 convertito in legge 147/2021 qualora l'impresa versi in stato di liquidazione e non sia dedotta, né documentata la sussistenza dei presupposti per la revoca della causa di scioglimento e dello stato di liquidazione a mente dell'art. 2487 ter Cc, essendo il procedimento di composizione negoziata riservato alle ipotesi in cui risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. Nel caso di specie, dalla visura camerale la società risulta essere inattiva e in liquidazione da circa dieci anni, e ciò nonostante la ricorrente non valuta di dedicare neppure un rigo del ricorso a tale aspetto. Quanto alle misure protettive, la domanda dell'imprenditore di conferma della misura protettiva ai sensi dell'art. 7 Dl 118/2021 convertito in legge 147/2021 deve essere indefettibilmente corredata da un piano finanziario per i successivi sei mesi, essendo il medesimo imprescindibile per valutare le possibilità di sopravvivenza dell'impresa e la serietà dell'iniziativa che l'imprenditore intende proporre ai creditori.

Trib. Torino, 23 febbraio 2022

Conferma selettiva delle misure protettive ed esclusione della procedura esecutiva in esito alla quale l'immobile pignorato sia stato convenientemente aggiudicato

Qualora siano state richieste misure protettive del patrimonio, il giudice può selettivamente confermare quelle effettivamente utili ad impedire la prosecuzione di azioni prefallimentari ed esecuzioni individuali suscettibili di condizionare negativamente il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

piano di risanamento. Viceversa, escludendo dal perimetro della conferma la procedura esecutiva in esito alla quale l'immobile pignorato sia già stato aggiudicato ad un valore in linea con quello di perizia, palesandosi il trasferimento di tale cespite conveniente per i creditori e, in ogni caso, neutro rispetto ad un eventuale riparto dell'attivo in ambito concorsuale.

Trib. di Bergamo, 24 febbraio 2022

Misure protettive e inefficacia dell'ipoteca giudiziale precedentemente iscritta

Nel novero delle misure protettive e cautelari *ex* art. 6 e art. 7 Dl 118/2021 non rientra quella mirata a constare l'inefficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Pertanto, non può trovare accoglimento la domanda di accertamento dell'inefficacia dell'ipoteca giudiziale avanzata in sede di composizione negoziale in quanto, da un lato, tale misura non rientra tra quelle concedibili sulla base del suddetto istituto, dall'altro, si deve escludere la possibilità di applicazione in via analogica dell'art. 168 della legge fallimentare non essendo ravvisabile una lacuna normativa. Infatti, dalla lettera dell'art. 6, co. 1, legge 147/2021 - nella parte in cui sancisce l'impossibilità per i creditori di acquistare diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, "dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative" - si evince che non possono ritenersi *ex* se inefficaci le prelazioni conseguite anteriormente alla presentazione di tale domanda, né una medesimezza tra le due fattispecie, non essendo l'istituto della composizione negoziata qualificabile come procedura concorsuale. Con la medesima pronuncia, il Tribunale ha altresì chiarito che le misure protettive non possono essere concesse erga omnes, bensì nei confronti dei soli creditori specificatamente individuati dal ricorrente, in quanto titolari di una posizione suscettibile di pregiudicare la par condicio creditorum, i quali sono posti in grado di contraddire la domanda e di richiedere la revoca delle misure medesime, ferma restando la necessità di instaurare il contraddittorio con i terzi sui cui diritti le misure protettive o i provvedimenti cautelari dovessero incidere.

Trib. Milano, 24 febbraio 2022

Misure cautelari e specificità della domanda

Nel caso di specie, il debitore formulava richiesta di misure cautelari senza determinarne né il contenuto né i destinatari, facendo esclusivo riferimento a quanto l'esperto avesse eventualmente ritenuto necessario o opportuno disporre. Tuttavia, considerata la natura giudiziale del procedimento di cui all'art. 7 Dl 118/2021, il debitore ha l'onere di instaurare il contraddittorio con i creditori che subirebbero gli effetti delle misure protettive in caso di loro conferma. Pertanto, le misure cautelari previste dal Dl 118/2021 presuppongono l'individuazione della richiesta e la specifica dei soggetti passivi non potendosi il debitore limitare a rimandare a quanto eventualmente affermato dall'esperto. In particolare, l'individuazione dei soggetti passivi destinati a subire gli effetti delle misure protettive eventualmente disposte a favore del debitore deve essere condotta con riguardo ai creditori che abbiano posto in essere condotte dalle quali possa evincersi una posizione "antagonista" rispetto all'imprenditore che conduce le trattative.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Trib. Padova, 25 febbraio 2022

Misure protettive e domanda erga omnes

Quando le misure protettive vengono richieste dall'imprenditore in crisi in forma generale ed estesa, nell'ambito del procedimento di composizione negoziata, ritenuta l'assenza di controindicazioni da parte dell'esperto incaricato, esse vanno confermate dal Tribunale (erga omnes). In caso contrario, infatti, le trattative sarebbero inevitabilmente pregiudicate, se i creditori potessero agire individualmente in via esecutiva o potessero risolvere i contratti pendenti, precludendo così il piano di risanamento dell'impresa.

Trib. Milano, 27 febbraio 2022

Misure protettive e conferma erga omnes

Le misure protettive del patrimonio hanno *ex lege* effetto automatico generalizzato verso tutti i creditori, ad esclusione dei lavoratori, a far data dalla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto nel Registro delle Imprese, *ex* art. 6, comma 1, del Dl 118/2021. Tali misure, ai sensi del successivo art. 7, comma 4, possono essere limitate dal giudice, sentito l'esperto, a determinati creditori o categorie di creditori, purché sia l'imprenditore facoltativamente a richiederlo (si tratta di una facoltà e non di un obbligo), essendo egli comunque legittimato a invocarne la conferma erga omnes, senza che consti lesione del contraddittorio qualora il ricorso sia notificato a tutti i creditori da parte dell'imprenditore.

Trib. Asti, 3 marzo 2022

Misure protettive e sfratto del terzo locatore

Non appare di ostacolo alla conferma delle misure protettive, con specifico riferimento alla procedura esecutiva di sfratto, il fatto che tale procedimento abbia ad oggetto un bene di proprieta di terzi, non rientrante nel patrimonio dell'imprenditore in crisi, operando l'art. 6 del Dl 118/2021 esplicito riferimento alla inibitoria delle azioni che colpiscono non solo il patrimonio dell'imprenditore ma anche i "beni e i diritti con i quali viene esercitata l'attivita d'impresa". La conferma delle misure protettive e in particolare il divieto di avviare la procedura di rilascio dell'immobile in questione appare pertanto funzionale allo svolgimento delle trattative con i creditori, nonché con la stessa proprietaria e con l'attuale conduttrice dell'immobile, finalizzate al raggiungimento di un accordo che consenta il risanamento dell'impresa e la prosecuzione dell'attivita . Tale conferma non appare inoltre comportare un sacrificio sproporzionato per i creditori e per la locatrice, tenuto conto del limite temporale delle misure fissato dalla legge (120 giorni) e della possibilita di revocarle o abbreviarle.

Trib. Bergamo, 15 marzo 2022

Misure protettive, stato di liquidazione e assenza di possibilità di risanamento

Qualora il ricorso all'opzione liquidatoria sia qualificato dalla ricorrente come ab origine unico mezzo per addivenire al soddisfacimento dei suoi creditori, appare evidente l'impossibilità di concedere la richiesta conferma delle misure protettive, non sussistendo, per

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ammissione dello stesso istante, alcuna ragionevole possibilità di perseguire l'obiettivo del risanamento dell'impresa e la prosecuzione della sua attività, al cui perseguimento dette misure possano ritenersi strumentali. Nel caso di specie la società elaborava un'ipotesi di risanamento fondata sul presupposto della liquidazione della totalità del suo attivo patrimoniale, funzionale al soddisfacimento dei creditori ipotecari, e sull'utilizzo delle giacenze di cassa e dei flussi generati dall'incasso degli affitti futuri, finalizzato al pagamento dei debiti fiscali. L'ipotesi di addivenire al risanamento dell'impresa mediante l'utilizzo dei flussi derivanti dai canoni di locazione degli immobili sociali era all'evidenza non prospettabile, sia in ragione dell'entità dei debiti da cui è gravata la ricorrente sia in funzione della dirimente considerazione che detti canoni non possono essere destinati al pagamento dei creditori, quantomeno nel breve periodo. Gli immobili in questione sono stati infatti tutti pignorati dal creditore ipotecario e costituiscono oggetto della procedura esecutiva pendente, rispetto alla quale l'auspicata conferma delle misure protettive potrebbe spiegare un effetto di temporanea paralisi ma non certo il venir meno del vincolo discendente dal pignoramento, per effetto del quale i frutti civili degli immobili sono riscossi dalla procedura. Inoltre, non è stato invero adombrato che lo sbocco dell'attività liquidatoria possa essere la continuità aziendale ovvero in altri termini che, a seguito e per effetto della liquidazione dell'attivo patrimoniale, si possa generare un surplus tale da consentire la ripresa dell'attività caratteristica.

Trib. Ferrara, 21 marzo 2022

Misure protettive, stato di liquidazione e assenza di possibilità di risanamento

Le misure protettive non possono essere confermate in assenza di una seria possibilità di risanamento, la cui ricorrenza deve emergere dalla dichiarazione del debitore - che non può essere tautologica ma deve essere argomentata - e dalla relazione dell'esperto. Nel caso di specie, la ricorrente era già in stato di liquidazione e aveva concesso in affitto l'azienda ad una newco, per la quale non aveva fornito alcuna argomentazione circa la solvibilità e che si era resa inadempiente al versamento di parte dei canoni di affitto. Essendo la finalità immediata della composizione negoziata - come rappresentata dalla ricorrentequella della liquidazione dell'attivo e conseguente pagamento falcidiato dei creditori, ed essendo la ripresa della continuità del tutto astratta e meramente ipotetica, può affermarsi che la ricorrente non presenti una seria e ragionevole possibilità di risanamento e che quindi manchi lo stesso presupposto per accedere alla composizione negoziata.

Trib. Trani, 22 marzo 2022

Proposizione tardiva ricorso conferma misure protettive

L'imprenditore che ha formulato la richiesta di conferma delle misure protettive presentando ricorso tardivo al tribunale competente e quindi non nello stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, il ricorso a tal fine proposto risulta inammissibile. Il tribunale procede a dichiarare l'inefficacia di tali misure senza fissare l'udienza per l'audizione delle parti e dell'esperto e, decorso inutilmente il termine dei trenta giorni dalla pubblicazione nel Registro delle imprese della originaria istanza con cui quelle misure erano state richieste, il tribunale ne dispone la cancellazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Trib. S.M. Capua Vetere, 28 marzo 2022

Misure protettive e rinvio alla disciplina sul procedimento cautelare uniforme

Il ricorso per la conferma delle misure protettive necessarie per concludere le trattative con il ceto creditorio, contestuale o successivo all'istanza di nomina dell'esperto, deve essere depositato unitamente ai documenti richiesti dall'art. 7, comma 2, Dl 118/2021 a pena di inammissibilità. Inoltre, l'espresso rinvio alla disciplina sul procedimento cautelare uniforme porta a ritenere che devono essere indicati, ad onere del ricorrente e sempre ai fini dell'ammissibilità dell'atto, i requisiti "tipici cautelari", quali il fumus boni iuris e il periculum in mora. Onere di allegazione che, nel caso di specie, appare essere stato del tutto obliterato, essendosi la ricorrente limitata a chiedere la conferma delle misure protettive, senza tuttavia indicare quali misure siano state richieste e concesse, quale fosse il piano di risanamento individuate, le garanzie poste a fondamento dello stesso e le prospettive di attuabilità.

Trib. Rieti, 2 aprile 2022

Richiesta di misure protettive o cautelari ex artt. 6 e 7 Dl 118/2021

Qualora siano richieste misure protettive o cautelari ai sensi degli art. 6 e art. 7 del Dl 118/2021, il giudice è tenuto a svolgere una valutazione necessariamente sommaria e riservata, attraverso la quale apprezza prima facie la sussistenza dei presupposti della serietà della proposta e della idoneità della stessa a perseguire il fine del risanamento dell'impresa nonché della concreta possibilità che le misure siano funzionali ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle trattative.

Trib. Arezzo, 16 aprile 2022

Misure protettive, stato di liquidazione e concrete prospettive di risanamento

Ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria, in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato, se del caso previa revoca dello stato di liquidazione. Ai fini della verifica delle prospettive di risanamento, non si può prescindere dal soppesare l'effettiva consistenza della crisi (o dell'insolvenza) in corso e lo sblocco che la composizione negoziata deve necessariamente avere. In particolare, l'insolvenza in corso non può essere irreversibile, dovendosi trovare l'impresa in condizioni tali da rendere possibile il riequilibrio della situazione finanziaria e la sua reimmissione sul mercato. In ciò consiste il risanamento di cui parla il Dl 118/2021, come reso evidente anche dal fatto che l'art. 7, comma 2, lett. d) esige dall'imprenditore il deposito di un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare.

Trib. Bergamo, 22 aprile 2022

Misure protettive e ampliamento in sede di proroga

Non è ammissibile l'istanza con la quale il debitore chiede, unitamente alla proroga, anche l'ampliamento delle misure protettive, ovvero la loro estensione a soggetti diversi rispetto a quelli indicati nel decreto di concessione, potendo il Tribunale, ai sensi dell'art. 7, comma 5,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Dl 118/2021, concedere esclusivamente la proroga della durata delle misure protettive per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative.

Trib. Prato, 22 aprile 2022

Misure protettive e perimetro del vaglio giudiziale

In sede di conferma delle misure protettive e cautelari richieste, al Giudice è richiesto di vagliare esclusivamente la sussistenza della disponibilità dei soggetti interessati a intraprendere una trattativa per la composizione negoziale della crisi, mentre non è necessario vagliare l'effettiva probabilità che un tale accordo sia raggiunto, atteso che, ai sensi dell'art. 7 co.6, le misure protettive sono in ogni tempo modificabili o revocabili laddove si manifestassero sproporzionate o non utili. Elementi di cui dovrebbe tenere conto il giudice: del fatto se i creditori abbiano confermato l'avvio delle trattative con il ricorrente; dell'eventuale manifestazione di disponibilità di alcuni creditori ad addivenire ad un accordo di composizione negoziata della crisi; della rilevanza di eventuali rilievi svolti da altri creditori. Diversamente, in sede di rinnovo delle misure protettive e cautelari, è demandato al Giudice il compito di accertare l'imminenza di accordo fra le parti e l'effettiva necessità di una proroga del termine per perfezionare una intesa già quasi pienamente raggiunta.

Trib. Catanzaro, 22 aprile 2022

Conferma di misure protettive richieste in grave ritardo

Qualora la richiesta di conferma o modifica delle misure protettive è presentata in grave ritardo, ben oltre il termine previsto dalla legge, come peraltro confermato dal medesimo ricorrente nel proprio ricorso, si ritiene doversi dichiarare l'inefficacia delle misure protettive disposte *ex lege* all'atto di presentazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi.

Trib. Pescara, 9 maggio 2022

Misure protettive estese a tutti coloro che potrebbero iniziare azioni aggressive del patrimonio

In sede di decisione in ordine alle misure protettive già applicate erga omnes in esito alla pubblicazione della relativa istanza nel registro delle imprese, il Giudice, se richiesto, può disporre anche la conferma, previo contraddittorio, nei confronti di tutti i controinteressati. Questi sono soggetti che possono a stretto giro assumere iniziative potenzialmente lesive del patrimonio del ricorrente e quindi tali che, in difetto di misure protettive, le trattative condotte pur con l'ausilio dell'esperto verrebbero vanificate. È, pertanto, necessario che la ricorrente fornisca al tribunale elementi univoci che consentano di appurare la sussistenza del pericolo di iniziative pregiudizievoli. I Giudici, inoltre, sanciscono che il divieto, per i creditori interessati dalle misure protettive, di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle predette misure, rappresenta un effetto automatico della concessione delle misure. Il quinto comma dell'art. 6 è, infatti, chiaro nel porre il divieto in capo ai soli creditori interessati dalle misure protettive e, dunque, a coloro che in concreto all'esito dell'udienza verranno attinti dalle misure.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Trib. Salerno, 10 maggio 2022

Misure protettive erga omnes e verifica giudiziale

Nel caso di specie, il ricorrente chiedeva la conferma delle misure protettive erga omnes, non avendo specificatamente individuato i creditori nei cui confronti adottare tali misure. Il punto centrale del vaglio giudiziario sarebbe quello di verificare che il ricorrente abbia provato un proprio concreto interesse ad un provvedimento generale ed astratto e che non emergano, vuoi dalla relazione dell'esperto vuoi dalle memorie depositate dai creditori costituiti, controindicazioni specifiche. Appare più confacente allo schema legislativo in due tempi, concessione e modifica, ritenere che in fase di conferma delle misure il giudice si limiti alla verifica che l'esperto ed i creditori se costituiti non contestino o addirittura condividano le tesi del ricorrente della sussistenza di una ragionevole prospettiva di risanamento della crisi dell'impresa e dell'utilità delle misure protettive richieste per lo svolgimento delle trattative ovvero alla verifica che non emergano dai documenti elementi che dimostrino l'assoluta improbabilità del risanamento ovvero ancora che dimostrino ingiusti pregiudizi per i creditori. Pertanto, i giudici ritengono ammissibile la richiesta dell'imprenditore di imporre genericamente a tutti i creditori il divieto di acquisire diritti di prelazione o di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio dell'impresa in pendenza della procedura di composizione negoziata della crisi ogni qual volta il ricorrente abbia provato che allo stato le misure protettive appaiono strumentali al buon esito delle trattative, che appunto le trattative sarebbero inevitabilmente pregiudicate se i creditori potessero agire individualmente nei confronti della società così precludendo la realizzazione del piano di risanamento. Per queste ragioni, il Tribunale ritiene che l'oggetto del vaglio di conferma delle misure protettive sia principalmente: (i) la verifica della possibilità che l'impresa, attraverso la composizione negoziata, possa essere risanata, (ii) l'accertamento dell'effettività della ricerca di una soluzione stragiudiziale, (iii) l'accertamento dell'insussistenza di meri scopi dilatori, (iv) la verifica (attraverso la disamina del primo progetto di piano) della reversibilità dello squilibrio economico/finanziario e (v) la funzionalità delle misure protettive al buon esito delle trattative.

Trib. Milano, 14 maggio 2022

Proroga della durata delle misure protettive e buona fede e correttezza

La ricorrente chiedeva la proroga della durata delle misure protettive disposte dal tribunale. I Giudici ritengono che tale richiesta deve trovare l'adesione della generalità dei creditori, ovvero la loro non opposizione anche per assenso implicito a seguito dell'instaurazione del contraddittorio. Resta ferma la possibilità di sindacare un dissenso manifestatamente preconcetto, immotivato o irragionevole derivante da assenza di collaborazione alle trattative. Nella sentenza viene altresì analizzato il tema della buona fede e correttezza. In pendenza della composizione negoziata gli incontri si devono svolgere a cadenza periodica ravvicinata ma sempre tra l'esperto, l'imprenditore, i creditori ed in generale tutte le parti interessate al risanamento; non è al contrario possibile una trattativa diretta esclusiva tra l'imprenditore e alcuni creditori per raggiungere un "saldo e stralcio" del debito scaduto, il che frustrerebbe la stessa ratio della composizione negoziata ed il ruolo di mediatore/facilitatore dell'esperto. Nel caso di specie, l'avvio delle trattative si è svolto in assenza dell'esperto, in un ambito esterno alla piattaforma telematica concepita dalla disciplina della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

composizione negoziata, al di fuori di qualsiasi controllo terzo e imparziale e soprattutto senza l'opera necessaria di mediazione e facilitazione dell'esperto. Pare evidente che la società è contravvenuta al suo dovere di buona fede, chiarezza, correttezza e collaborazione verso l'esperto ed il ceto creditorio, ponendo in essere condotte contrarie al corretto perseguimento di una composizione negoziata assistita e consapevole.

Trib. Avellino, 16 maggio 2022

Misure protettive: fumus bonis iuris e periculum in mora

Il procedimento per conferma di misure protettive ha natura cautelare ed impone la verifica dei requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora. Il primo consiste nel sommario accertamento della condizione oggettiva rappresentata da uno stato di crisi o insolvenza, sia essa prospettica o già concretizzatasi, purché reversibile, tale, cioè, da rendere tuttora ragionevolmente perseguibile il risanamento. Il secondo consiste nell'accertare il rischio che la mancata concessione delle misure possa pregiudicare l'andamento e il buon esito delle trattative, indagine quest'ultima che si estende a tre distinti profili: a) l'esistenza di concrete trattative in corso e la conduzione delle stesse da parte dell'imprenditore con correttezza e buona fede, in modo da assicurare ai creditori interessati una completa informazione; b) la strumentalità delle misure protettive attivate dall'imprenditore rispetto al buon esito delle trattative; c) il bilanciamento dei contrapposti interessi in modo che le misure non risultino sproporzionate rispetto al pregiudizio in concreto arrecato ai creditori.

Trib. Bergamo, 25 maggio 2022

Misure protettive e insolvenza reversibile

La conferma delle misure protettive è concedibile in favore di soggetto in stato di c.d. precrisi, crisi (come definita dall'art. 2 del Codice della crisi) o d'insolvenza "reversibile", dunque non anche dell'insolvente tout court. In sede di conferma delle misure, al Tribunale è richiesto di vagliare esclusivamente la sussistenza della disponibilità dei soggetti interessati a intraprendere una trattativa per la composizione negoziale della crisi, mentre non è necessario vagliare l'effettiva probabilità che un tale accordo sia raggiunto.

Trib. Ivrea 27 maggio 2022

Sussistenza della buona fede nelle trattative

Nella valutazione della ritualità della proposta di concordato liquidatorio semplificato, sotto il profilo della sussistenza della buona fede nelle trattative, il Tribunale può invitare l'imprenditore a chiarire l'esistenza di presupposti per l'esperimento di azioni revocatorie, risarcitorie o restitutorie nell'alternativa fallimentare, prescrivendo all'esperto di pronunciarsi in proposito. L'imprenditore presenta proposta di concordato semplificato, basata sull'alienazione di un ramo d'azienda ad altra impresa, l'alienazione degli altri assets aziendali, l'incasso dei crediti e l'apporto di finanza esterna. I Giudici ritengono che al fine di verificare la sussistenza della correttezza e buona fede nelle trattative con i creditori durante il percorso della composizione negoziata, occorre accertarsi che questi siano stati effettivamente posti nelle condizioni di valutare la convenienza della proposta rispetto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

all'alternativa fallimentare. In quest'ultima una parte consistente, ancorché aleatoria e ipotetica, dell'attivo è costituita da eventuali azioni teoricamente esperibili nella procedura fallimentare. Nel caso in esame, l'imprenditore non ha fornito una adeguata disclosure sulla fattibilità di tali azioni. Pertanto, il Tribunale invita l'imprenditore a chiarire se sussistano i presupposti per l'esperimento di azioni revocatorie, risarcitorie o restitutorie nell'alternativa fallimentare. Su tale aspetto, da un lato, i Giudici prescrivono che l'esperto, nel valutare con proprio parere i presumibili risultati della liquidazione, si pronunci sull'esperibilità di tali azioni e, dall'altro, nominano l'ausiliario per vagliare e verificare i risultati della liquidazione stessa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE IV

Piano attestato di risanamento

Accordi di ristrutturazione

Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

I piani attestati di risanamento nel Codice della crisi

Diana Burroni

SOMMARIO: 1.1 L'introduzione di una disciplina positiva dell'istituto – 1.2 La collocazione sistematica e la natura dell'istituto – 1.3 La rubrica – 1.4 L'ambito di applicazione e la legittimazione – 1.5 Un piano "rivolto ai creditori" – 1.6 Il contenuto del piano – 1.7 L'attestazione – 1.8 Gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano – 1.9 Gli effetti protettivi sugli atti esecutivi del piano – 1.10 Profili critici e considerazioni finali

Uno degli obiettivi principali perseguiti dal Legislatore della riforma è stato quello di trattare in forma organica tutta la materia che, a vario titolo, interessa la crisi di impresa – da intendersi come una delle possibili e "naturali" fasi della vita dell'impresa stessa – oltre che l'insolvenza anche di soggetti tradizionalmente non fallibili.

Accanto all'introduzione di istituti sicuramente innovativi (primo tra tutti la composizione negoziata, che va integralmente a sostituire il procedimento davanti all'OCRI creato con il Dlgs 14/2019 e mai entrato in vigore), si rinviene nella nuova legislazione l'illustrazione, in forma apprezzabilmente ordinata, di tutti gli strumenti a disposizione del debitore (imprenditore e non) che versi in situazione di crisi o di insolvenza.

Questa opera di riordino, anche quando priva di contenuti particolarmente innovativi rispetto al passato, si rivela preziosa, giacché in talune circostanze (e la disciplina degli accordi in esecuzione di piani di risanamento ne è un esempio plastico), l'inquadramento di un istituto a livello sistematico fornisce elementi di valutazione essenziali per la comprensione dell'istituto stesso e per disciplinare le fattispecie concrete non espressamente contemplate dalle norme.

Siamo di fronte, dunque, ad un impianto normativo solido e coordinato che tiene il posto di quello della legge del 1942, certamente solido a sua volta in origine, ma un po' "datato" e soprattutto significativamente compromesso, quanto meno a partire dal 2005, per effetto dell'inserimento frammentario di molteplici modifiche legislative con previsioni oggetto a loro volta di revisione a distanza di pochi anni dall'inserimento, per effetto della successione di interventi normativi "di natura episodica ed emergenziale", che, "intervenendo su disposizioni della legge fallimentare modificate da poco, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali" (così la parte introduttiva della relazione illustrativa al Codice).

L'opera di riordino si è generalmente accompagnata:

› all'introduzione di definizioni/ procedure più analitiche;
› alla traduzione in precetto normativo di orientamenti (dottrinali o giurisprudenziali) ovvero prassi formatisi nella vigenza della previgente disciplina.

Poiché, come noto, nella legge fallimentare non era affatto contenuta una disciplina positiva dei piani attestati di risanamento (oggi definiti, nella rubrica dell'articolo 56, "Accordi in esecuzione di piani di risanamento"), bensì unicamente alcuni effetti che la loro esistenza poteva produrre in caso di successivo fallimento del debitore, evidentemente la disciplina contenuta all'articolo 56 si connota per la sua assoluta novità sul piano formale; sul piano sostanziale si è in presenza, per lo più, di traduzione in precetto normativo di principi e regole affermate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza della legge fallimentare e ben presenti nella prassi operativa.

Con le modifiche apportate al Codice con il Dlgs 83/2022 sono state tuttavia introdotte talune novità che potrebbero significativamente ampliare la sfera di operatività di questo istituto: si pensi anche solo alla possibilità che la formalizzazione di accordi in esecuzione di un piano di risanamento sia preceduta dalla composizione negoziata, beneficiando delle numerose agevolazioni proprie di quell'istituto nella fase delle trattative e addirittura alla possibilità che la predisposizione del piano *ex* articolo 56 avvenga secondo le formalità oggi consentite dall'articolo 23, 2 comma, lettera *a)* (accordo controfirmato dal debitore, dai creditori e dall'esperto), ovverosia senza necessità della attestazione.

1.1 L'introduzione di una disciplina positiva dell'istituto

Come accennato, i piani attestati di risanamento non hanno mai avuto, né nell'ambito della legge fallimentare né *aliunde*, una codificazione espressa, probabilmente perché non sono mai stati ritenuti rimedi aventi natura concorsuale e perché sono rimasti estranei, nella loro fisiologica operatività, alla sfera del controllo giurisdizionale.

I piani attestati di risanamento hanno fatto ingresso nell'ordinamento in via del tutto indiretta, con il Dl 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), quando all'articolo 67, comma 3, lettera *d)* è stata prevista una particolare forma di esenzione da revocatoria fallimentare avente a oggetto gli *"atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501 bis, comma 4, del Codice civile"*; previsione poi integrata con il Dlgs 12 settembre 2007, n. 169, con la specificazione che l'attestatore doveva essere *"un professionista iscritto nei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere* a) *e* b)*"*.

Con tecnica legislativa del tutto analoga, la disciplina dell'istituto (quanto ai possibili effetti spiegabili in ambito fallimentare) si è arricchita con la previsione contenuta all'articolo 217 *bis* legge fallimentare, introdotta dal Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, secondo cui le disposizioni di cui agli articoli 216, comma 3 e 217 (reati di bancarotta) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del piano di cui all'articolo 67, comma 3, lettera *d)*: norma che recepisce i principali orientamenti dottrinali formatisi in materia.

La prima novità da ascriversi al Codice è dunque certamente quella di avere delineato in **forma positiva**, e anche abbastanza analitica, la disciplina di questo istituto, all'articolo 56, che definisce:

- natura dello strumento;
- legittimazione attiva all'utilizzo dello stesso;
- ambito di applicazione;
- contenuto del piano e allegati obbligatori;
- formalità (obbligatorie ed eventuali).

Immutato è il **regime delle agevolazioni** che l'utilizzo di questo strumento garantisce nell'ipotesi di successiva liquidazione giudiziale, in termini di esenzione da azioni revocatorie (articolo 166, comma 3, lettera *d*) e di causa di non punibilità nei reati fallimentari (articolo 324). Vi sono peraltro agevolazioni che sussistono a prescindere dalla apertura della liquidazione giudiziale, come ad esempio l'esenzione dalla responsabilità penale *ex* articolo 324, per il caso in cui la crisi venga definita con procedure diverse dalla liquidazione giudiziale che comunque prevedono la configurabilità delle ipotesi di reato in discussione (concordato preventivo, accordi a efficacia estesa, convenzione di moratoria); la non tassabilità delle sopravvenienze attive conseguenti alla rinegoziazione dei debiti in esecuzione di piani attestati di risanamento (articolo 84, comma 4 *ter*, Tuir); l'esenzione dall'obbligo di offerta di acquisto totalitaria per operazioni dirette al salvataggio di società in crisi (articolo 106, comma 5, lettera *a)* TUF). La gestione di una fase di crisi con la predisposizione di un piano attestato, nella misura in cui esso sia serio e articolato, può poi certamente rappresentare prova di diligenza idonea ad escludere o quanto meno circoscrivere la responsabilità degli organi sociali nell'ipotesi in cui il risanamento non giunga a positivo compimento (Bazzani, "Il piano attestato di risanamento" in *Il Codice della Crisi dopo il Dlgs 17 giugno 2022, n. 83*, a cura di Salvatore Sanzo).

LA NATURA DEI PIANI ATTESTATI NELLA GIURISPRUDENZA

"*Il piano di risanamento ex articolo 67 non è una "procedura concorsuale". La sua natura non partecipa, per essere più precisi, né al primo, né al secondo termine della richiamata espressione. Alla vicenda di strutturazione e conformazione del piano non concorre alcun intervento giudiziale, sia esso di valutazione oppure di controllo. Né ha luogo discorrersi di una partecipazione del ceto creditorio (tanto meno se assunta in termini di necessaria partecipazione)*"
(Cassazione 25 gennaio 2018, n. 1895).
"Il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 67, lettera d) legge fallimentare, appartiene al genus delle convenzioni stragiudiziali adottate dall'imprenditore per rimediare alla situazione della crisi di impresa"
(Cassazione 5 luglio 2016, n. 13719).

Per come presentato dal Codice, il piano attestato è costituito da tre elementi distintivi:

i) un piano elaborato dal debitore che appaia idoneo a superare lo stato di crisi o di insolvenza in cui si trova ed assicuri il riequilibrio della situazione finanziaria;
ii) l'attestazione del professionista indipendente sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità del piano stesso;
iii) l'accordo con uno o più creditori diretto alla rinegoziazione dei debiti in esecuzione di quanto previsto dal piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel prosieguo – pur con i limiti connessi alla natura del presente contributo – si procederà nel dettaglio alla disamina della materia, per verificare se e in che misura la normativa introdotta rappresenti mera trasposizione in legge di principi e orientamenti già emersi in dottrina e giurisprudenza ovvero si ponga in discontinuità con essi. È evidente, infatti, che la previsione di conseguenze tanto significative in ambito concorsuale già nella vigenza della legge fallimentare ha condotto dottrina e giurisprudenza, oltre che i diversi operatori, a interrogarsi ampiamente (proprio per l'assenza di una disciplina positiva) sulla natura dell'istituto e sui suoi contenuti minimi, anche perché – nella sostanza – gli effetti più importanti in termini di stabilità degli atti posti in essere in esecuzione del piano e di salvacondotto dalla responsabilità penale sono per definizione destinati a spiegarsi proprio quando l'imprenditore sia fallito e, dunque, quando nei fatti il "risanamento della esposizione debitoria dell'impresa" e "il riequilibrio della sua situazione finanziaria" non si siano verificati.

1.2 La collocazione sistematica e la natura dell'istituto

Come si accennava, la collocazione sistematica delle norme all'interno del Codice è essa stessa importante chiave di lettura: nel caso di specie, la trattazione dei piani attestati di risanamento (meglio sarebbe dire degli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento) è collocata in apertura del Titolo IV ("Strumenti di regolazione della crisi"), Capo I ("Accordi"), Sezione I ("Piano attestato di risanamento").

Oggi, dunque, può considerarsi definitivamente confermata l'opinione secondo cui i piani attestati di risanamento non rientrano in alcun modo nel *genus* delle procedure concorsuali, con le quali hanno punti di contatto solo limitatamente alle esenzioni (da revocatoria e da responsabilità penale) cui si è più volte fatto cenno. È, questa, opinione che è sempre stata largamente condivisa in dottrina (Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2016, 5; Bosticco, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Milano 2014, 7) e ribadita anche in tempi recenti dalla giurisprudenza della Suprema Corte (sentenza 25 gennaio 2018, n. 1895), sulla scorta della constatazione che:

- non vi è procedura, posto che alla vicenda di strutturazione e conformazione del piano non concorre alcun intervento giudiziale, sia esso di valutazione oppure di controllo;
- non vi è previsione di necessaria partecipazione del ceto creditorio;
- rientra nel più ampio genere delle "convenzioni stragiudiziali" (così anche Cassazione 5 luglio 2016, n. 13719), che possono avere la più diversificata attuazione, in ossequio al principio di libertà contrattuale, che costituisce norma cardine del nostro ordinamento.

Tratti peculiari dell'istituto, rispetto agli altri strumenti di regolazione della crisi, sono:

- l'assenza di un controllo giudiziale preventivo rispetto all'inizio dell'esecuzione del piano (invero, l'ufficio giudiziario interviene solo se, a seguito del cattivo esito del tentativo di risanamento, si apra la liquidazione giudiziale e lo fa per confermare o far decadere *ex tunc* l'esenzione da revocatoria mediante una indagine sull'eventuale manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati);
- la riservatezza nell'utilizzo dello strumento essendo la pubblicità del piano e dei relativi allegati meramente eventuale;
- il mantenimento in capo all'imprenditore della piena titolarità e autonomia nella gestione dell'impresa ed amministrazione del patrimonio aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Per contro, a differenza di altri strumenti, in maggioranza soggetti a controllo giudiziale preventivo, il piano attestato di risanamento:

- non dispone di un meccanismo di estensione coattiva degli effetti delle pattuizioni convenute con i creditori aderenti ai creditori estranei;
- non prevede una moratoria *ex lege* dei termini di pagamento dei creditori estranei;
- non consente all'imprenditore di accedere a misure protettive;
- non prevede una deroga alla disciplina societaria in materia di perdite del capitale sociale e del dovere di gestione conservativa in capo agli amministratori;
- non fa accedere l'imprenditore ai benefici in materia di prededuzione per i finanziamenti interinali.

1.3 La rubrica

In coerenza con la collocazione sistematica, la rubrica dell'articolo 56 fa riferimento espresso alla nozione di "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento".

Anche in questo caso, l'opzione evidenzia una precisa scelta di campo, in un contesto in cui dottrina e giurisprudenza erano per lo più già giunte alla conclusione che ciò che assume rilievo in ambito concorsuale (in termini di esenzione da azione revocatoria o da responsabilità penale) è evidentemente un atto dispositivo del patrimonio del debitore (dismissione o anche solo concessione di nuove garanzie), ovverosia – per utilizzare l'espressione contenuta nel Codice – "atti unilaterali e contratti posti in essere in esecuzione del piano": in buona sostanza, non ha senso parlare di piano attestato senza riferirsi ai negozi attuativi di esso, poiché solo in relazione a essi possono assumere rilevanza le ipotesi di esenzione da revocatoria e da responsabilità penale; con la conseguenza che non potranno rientrare nell'intorno dell'articolo 56 CCI piani attestati che prevedano unicamente atti o iniziative interne all'impresa (razionalizzazioni dei costi, apporti di finanza e così via).

Apprezzabile, dunque, l'obiettivo di chiarificazione anche se, forse, sarebbe stato preferibile l'utilizzo di una espressione in grado di comprendere ogni tipologia di negozio in attuazione dei piani, al posto del termine "accordi" che pare suggerire solo il riferimento ai contratti, laddove dovrebbe essere pacifico che siano coperti dalla esenzione anche gli "atti unilaterali" in esecuzione di piani attestati di risanamento, nella misura in cui rivestano la forma scritta e siano opponibili alla massa, in quanto muniti di data certa (articolo 56, comma 5).

1.4 L'ambito di applicazione e la legittimazione

L'*incipit* della norma in commento chiarisce che l'istituto trova applicazione a beneficio dell'imprenditore che si trovi in stato di crisi o di insolvenza: il fatto che non vi sia alcun riferimento alla figura del solo imprenditore commerciale ha suscitato riflessioni in più direzioni.

Nella relazione illustrativa al Dlgs 14/2019 si leggeva che "*È di tutta evidenza che, poiché il beneficio arrecato dal piano è l'esenzione dall'azione revocatoria disciplinata dalla sezione IV del capo I del titolo V, si tratta di istituto riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale*". E, in coerenza con tale rilievo, parte consistente della dottrina ha sempre ritenuto il piano attestato uno strumento utilizzabile solo dall'imprenditore commerciale. È da valutare

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

se tale orientamento sia ancora attuale alla luce della nuova formulazione della norma che, valorizzando il piano quale concreto strumento di *turnaround* dell'impresa, non pone apparenti limitazioni al suo utilizzo in parziale analogia con quanto disposto dal legislatore per gli accordi di ristrutturazione, ora preclusi sostanzialmente al solo imprenditore minore per espressa previsione dell'articolo 57.

Presupposto oggettivo è la sussistenza di uno stato di crisi o di insolvenza: cioè il medesimo presupposto di accesso anche al concordato preventivo (articolo 84, comma 1). Ciò probabilmente deve indurre a ritenere superato quell'orientamento che abilitava il debitore all'utilizzo dello strumento di cui si discute essenzialmente nel caso di esistenza di uno stato di difficoltà, meno grave e comunque non irreversibile dello stato di crisi o di insolvenza che consentiva l'accesso alla procedura di concordato preventivo.

Attesa la finalità espressa del risanamento, parrebbe doversi escludere la possibilità della configurazione di un piano attestato avente esclusiva finalità liquidatoria. È certamente vero che gli obiettivi che il piano attestato persegue (il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria) possono essere perseguiti anche mediante liquidazione dell'impresa.

Nondimeno appare decisamente più conforme alla *voluntas legis* che lo strumento sia riservato ad ipotesi di continuità aziendale, non foss'altro perché è richiesta la presenza di un piano industriale e dell'evidenza dei suoi effetti sul piano finanziario, con prospettiva dunque propria della sola continuità aziendale.

1.5 Un piano "rivolto ai creditori"

La lettera della norma prevede che il piano sia "rivolto ai creditori": tale inciso ha destato qualche perplessità in sede di primo commento (Bazzani, *cit.*). Infatti, diversamente da quanto disposto dalla precedente normativa, ove si legge *"(...) in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento ..."*, il Codice prevede che il debitore " *può predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento ...*".

A parere di chi scrive, salvo snaturare completamente lo strumento e tratteggiarne la disciplina in maniera che davvero poco lo distinguerebbe dagli accordi di ristrutturazione (laddove la differenza tra i due istituti è netta, non foss'altro perché gli accordi di ristrutturazione hanno una diversa procedimentalizzazione), l'espressione letterale non deve affatto condurre alla conclusione che il piano debba essere rivolto a tutti i creditori, nel senso che esso debba essere portato a conoscenza della generalità dei creditori.

Infatti, una delle caratteristiche principali dei piani attestati di risanamento, per come li abbiamo conosciuti nella vigenza della legge fallimentare, è che – salve ipotesi eccezionali – essi mantiengono un elevato grado di "riservatezza" e coinvolgono non già la generalità dei creditori, ma solamente quelli con cui occorre raggiungere accordi esecutivi del piano medesimo. L'esempio più ricorrente è quello dei piani di risanamento che coinvolgono uno o più creditori finanziari (chiamati a erogare nuova finanza o a rimodulare i piani di rimborso, magari a fronte della concessione di nuove garanzie) ovvero particolari categorie di clienti/ fornitori (con cui possono essere convenute particolari intese, di diversa natura, comunque funzionali a consentire il risanamento).

L'inciso di cui si discute, dunque, va interpretato nel senso che il piano deve certamente contemplare la posizione di tutti i creditori, perché l'esposizione debitoria complessiva di partenza,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

così come l'obiettivo finale del risanamento, sono certamente aspetti che riguardano tutti i creditori (anche quelli che ne rimangono estranei per i quali dunque deve essere previsto il regolare soddisfacimento, secondo le originarie modalità e termini).

L'espressione letterale non deve neppure condurre alla conclusione che il piano debba essere reso noto a tutti i creditori: salvo – come detto – frustrarne in maniera sostanziale la concreta funzionalità in tutti i casi (crisi meno conclamata) in cui si fa normalmente ricorso a questo strumento, proprio perché presenta il vantaggio di non rendere universalmente nota a tutti gli interlocutori dell'imprenditore l'esistenza di una necessità di risanamento, con i benefici che simile riservatezza indubbiamente comporta per la regolare prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

L'espressione, inoltre, non deve indurre a limitare la gamma degli interventi possibili per perseguire l'obiettivo del risanamento: ritenere che l'inciso inserito dal legislatore della riforma al comma 1 dell'articolo 56, significhi che gli strumenti di intervento per cui operano i benefici sanciti agli articoli 166, comma 3, lettera *d)* (esenzione da azioni revocatorie) e 324 (causa di non punibilità nei reati fallimentari) sono soltanto accordi con i creditori significherebbe, ancora una volta, comprimere irragionevolmente la portata dell'istituto, per esempio escludendo il compimento di operazioni straordinarie ovvero apporti da parte di /negozi con soggetti diversi dai creditori.

Opzione interpretativa contraria a quella appena prospettata potrebbe forse trovare argomento nella constatazione che, delineando i contenuti analitici del piano, il legislatore ha previsto alla lettera *d)*, dell'articolo 56, comma 2, che siano indicati *"i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza"*.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, anche valorizzando con interpretazione teleologica la *ratio* dell'istituto, prevale il rilievo che l'articolo 56, comma 5, si riferisce generalmente agli "*atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano*", per i quali si richiede la forma scritta *ad probationem* e la data certa: una gamma di negozi, dunque, che non appare affatto circoscritta a quelli che possono essere convenuti con i creditori.

A ciò si aggiunga, questa volta avuto riguardo agli effetti protettivi assicurati dalla legge una volta che sia aperta la liquidazione giudiziale, che:

- l'articolo 324 testualmente prevede che *"le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323 non si applicano ai **pagamenti** e alle **operazioni** compiuti in esecuzione ... degli **accordi in esecuzione** del piano attestato ..."*;
- l'articolo 166 esenta da revocatoria *"gli atti, i **pagamenti** effettuati e le **garanzie** concesse sui 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"*, con disciplina che dunque ricalca in maniera testuale quella contenuta all'articolo 67, comma 3, lettera *d)* legge fallimentare.

Sarebbe forse stato auspicabile un miglior coordinamento tra le espressioni aventi natura definitoria utilizzate all'articolo 56 e quelle richiamate nelle norme che riconoscono peculiare trattamento premiale a questa tipologia di atti in ambito di liquidazione giudiziale: ma, ad avviso di chi scrive, il senso complessivo è assolutamente chiaro.

1.6 Il contenuto del piano

Come accennato in apertura del presente contributo, la novità sul piano formale a proposito di piani attestati di risanamento è rappresentata essenzialmente dalla previsione espressa di una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disciplina positiva e analitica, circa il contenuto del piano e le formalità che devono rispettare gli atti esecutivi di esso, per beneficiare del peculiare trattamento una volta che, malauguratamente, il risanamento non si sia prodotto e si sia aperta la liquidazione giudiziale.

Ai sensi dell'articolo 56, comma 2, il piano deve avere **forma scritta, data certa** e **indicare**:

- la situazione economico- patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
- le principali cause della crisi;
- le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza;
- gli apporti di finanza nuova;
- i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto;
- il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Si tratta essenzialmente della codificazione di principi già pacifici e consolidati nella prassi (*cfr.* da ultimo *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, maggio 2022, www.cndcec.it): ciò perché, per il peculiare meccanismo di funzionamento degli effetti premiali dell'istituto, il tribunale deve essere messo in condizione di valutare (a posteriori nel corso della liquidazione giudiziale, ma con giudizio *ex ante*) la ragionevolezza del piano e la sua idoneità a consentire il risanamento. Solo un piano munito di sufficiente livello di attendibilità e dettaglio quanto ai dati di partenza e quanto agli strumenti di intervento per la soluzione della crisi consente un simile giudizio.

Del resto, la "codificazione" di principi di attestazione diffusi tra gli operatori del settore ha in qualche modo, già da oltre un lustro, delineato i contenuti minimi del piano (*cfr. Principi per la redazione dei piani di risanamento*, 6 giugno 2014), che possono oggi concettualmente essere divisi in:

- una prima parte ricognitiva dello stato attuale in cui si trova il debitore – articolo 56, comma 2, lettere *a)* e *b)*;
- una seconda parte destinata alla illustrazione del piano in senso stretto, inteso come azioni da compiersi per il risanamento – articolo 56, comma 2, lettere *c), d), g)*;
- un'ultima parte prospettica che mira a ipotizzare con giudizio prognostico l'andamento dell'impresa a valle degli interventi, con piani economici- finanziari previsionali e con specifica indicazione dei rimedi in caso di scostamento in corso di esecuzione tra obiettivi e piano – articolo 56, comma 2, lettera *e)*.

È comunque da salutare con favore la codificazione di contenuti minimi, al fine di limitare la discrezionalità degli operatori e assicurare sempre un adeguato livello di approfondimento nell'accesso a questo istituto che, consentendo ampie modalità di concepimento della manovra di risanamento al di fuori di qualunque controllo giurisdizionale, potrebbe prestarsi anche a forme di abuso.

La previsione di contenuti così dettagliati certamente responsabilizza il debitore, i suoi *advisors*, finanziario e legale, nonché in seconda battuta, l'attestatore: con il che dovrebbe essere garantito un livello adeguato di approfondimento di tutti gli aspetti rilevanti.

Da evidenziare che con le modifiche introdotte con il Dlgs 83/2022, è stata eliminata la previsione che il debitore metta a disposizione la documentazione prevista dall'articolo 39: previsio-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ne che era stata oggetto di dure critiche, anche per ragioni sistematiche, proprio perché il piano di risanamento non è una procedura concorsuale dunque non si comprendeva perché dovesse mutuare da queste obblighi di natura procedurale, peraltro con adempimenti piuttosto onerosi ed eccentrici rispetto allo specifico contesto in cui ci si trova.

Da evidenziare altresì la modifica lessicale introdotta con riguardo alla indicazione dei creditori: oggi si prevede infatti che vengano indicati i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza. È quindi stato specificato l'obbligo di regolare adempimento delle obbligazioni con i creditori estranei (ciò che differenzia il trattamento con quello previsto negli accordi di ristrutturazione ove comunque è riconosciuta una moratoria generalizzata di centoventi giorni per adempiere).

Il legislatore non ha affrontato il tema, pur dibattuto, della durata massima del piano, limitandosi a prevedere che in esso siano specificati (articolo 56, comma 2, lettera *f)* "*i tempi delle azioni da compiersi*": ciò lascia margine di discrezionalità al redattore del piano, anche se – nella prassi – è difficile ipotizzare piani che eccedano i cinque anni.

Al di là del contenuto (ora tipizzato) del piano attestato che, peraltro, può essere integrato a discrezione del debitore con ulteriori elementi che siano conformi con lo scopo dello strumento, non sfugge come il legislatore abbia enfatizzato l'importanza delle tempistiche di esecuzione del piano e del monitoraggio costante delle *performance*. Il nuovo codice, in altre parole e al pari di quanto avviene con altri strumenti (quali gli accordi di ristrutturazione), impone ora al debitore di prevedere all'interno del piano meccanismi di auto- aggiustamento qualora lo stesso non raggiunga gli obiettivi prefissati.

La previsione di tali meccanismi - unitamente ai doveri di informazione e collaborazione in buona fede che ora gravano sul debitore e suoi creditori in virtù delle previsioni generali poste in apertura del codice – contribuirà sicuramente a fornire al Tribunale, allorquando sia previsto il suo intervento (ossia all'apertura della liquidazione giudiziale), un sicuro metro per la valutazione sull'esistenza o meno di dolo o colpa grave del debitore o del professionista attestatore.

Ne deriva che il piano deve essere ora dotato di un corredo di strumenti che consentano, da una parte, di gestire in ottica manutentiva eventuali sopravvenienze e, dall'altra, di interrompere l'utilizzo del piano (ed eventualmente accedere ad altro strumento di regolazione della crisi previsto dal codice) in caso queste ultime non possano essere gestite in tale ottica.

È oggi espressamente confermata la prescrizione della data certa per il piano e per i relativi atti esecutivi per consentire, per un verso, di collocare in maniera temporalmente precisa piano, accordo e attestazione in un momento anteriore rispetto ai successivi atti esecutivi e, per altro verso, di dimostrare la perdurante idoneità del piano a superare la situazione di dissesto dell'impresa anche *ex post*, ossia nel momento in cui viene posto in essere l'atto esecutivo del piano, oltre che di giudicarne la conformità del primo rispetto al secondo. Ci si è domandati se la data certa sia necessaria per tutti gli atti esecutivi ovvero solo per quelli che si caratterizzano per una certa consistenza, sul piano qualitativo e quantitativo; in effetti, in merito agli atti esecutivi minori che si pongano in esecuzione di un accordo quadro avente data certa si può ritenere che il requisito formale non sia necessario, al fine di non appesantire eccessivamente l'operatività. Certo sarà sempre essenziale la chiara riferibilità di tali atti (o categorie di atti) al progetto di risanamento contenuto nel piano e negli accordi che ne sono attuazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il piano, l'attestazione del professionista e gli accordi conclusi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore: è dunque confermata la natura meramente eventuale della pubblicità del piano e la discrezionalità del debitore in merito alla scelta se procedere in tale senso oppure no.

Si rammenta che la pubblicazione del piano è richiesta quale condizione per fruire dell'agevolazione fiscale dell'articolo 88 del Testo unico delle imposte sui rediti (non tassabilità delle sopravvenienze che sono conseguenza di atti/ negozi esecutivi del piano).

IL CONTENUTO DEL PIANO (ARTICOLO 56 CCI)

- La situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
- le principali cause della crisi;
- le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza;
- i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto;
- il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Allegati:

- relazione di attestazione.

1.7 L'attestazione

Corredo essenziale del piano, ai fini della produzione degli effetti suoi propri (esenzione da revocatoria e da responsabilità penale degli atti dispositivi in esecuzione di esso) è l'attestazione, che deve avere a oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano.

Nella attuale versione del codice è stato dunque eliminato il riferimento alla verifica della fattibilità giuridica del piano: l'eliminazione appare coerente con la sostanziale estraneità dalle competenze dell'attestatore per il vaglio circa la fattibilità giuridica (di regola riservata al tribunale); ciò non di meno, in un contesto in cui fisiologicamente difetta ogni forma di controllo giudiziale, l'avere eliminato qualunque verifica preliminare ad opera di un terzo del profilo di fattibilità giuridica può rappresentare un *vulnus* destinato ad emergere e a spiegare i suoi effetti nel prosieguo del risanamento, quando non si siano prodotti gli effetti sperati. Debbono, alla luce della attuale formulazione della norma, sentirsi ulteriormente responsabilizzati gli advisors legali delle parti coinvolte.

L'oggetto della relazione di attestazione attiene essenzialmente alla corrispondenza a verità dei dati di attivo e passivo nonché ad una complessiva valutazione sull'idoneità del piano a realizzare gli obiettivi prefissati (si tratta, in altre parole, di un sindacato sulla causa concreta dello strumento a superare la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore).

La figura dell'attestatore è individuata, all'interno della norma in esame, in forma apparentemente più semplice rispetto a quanto non fosse nella legge fallimentare, dove – a seguito delle modifiche introdotte – l'attestatore era *"un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere* a) *e* b)*"* e poteva considerarsi *"indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del Codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo".

Si tratta solo di una differenza apparente, perché, nell'ambito dell'attività complessiva di riordino della materia concorsuale, il Codice prevede all'articolo 2 una serie di definizioni, tra cui alla lettera *o)* quella del "professionista indipendente".

Va da ultimo sottolineata il possibile cortocircuito che pone l'indipendenza del professionista attestatore allorquando si tratti di modificare il piano attestato. A tale proposito appare ragionevole ritenere che la valutazione dei requisiti di professionalità ed indipendenza dell'attestatore possa sempre essere compiuta caso per caso.

PROFESSIONISTA INDIPENDENTE

"*Il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti:*
1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali;
2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile;
3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa".

1.8 Gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano

Costituisce ancora recepimento di prassi consolidata la codificazione del principio secondo cui gli atti esecutivi del piano devono avere forma scritta ed essere muniti di data certa: ciò è piana conseguenza del fatto che gli effetti "protettivi" che riguardano tali atti (in termini di esenzione da revocatoria ovvero da responsabilità penale), si producono nel caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale: la forma scritta e la sussistenza di data certa dei negozi, potenzialmente idonei a incidere negativamente sulla consistenza patrimoniale del debitore, sono minimi presidi di tutela degli interessi dei creditori, rispetto a comportamenti abusivi del debitore e di terzi beneficiari dell'atto di disposizione.

1.9 Gli effetti protettivi sugli atti esecutivi del piano

Come accennato, analogamente a quanto accadeva nella vigenza della legge fallimentare, gli effetti "protettivi" degli atti compiuti in esecuzione di un piano attestato si producono solo nell'ambito della liquidazione giudiziale.

Una delle più rilevanti novità rispetto al regime previsto dalla legge fallimentare riguarda la delimitazione del perimetro del controllo giudiziario sul piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La giurisprudenza della cassazione nel 2016 (Cassazione 19 dicembre 2016, n. 26226) aveva generato notevoli perplessità sulla tenuta dell'esenzione da revocatoria e sulla stabilità delle operazioni funzionali al risanamento,

(i) sostenendo che il giudice della revocatoria dovesse verificare, sia pur con prognosi postuma, l'idoneità del piano a raggiungere gli obiettivi del risanamento dell'esposizione debitoria e del riequilibrio dell'esposizione finanziaria dell'impresa e

(ii) concludendo che dovesse emergere una "*manifesta attitudine*" del piano a raggiungere questi obiettivi.

In questo quadro si inserisce la norma introdotta dal Codice che prevede che l'**esenzione da revocatoria venga meno soltanto in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore**, ma solo quando il creditore ne fosse "*a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*".

Si può quindi sostenere che il perimetro del sindacato giurisdizionale si restringa per effetto della formulazione attuale della norma.

Il giudice della revocatoria dovrà quindi:

(i) verificare la sussistenza dei requisiti di legge del piano e dell'attestazione, senza formulare un proprio nuovo giudizio di fattibilità del piano, sia pure con valutazione *ex ante*;

(ii) accertare se ricorra un'ipotesi di dolo o colpa grave dell'attestatore ovvero del debitore;

(iii) una volta accertata la sussistenza di quanto esposto al punto che precede, accertare se sussista la sua conoscenza da parte del creditore al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della garanzia (senza rilievo per la mera conoscibilità ferma restando la prova per presunzioni).

Con riguardo al punto (ii) soprastante , la questione più complessa sarà la determinazione di quando potrà ravvisarsi la colpa grave del debitore o dell'attestatore. Sul punto sarà determinante la giurisprudenza che andrà formandosi nei prossimi anni.

Con riguardo al successivo punto (iii) va segnalato che – nella formulazione letterale dell'articolo 166, comma 3, lettera *d)*, CCI – l'unico soggetto il cui stato soggettivo di conoscenza del dolo o colpa grave in capo a debitore o attestatore assume rilevanza ai fini della esclusione della operatività della esenzione parrebbe essere il creditore.

In altre parole, non parrebbe rilevare l'eventuale conoscenza del dolo o della colpa grave del debitore o dell'attestatore che abbiano altri soggetti con cui il debitore si interfacci nell'esecuzione del piano e che non siano creditori. Nella misura in cui si condivide l'opinione che i negozi coperti da revocatoria sono pure quelli che intervengono con i terzi (non creditori) evidentemente deve essere estesa pure a loro la disciplina che esclude l'esenzione nei casi indicati.

Ciò che poi muta sensibilmente rispetto al regime previsto nella legge fallimentare è anche l'estensione dell'esenzione, che oggi comprende espressamente la revocatoria ordinaria (articolo 166, comma 3, lettera *d*), in discontinuità con un recente arresto della Suprema Corte (Cassazione 8 febbraio 2019, n. 3778).

L'esenzione da revocatoria copre unicamente atti, pagamenti e garanzie esecutivi del piano, che siano in questo indicati. Ciò ha posto il problema dell'analiticità della descrizione degli atti esecutivi nel piano affinché questi godano della protezione da revocatoria.

Anche in questo caso, se non si vuole rendere l'adempimento descrittivo eccessivamente oneroso, si potrebbe adottare una interpretazione che faccia riferimento a categorie di atti esecutivi benché questo avvenga comunque con un grado di specificità tale da indentificare chiaramente l'atto come appartenente ad una data categoria conforme alle previsioni del piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.10 Profili critici e considerazioni finali

La disciplina contenuta nell'articolo 56 nel complesso, per tutto quanto illustrato, non contiene novità dirompenti. In sede di primo commento sono stati rilevati taluni profili critici.

Il primo, cui si è fatto cenno già in precedenza, è connesso al rischio che l'inserimento nella norma dell'inciso secondo cui il piano è "rivolto ai creditori" comporti una ingiustificata (e controproducente per il sistema) limitazione della effettiva operatività dell'istituto: si ritiene di avere offerto elementi argomentativi sufficienti a corroborare una interpretazione della norma teleologicamente orientata che scongiura siffatto rischio.

Il secondo è una occasione mancata: sarebbe stato secondo alcuni apprezzabile un intervento del legislatore in merito alla qualificazione come prededucibili dei crediti sorti per l'esecuzione del piano, ma non ancora pagati al momento dell'apertura di un concorso con altri creditori. Ciò perché, in assenza di una previsione espressa, ci si trova di fronte alla situazione per cui i pagamenti eseguiti in attuazione del piano, se intervenuti prima della apertura della liquidazione giudiziale, beneficeranno della esenzione da revocatoria, mentre in caso contrario subiranno la falcidia (con buona pace dei creditori più "pazienti" e meno aggressivi). Pur comprendendo l'apparente disarmonia tra i due trattamenti, probabilmente sul piano sistematico non è possibile soluzione differente, poiché l'articolo 56 disciplina pacificamente un istituto che è estraneo alle procedure concorsuali; dunque l'estensione della previsione della natura prededucibile a crediti sorti in esecuzione di negozi attuativi del piano attestato è difficilmente affermabile.

Una riflessione finale può essere svolta con riguardo alla futura sorte dell'istituto qui in esame, nel sistema complessivamente riformato.

Come noto, infatti, il dato più qualificante della riforma è l'introduzione numerose previsioni che mirano a fare emergere in forma sempre più anticipata la crisi, sin dai suoi primi sintomi: ciò dovrebbe rendere più accessibile in generale anche lo strumento qui in esame, che per le sue caratteristiche è destinato a regolamentare crisi gestite con estrema tempestività.

Ciò vale a maggior ragione ove si consideri che il piano attestato può rappresentare oggi uno dei possibili esiti della composizione negoziata (articolo 22, comma 2 lettera *a*) mutuando da essa taluni vantaggi procedimentali in pendenza delle trattative, con previsione della conclusione di accordi controfirmati dal debitore, dai creditori e dall'esperto, senza necessità di attestazione: il coordinamento di questa peculiare forma di piano di risanamento con la disciplina dell'istituto per come ridisegnato dal legislatore all'articolo 56 potrebbe non essere semplice (funzioni e ruolo dell'esperto sono significativamente diversi da quelli dell'attestatore), ma prassi e giurisprudenza sapranno colmare le lacune.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

Il "nuovo" piano di risanamento: presupposti, forma e contenuto

Luca Jeantet, Paola Vallino

SOMMARIO: 2.1 La natura – 2.2 I presupposti soggettivo e oggettivo – 2.3 Le finalità – 2.4 La forma – 2.5 Il contenuto – 2.6 La durata – 2.7 Le esenzioni civili e penali

La disciplina degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento risiede negli articoli 39, 56, 166 e 324 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

L'obiettivo del legislatore è stato quello di dare compiuta disciplina allo strumento di ristrutturazione del debito in esame, regolandone, oltre agli effetti e alle esenzioni, anche il contenuto, la forma e la finalità. In altre parole, il legislatore della riforma ha modificato e integrato la disciplina già esistente (si veda A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento della crisi*, Giuffrè, 2014) andando a riconoscere una posizione di rilievo a questo istituto, che – nella disciplina vigente – trova regolazione nei limiti del solo effetto esentivo da revocatoria e da reati di bancarotta. In questo senso:

- l'articolo 39 stabilisce quali sono gli obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza;
- il successivo articolo 56, occupandosi in dettaglio dello strumento del piano attestato di risanamento, ne delinea i presupposti e i contenuti;
- l'articolo 166 conferma, invece, l'esenzione da revocatoria (fallimentare e ordinaria) degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse su beni del debitore, a condizione che i medesimi siano esecutivi di un piano attestato di risanamento;
- l'articolo 324, infine, riconosce un'esenzione rilevante sul piano penale per il caso in cui pagamenti e operazioni astrattamente suscettibili di configurare il reato di bancarotta fraudolenta o bancarotta semplice, siano esecutivi di un piano attestato.

2.1 La natura

Il piano attestato di risanamento si caratterizza per la **natura privatistica** dello strumento in sé e degli accordi allo stesso collegati. Questo connota il piano attestato di una **assoluta riservatezza**, che si estende agli accordi a esso collegato, evitando una pubblicità negativa nei confronti degli *stakeholders* e dei clienti con cui l'azienda continuerà ad avere rapporti regolari. Resta, nella disciplina della riforma, la possibilità di pubblicazione del piano e dei collegati accordi nel

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Registro delle imprese, ma questo era e resta nella discrezionalità dell'imprenditore. Non è previsto l'intervento del tribunale sia nella fase delle trattative sia nel processo di definizione degli accordi, con due semplici ma determinanti conseguenze. Da un lato, assume rilevanza il (già importate) ruolo dell'attestatore che è l'unico chiamato a garantire, a fronte di un approfondito lavoro, essenzialmente due elementi:

- in primo luogo, che i dati di partenza su cui poggia il piano sono veritieri e affidabili;
- in secondo luogo, che le assunzioni di piano hanno una logica economico/ finanziaria in grado di prevedere il ragionevole raggiungimento del risanamento dell'impresa, con conseguente possibilità di servire i debiti nella misura e alle condizioni proposte.

CONFRONTO TRA LA DISCIPLINA VIGENTE E QUELLA FUTURA

	Articolo 67, comma 3, lettera d) legge fallimentare	Articolo 56 Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
Presupposto soggettivo	Imprenditore assoggettabile a fallimento	Imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale
Presupposto oggettivo	Difficoltà non irreversibile	Difficoltà non irreversibile
Forma	–	Data certa e forma scritta
Contenuto	–	Contenuto analitico e tipico
Finalità	Risanamento dell'impresa Non mera liquidazione	Risanamento dell'impresa. Non mera liquidazione
Attestazione	Veridicità dei dati e fattibilità del piano	Veridicità dei dati e fattibilità del piano
Durata	–	–
Esenzioni	Da revocatoria (fallimentare e ordinaria)	Da revocatoria (fallimentare e ordinaria), salvo caso di dolo o colpa grave dell'attestatore e / o dell'imprenditore, conosciuti dal creditore
	Dai reati di bancarotta	Dai reati di bancarotta

Dall'altro lato, l'assenza di intervento del tribunale consente di affermare che il piano attestato di risanamento **non è una procedura concorsuale**, non è governabile, né è controllato, da parte di un'autorità pubblica preposta. Quale conseguenza, il piano attestato può non prevedere il coinvolgimento dell'intero ceto creditorio e limitarsi a disciplinare alcune posizioni creditorie particolari; e ciò fermo che, nel più ampio contesto della fattibilità della ristrutturazione, l'attestatore dovrà dare un positivo giudizio circa la complessiva tenuta della stessa operazione.

2.2 I presupposti soggettivo e oggettivo

Due sono i presupposti fondamentali per un **imprenditore** che decida di risanare la propria attività aziendale mediante un piano attestato, che muove da una situazione di **difficoltà aziendale non irreversibile**. Sotto un profilo soggettivo, l'art. 56 del Codice si limita a fare riferimento all'imprenditore, senza alcuna indicazione della qualifica del medesimo.

A differenza dell'articolo 57 del Codice della crisi e dell'insolvenza (che disciplina gli accordi di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ristrutturazione dei debiti), infatti, il legislatore non ha indicato se la disciplina dei piani attestati di risanamento sia applicabile, come oggi è, al solo «imprenditore commerciale» oppure possa essere estesa anche all'imprenditore non commerciale. Il punto è stato oggetto di discussione, tanto che la relazione del 2 ottobre 2018 illustrativa del decreto legislativo di attuazione della legge delega, si esprimeva nel senso di estendere l'applicazione dello strumento in esame anche all'imprenditore non commerciale (*«la legittimazione è attribuita all'imprenditore, anche non commerciale»*).

La relazione finale ha tuttavia precisato che *«è di tutta evidenza che, poiché il beneficio arrecato dal piano è l'esenzione revocatoria disciplinata dalla sezione IV del capo I del titolo V, si tratta di istituto riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale»*.

Quanto precede ha dunque chiarito, in via finale, che, a livello soggettivo, lo strumento in esame è riservato all'imprenditore commerciale, così escludendo gli imprenditori diversi da quest'ultimo.

Per quanto riguarda il secondo presupposto («stato di difficoltà non irreversibile»), questo strumento è applicabile a una situazione di crisi o insolvenza che, pur presupponendo uno squilibrio aziendale, sia recuperabile nell'ottica della continuità aziendale. In altre parole, l'impresa non deve trovarsi in situazione di insolvenza irrimediabile oppure crisi irreversibile, dovendo trattarsi di una crisi contingente e temporanea, destinata a poter essere risolta mediante lo strumento concorsuale protetto e, con esso, mediante l'accordo con i creditori finanziari.

2.3 Le finalità

La disciplina della crisi d'impresa ha sempre inquadrato il piano attestato di risanamento come uno strumento con scopo di **risanamento dell'impresa** e non con finalità meramente liquidatorie. Il Codice della crisi e dell'insolvenza ha confermato questo obiettivo: il piano attestato era e resta finalizzato al recupero di una normale situazione economico/ finanziaria che consenta la conservazione dei valori aziendali e della continuità d'impresa, dovendosi escludere ogni finalità liquidatoria dell'attività aziendale che deve proseguire, in esecuzione dello strumento di ristrutturazione, nell'ambito dell'originario oggetto sociale.

2.4 La forma

Il Codice introduce, nella disciplina del piano attestato di risanamento, alcuni elementi formali che, ancorché già in uso nella prassi ristrutturativa, non erano espressamente indicati nella precedente normativa.

Il piano attestato di risanamento deve avere: data certa e forma scritta.

Quanto alla **data certa**, questa potrà essere apposta, tra l'altro, mediante posta elettronica certificata (Pec), pubblico ufficiale, marca temporale da parte di certificatori qualificati o servizio di data certa digitale Postel.

Quanto alla **forma scritta**, questa non è una particolare novità, in quanto – già prima del Codice – un piano attestato di risanamento, proprio per essere attestato dall'esperto indipendente, non poteva che avere forma documentale e, dunque, scritta.

Queste previsioni sono volte a colmare un'oggettiva carenza dell'originario sistema legislativo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

concorsuale e risulta perfettamente coerente con i principi per la redazione dei piani di risanamento elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili nel settembre 2017, avendo come obiettivo quello di definire forma e sostanza di uno degli strumenti solutori di una crisi d'impresa che ha fatto registrare una massiva applicazione nella prassi ristrutturativa, ma che, al tempo stesso e su base statistica, è risultato spesso inidoneo a consentire un effettivo risanamento, vedendo seguire procedure concorsuali più invasive ed essendosi così dovuta verificare, alla prova dei fatti, la sua effettiva capacità esentiva fallimentare e penale.

A questo si aggiunga che la nuova normativa precisa, anche al fine di scongiurare condotte opportunistiche o collusive, che anche gli **atti unilaterali** o i **contratti esecutivi** del piano attestato di risanamento devono essere, a loro volta, provati per iscritto e devono avere data certa. Valgono dunque, anche per gli atti esecutivi del piano attestato, le medesime formalità già sopra indicate.

2.5 Il contenuto

Il contenuto del piano di risanamento attestato trova la sua disciplina nell'articolo 56. Tale norma è finalizzata a stabilire, nello specifico, il contenuto minimo del piano attestato di risanamento.

CONTENUTO MINIMO

- Situazione economicopatrimoniale e finanziaria dell'impresa;
- principali cause della crisi;
- strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- creditori e dell'ammontare dei crediti per cui si propone la rinegoziazione e lo stato delle trattative;
- apporti di finanza nuova;
- tempi e azioni da compiersi che consentono di verificarne la realizzazione,
- strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto.

Il piano attestato di risanamento deve quindi illustrare le **condizioni**, le **ipotesi** e le **variabili** sulla base delle quali è ragionevole ipotizzare che l'imprenditore possa affrontare e superare la situazione di crisi.

In altre parole e poiché si pone l'obiettivo di risanare l'esposizione debitoria e riequilibrare la situazione finanziaria, il piano attestato di risanamento dovrà:

- offrire un'adeguata descrizione dei fatti che hanno determinato la situazione critica e un'analisi delle relative cause;
- fornire un'esatta fotografia dei processi, della relativa rilevazione contabile e dei loro effetti;
- dare un'immagine della realtà aziendale completa, assimilabile a quella offerta dal bilancio, nel senso che l'intervento di risanamento deve misurarsi sull'intera area aziendale, non solo su quella finanziaria;
- illustrare le assunzioni e i presupposti sui quali il management ritiene di fondare l'intervento di risanamento;
- esporre gli interventi gestionali e organizzativi volti al superamento della criticità, traducendoli in effetti economici, patrimoniali e finanziari;
- descrivere gli interventi specifici sull'indebitamento necessari al recupero del riequilibrio

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

finanziario, la cosiddetta manovra finanziaria; nell'ambito di quest'ultima, trattandosi di uno strumento estremamente flessibile, è possibile prevedere richieste di nuova finanza (seppur senza la caratteristica della prededucibilità in caso di fallimento) o stralci di debito.

2.6 La durata

Un **profilo**, tuttavia, **non** risulta **considerato** nel Codice, vale a dire la durata del piano di risanamento. Spetta dunque ai redattori del piano e all'esperto attestatore colmare questo vuoto sulla base di un criterio di ragionevolezza al fine del risanamento. L'esperienza insegna che i piani attestati di risanamento, così come gli altri strumenti ristrutturativi diversi dal fallimento (*rectius*, liquidazione giudiziale!) hanno una durata media tra i tre e i cinque anni, non superando in concreto questo termine ultimo (sul tema si vedano le rivelazioni empiriche presenti in A. Danovi, F. Magno, G. Dossena, P*ursuing firm economic sustainability through debt restructuring agreements in Italy: an empirical analysis, Sustainability*, 2018).

Il termine finale dei cinque anni, comune nella prassi ristrutturativa, è il massimo arco temporale entro il quale l'attestatore può esprimersi in termine di ragionevolezza della continuità dell'attività aziendale posta alla base dell'operazione di ristrutturazione.

In questo senso, l'orizzonte temporale deve assicurare, anche in termini previsionali, che l'impresa non abbia discontinuità nei pagamenti dei crediti correnti e non incorra in situazioni irreversibili.

Vi sono poi, in concreto, casi di disallineamento temporale tra piano di risanamento, che normalmente deve essere contenuto entro cinque anni, e piano di pagamento dei debiti.

Questo avviene in tutte quelle fattispecie nelle quali residua, a fine arco di piano, un debito che, ancorché preesistente all'operazione di ristrutturazione, vede un ammortamento più lungo, ad esempio perché il creditore ha accettato una maggiore dilazione temporale.

2.7 Le esenzioni civili e penali

La nuova disciplina della crisi d'impresa non introduce **alcuna novità** in materia di efficacia esentiva da revocatoria degli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento. L'articolo 166 del Codice conferma, infatti, la precedente normativa secondo cui *"non sono soggetti all'azione revocatoria ... 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. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria"*. Questa normativa si distingue tuttavia da quella previgente per l'introduzione di due parametri in presenza dei quali non trova applicazione l'esenzione da revocatoria del piano attestato di risanamento.

L'articolo 166 in esame prevede, infatti, che "*l'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*".

Quanto precede muove dalla considerazione che l'esenzione da revocatoria è ragionevole se e solo se questo non sia inficiato ab origine dal dolo o dalla colpa grave di attestatore e/o debitore nella rappresentazione al creditore delle prospettive di risanamento, nonché nella tutale del terzo creditore che, facendo affidamento sull'operato dell'attestatore e/o sulla condotta

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'imprenditore, abbia confidato nel buon esito di un atto collegato alla medesima operazione di ristrutturazione.

Sotto altro profilo e guardando alla disciplina penale contenuta nel Codice, l'articolo 324 conferma la già esistente esenzione per il caso in cui pagamenti e operazioni astrattamente suscettibili di configurare il reato di bancarotta fraudolenta o bancarotta semplice, siano esecutivi di un piano attestato.

Come puntualmente osservato nella relazione illustrativa al Codice, queste esenzioni mirano a sostenere il ricorso in concreto allo strumento del piano attestato di risanamento in quanto garantiscono "*stabilità agli atti compiuti in presenza di una situazione di insolvenza o di rischio di insolvenza in caso di non impossibile esito negativo della procedura*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti

Carlo Trentini

SOMMARIO: 3.1 Gli aspetti negoziali – 3.2 I finanziamenti prededucibili – 3.3 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa – 3.4 Il procedimento

Il Codice, anche nelle ultime modificazioni apportate dal decreto legislativo 83/2022, non ha modificato radicalmente, nel suo impianto complessivo, le linee portanti dell'istituto. Le linee guida degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sia dal punto di vista del diritto sostanziale, sia per gli aspetti procedurali, sono state, nel complesso, confermate; con tutto ciò, vanno segnalate importanti novità, fondamentalmente ispirate, da un lato, all'introduzione – a determinate condizioni e *in nuce* – del principio maggioritario proprio del concordato preventivo e, dall'altro, all'intento di favorire il ricorso agli accordi, in particolare estendendo la figura degli accordi *ex* articolo 182 *septies* L. Fall. a ogni tipologia di creditori e, infine, alla volontà di armonizzare, quanto meno in parte, la disciplina processuale degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo.

3.1 Gli aspetti negoziali

3.1.1 Natura

Dal punto di vista strettamente negoziale, gli accordi sono negozi di diritto privato stipulati tra il debitore e i creditori, ovvero almeno una percentuale qualificata dei creditori e finalizzati alla composizione della crisi o dell'insolvenza.

A lato di tali accordi, sempre al fine di pervenire al riequilibrio economico-finanziario, l'imprenditore stipula di regola altri negozi, con terzi, previsti nel piano (quali vendite, finanziamenti, ecc.).

3.1.2 Modifiche

Considerati gli accordi nella loro natura di negozi di diritto privato, agli stessi si applicano, in generale, le norme di diritto comune in tema di validità del contratto. Così come, una volta concluso un contratto, non è ammessa la **revoca del consenso** prestato, questo potendosi sciogliere

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

solo per mutuo consenso ovvero nei casi previsti dalla legge (articolo 1372 Cc), eguale regola trova applicazione ai negozi che s'inquadrano nell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ma anche le stesse **modificazioni consensuali** degli accordi – sia in corso di procedimento sia dopo l'omologazione degli accordi – in tanto sono da considerarsi ammissibili, in quanto le modifiche apportate non siano sostanziali; nel caso in cui, prima dell'omologazione, intervengano modifiche sostanziali del piano, l'attestazione va rinnovata e il debitore deve chiedere il rinnovo del consenso ai creditori parti degli accordi (articolo 58, comma 1 CCI). Tale regola si applica anche in caso di modifiche sostanziali del piano. Se, invece, successivamente all'omologazione, si rendono necessarie modifiche sostanziali del piano (anche per effetto di variazioni del contenuto degli accordi), occorre provvedere al rilascio di una nuova attestazione, alla pubblicazione del nuovo piano e della nuova attestazione nel Registro delle imprese, e all'inoltro di un avviso, per lettera raccomandata o per posta elettronica certificata, ai singoli creditori, ai quali è data facoltà di proporre opposizione al tribunale entro trenta giorni dalla data della ricezione dell'avviso (articolo 58, comma 2 CCI).

3.1.3 Ammissibilità di condizioni

Agli accordi possono essere apposte condizioni, tanto risolutive quanto sospensive; in particolare è frequente l'apposizione della condizione sospensiva dell'omologazione degli accordi; nel caso di ogni altra condizione, affinché sia possibile attestare la fattibilità economica e giuridica del piano, è necessario che il piano preveda misure alternative per il caso del mancato realizzarsi della condizione sospensiva ovvero per il verificarsi della condizione risolutiva.

GLI ACCORDI SONO AMMISSIBILI SE IL PIANO È LIQUIDATORIO?

Nell'interpretazione della legge fallimentare è discusso se gli accordi siano o meno compatibili con **soluzioni liquidatorie della crisi**. Dall'articolo 61, comma 5 CCI – che prevede la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa (di regola, ammissibili soltanto se il piano contempla la continuità aziendale), anche senza che ricorra tale condizione, purché almeno la metà dell'indebitamento complessivo sia verso banche e intermediari finanziari – si desume che il piano degli accordi non deve necessariamente prevedere la continuità aziendale e che, quindi, sono ammissibili accordi aventi un piano liquidatorio.

La ristrutturazione può dunque attuarsi secondo le direttrici più diverse: liquidatoria ovvero di continuità aziendale, così come può prefigurarsi il riequilibrio attraverso una soluzione dilatoria, i.e. il semplice riscadenzamento dei debiti e degli oneri finanziari, specialmente se viene ridotto l'indebitamento complessivo, attraverso la liquidazione di beni non strumentali ovvero l'apporto di nuovo capitale.

Un altro, specifico, requisito contenutistico è stato introdotto dal Codice della crisi, esattamente dall'articolo 57, comma 2, a tenore del quale "*gli accordi devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione*".

3.1.4 Contenuto

Gli accordi possono avere il contenuto più diverso.

Esaminati dal punto di vista delle diverse tipologie, gli accordi possono riguardare:

› la **struttura dell'indebitamento** (rinegoziazione delle scadenze, delle garanzie e degli interessi; rimessioni, totali o parziali, di debiti o rinunzia a crediti; *pacta de non petendo*; con-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

solidamento dei debiti chirografari; conversione dei debiti in capitali di rischio, eccetera);
- la **composizione dell'azienda e del patrimonio** attivo in genere (dismissione dei cespiti non strategici, di rami d'azienda e della stessa azienda; riduzioni di personale; affitti, in particolare a una *newco*, cui vengono trasferiti, prospetticamente, i componenti attivi del patrimonio);
- interventi circa la **gestione dell'impresa** e gli **assetti societari** (sostituzione di *manager*; inserimento di nuovi componenti degli organi di gestione e di controllo, in ispecie su indicazione dei creditori più forti; mutamento nella composizione dell'azionariato; in forza dell'**articolo 120 *bis***, introdotto dal secondo decreto correttivo, possono altresì prevedersi modificazioni statutarie della società debitrice, inclusi aumenti e riduzioni di capitale, anche con limitazioni o esclusione del diritto di opzione, e altre operazioni che incidano direttamente sui diritti di partecipazioni dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni).

Le varie, possibili, tipologie di interventi possono, ovviamente, combinarsi; è così possibile, per esempio, prendere accordi che prevedano – contemporaneamente – la cessione di cespiti non strategici (per creare liquidità), e, al contempo, la rinegoziazione delle scadenze con i creditori, con costituzione di nuove garanzie, anche di terzi (soci, amministratori, nuovi soci) nonché la sostituzione dei *manager*, eccetera.

In ogni caso, negli accordi devono indicarsi gli elementi del piano che ne consentono l'esecuzione (articolo 57, comma 2 CCI).

3.1.5 Forma

Quanto alla forma degli accordi, nel Codice della crisi è espressamente prevista la forma scritta (articolo 56, comma 5).

Facendo applicazione della disciplina di diritto comune in tema di forma dei contratti, occorre precisare che gli accordi devono presentare **sottoscrizione autentica**, questa essendo la lettura prevalente nella giurisprudenza che motiva tale orientamento, innanzi tutto, con il fine di assicurare la certezza della provenienza dell'atto e, in secondo luogo, perché tale forma garantisce il titolo richiesto per la pubblicazione degli accordi nel Registro delle imprese.

"ACCORDO" O "ACCORDI"?

Contrariamente a quanto sostenuto da un orientamento dottrinale oramai minoritario, può considerarsi pacifico che **non** è affatto **necessario** che il debitore stipuli con i creditori **un unico contratto** plurisoggettivo (o plurilaterale); deve considerarsi perfettamente ammissibile che più accordi siano conclusi – e le relative sottoscrizioni autenticate – separatamente e in tempi diversi. L'ammissibilità di una pluralità di accordi è pacificamente ammessa in giurisprudenza.

3.1.6 Percentuale di adesione

L'articolo 57, comma 1, CCI conferma la regola già vigente nella legge fallimentare, per la quale gli accordi vanno conclusi con creditori «che rappresentino **almeno il 60%** dei crediti».

Deve ritenersi confermata anche la lettura unanime, vigente la legge fallimentare, circa il criterio per determinare la **totalità del montecrediti** su cui calcolare la percentuale: andranno con-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

teggiati tutti, indistintamente, i crediti, siano essi chirografari, prelatizi o prededucibili; siano scaduti o da scadere (come si desume anche dalla regola dettata per la soddisfazione dei creditori estranei, con termini differenziati a seconda che siano o meno scaduti alla data dell'omologazione); già accertati giudizialmente o meno; eccetera.

Il Codice ha espunto la norma della legge fallimentare, a tenore della quale non si computano nel totale dei crediti quelli relativi ai finanziamenti finalizzati alla presentazione della domanda di omologazione degli accordi (articolo 182 *quater*, secondo e ultimo comma, L.F.).

3.1.7 Impugnabilità di diritto civile degli accordi

Questione di non agevole soluzione è quella della possibilità dell'impugnazione in un ordinario giudizio di cognizione degli accordi, una volta omologati. Il problema, per nulla teorico, riguarda l'assoggettamento degli accordi, intesi nel senso negoziale, alle azioni d'invalidità; in particolare di annullamento per errore, ma anche per altri vizi; ovvero di nullità, rescissione, risoluzione.

La natura negoziale degli accordi sembrerebbe imporre di considerare la loro soggezione agli ordinari rimedi.

D'altro lato, non può dimenticarsi che gli accordi s'inseriscono in un procedimento di natura giudiziaria, sono potenzialmente esposti alle eccezioni dei creditori che possono opporsi alla loro omologazione, e sono infine sottoposti al vaglio del tribunale che, oltre ad altri aspetti, ne deve verificare la validità giuridica; senza contare che l'articolo 57, comma 4, CCI espressamente prescrive che un professionista indipendente deve attestare la fattibilità – in forza del decreto correttivo del 2022, che ha eliminato ogni qualificazione di questa – tanto economica che giuridica del piano, valutazione che indefettibilmente esige che siano esaminati gli accordi e se ne escluda l'invalidità (che pregiudicherebbe la fattibilità giuridica). Ma, soprattutto, va considerato che, una volta intervenuta l'omologazione, l'unico rimedio che il Codice prevede è il **reclamo alla corte d'appello** (articolo 51 CCI).

Ammettere, in alternativa, l'impugnazione degli accordi con gli ordinari strumenti di diritto comune finirebbe per:

- consentire il sovrapporsi di una valutazione giudiziaria alternativa a quella resa dal tribunale in sede di omologazione;
- permettere di ridiscutere della validità degli accordi anche una volta scaduti i termini del reclamo;
- soprattutto, cagionare potenzialmente l'effetto di porre nel nulla gli effetti previsti negli accordi, così pregiudicando la realizzazione del piano e, quindi, la soluzione della crisi o dell'insolvenza (con l'ulteriore, contraddittoria, conseguenza, che gli atti esecutivi degli accordi, divenuta definitiva l'omologazione, sarebbero sottratti alla possibile azione revocatoria, in caso di apertura della liquidazione giudiziale del debitore).

3.1.8 Accordi di ristrutturazione agevolati

Sempre con riferimento agli aspetti negoziali, la riforma – ma anche il Dl 118/2021, mediante il nuovo articolo 182 *novies* L. Fall. – ha introdotto un *subgenus* del tutto nuovo, contraddistinto da una regola particolare circa la percentuale dei creditori aderenti: gli «accordi di ristrutturazione agevolati» (articolo 60 CCI), per i quali è sufficiente l'adesione agli accordi di creditori che rappresentino **soltanto il 30%** del totale dei crediti, alla duplice condizione che:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- non si proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei agli accordi;
- il debitore non chieda e rinunzi a chiedere misure protettive temporanee.

3.1.9 Diritti dei creditori non aderenti

Non muta, rispetto alla disciplina della legge fallimentare, la regola relativa agli obblighi del debitore nei confronti dei creditori che non aderiscano agli accordi ("creditori estranei", così testualmente chiamati anche nel Codice – cfr. articolo 57).

L'articolo 57, comma 3 CCI prevede che, quanto ai creditori estranei, gli accordi debbano essere idonei ad assicurare il **pagamento integrale**, con la precisazione, quanto ai termini, che questo deve intervenire con una **dilazione di centoventi giorni**, rispetto alla scadenza, se successiva all'omologazione ovvero dall'omologazione, se anteriore.

Non v'è ragione per deviare dall'interpretazione pacificamente accolta dagli interpreti della legge fallimentare, per cui per «pagamento integrale» s'intende il pagamento:

- del totale del credito (e non per una percentuale);
- secondo il mezzo e il modo convenzionalmente pattuiti o, in difetto, trattandosi di obbligazioni pecuniarie, in danaro (è inammissibile l'*aliud pro alio*, salvo che il creditore non vi consenta).

È controverso, se per effetto della dilazione di pagamento, il debito si accresca degli interessi per il ritardo; quanto alla corrispondente norma della legge fallimentare, l'interpretazione non è univoca: chi sostiene la tesi negativa invoca, in via analogica, le regole circa i riparti nelle procedure concorsuali; altri, sempre per la negativa, hanno osservato che, per la maturazione degli interessi, occorre che il debito sia scaduto; in senso contrario, si sostiene che la legge prevede la sola moratoria del pagamento e che da questa regola non sarebbe lecito desumere altri effetti, soprattutto in considerazione dell'inesistenza, nell'istituto degli accordi, di alcuna sospensione del decorso degli interessi (a differenza del regime del concordato preventivo). E, tenuto conto di tale argomento, la tesi che riconosce il decorso degli interessi, anche nel periodo di dilazione, è da considerarsi preferibile.

3.1.10 Effetti degli accordi verso fideiussori, coobbligati e obbligati in via di regresso

Per quanto attiene agli effetti degli accordi rispetto ai coobbligati e ai soci solidalmente responsabili, il Codice, allo scopo di superare le divergenze diffuse in sede d'interpretazione della legge fallimentare, ha introdotto una disciplina dettagliata. L'articolo 59 CCI prevede che:

- per i creditori aderenti, la conclusione dell'accordo comporta gli effetti dell'articolo 1239 Cc (la liberazione dei garanti, che rimangono tenuti nei limiti degli accordi raggiunti) (comma 1);
- negli accordi a efficacia estesa rimangono impregiudicati i diritti dei creditori non aderenti - cui sono estesi gli effetti dell'accordo con la percentuale del 75% degli appartenenti alla stessa categoria – nei confronti dei fideiussori, dei coobbligati e degli obbligati in via di regresso (comma 2);
- (se ne desume, *a contrario*, che) anche nella tipologia ordinaria degli accordi, i creditori non aderenti conservano impregiudicati i loro diritti nei confronti di fideiussori, coobbligati e obbligati in via di regresso;
- salvo patto contrario, gli accordi riguardanti la società hanno effetto liberatorio nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, a meno che essi abbiano prestato autonoma garanzia per i debiti sociali – e sempre salvo che non sia diversamente previsto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.2 I finanziamenti prededucibili

Il Codice della crisi ha ridisegnato anche la disciplina dei finanziamenti in funzione, in corso e in esecuzione di procedura. Per quanto riguarda i **finanziamenti anteriori** alla presentazione della domanda, l'articolo 99 CCI ammette la prededucibilità dei relativi crediti esclusivamente nel caso in cui essi siano funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa, anche quando tale continuazione serva unicamente alla liquidazione ovvero «all'apertura e allo svolgimento» della procedura.

Riferendosi a «finanziamenti» la legge dichiaratamente prescinde dalla forma tecnica («in qualsiasi forma») e assimila agli stessi l'emissione di garanzie, funzionali all'esercizio dell'impresa sino all'omologazione degli accordi, come pure successivamente – in ogni caso, funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. La prededuzione è accordata anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione degli accordi, quando detti finanziamenti siano previsti nel piano e la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di omologa (comma 5).

L'autorizzazione a contrarre i finanziamenti e le altre operazioni assimilate può essere chiesta anche con la domanda di accesso alla procedura; la richiesta deve specificare:

- la destinazione dei finanziamenti;
- che il debitore non sarebbe diversamente in grado di reperirli;
- che la loro assenza determinerebbe «grave pregiudizio» per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura.

Salvo che il tribunale non ravvisi l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave e irreparabile all'attività aziendale, la richiesta di autorizzazione deve essere accompagnata dall'attestazione di un professionista indipendente che attesti la ricorrenza dei requisiti di legge nonché che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (comma 2).

Quanto ai **finanziamenti per l'esecuzione degli accordi**, l'articolo 101, comma 1, CCI prevede la prededucibilità dei relativi crediti a condizione che:

- sia prevista la continuità aziendale;
- gli accordi siano omologati;
- i finanziamenti siano – espressamente – previsti nel piano.

A norma dell'articolo 101, comma 2 CCI, in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, la **prededucibilità dei crediti** si conserva, a meno che il piano dell'accordo risulti – sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito – basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore abbia compiuto atti in frode ai creditori e il curatore provi che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, erano consapevoli di dette circostanze.

Infine, quanto ai **finanziamenti dei soci** (s'intende nel caso di finanziamenti in funzione dell'accesso e della prosecuzione della procedura ovvero per l'esecuzione del piano), in deroga agli articoli 2467 e 2497 *quinquies* Cc, l'articolo 102 CCI prevede che i relativi crediti siano assistiti da prededuzione nei limiti dell'80% del loro ammontare. Anche per i finanziamenti dei soci vale la regola che si considerano tali, ai fini della specifica disciplina, anche le nuove garanzie e controgaranzie, e che è indifferente la forma tecnica dell'operazione.

La prededuzione è invece accordata per l'intero ammontare nel caso in cui il finanziamento sia erogato da chi acquisti la qualità di socio in esecuzione degli accordi di ristrutturazione (articolo 102, comma 2, CCI).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.3 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa

Una figura particolare di accordi, che costituisce l'evoluzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti con creditori bancari e intermediari finanziari (introdotti dall'articolo 182 *septies* legge fallimentare), è rappresentata dagli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (articolo 61 CCI).

Tale tipologia di accordi conserva immutata la caratteristica di prevedere che, raggiunta l'adesione di creditori che rappresentino il **75%** del totale dei crediti appartenenti a una determinata categoria (i.e. classe), gli effetti dell'accordo possano essere estesi, in deroga agli articoli 1372 e 1411 Cc, anche alla percentuale non aderente, a particolari condizioni.

La principale – e fondamentale – differenza rispetto alla disciplina originaria della legge fallimentare è costituito dal fatto che, nella figura originaria, tale possibilità di estensione aveva come presupposti e limiti:

- che almeno il 50% del totale dei crediti fosse in capo a banche o intermediari finanziari;
- la possibilità di estensione soltanto nei riguardi di creditori parimenti appartenenti a dette tipologie di creditori.

Il nuovo istituto consente l'estensione degli effetti indipendentemente dalla composizione del ceto creditorio e indifferentemente a **tutte le tipologie di creditori**.

In contropartita, la seconda, rilevantissima, differenza rispetto all'istituto originario è costituita dalla condizione che il piano sotteso agli accordi abbia carattere **non liquidatorio**, dovendo prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta (ai sensi dell'articolo 84 CCI).

Si osservi che, in forza del Dl 118/2021, tali caratteristiche dell'istituto del CCI sono state traslate nel testo dell'articolo 182 *septies* della legge fallimentare.

Valgono sempre, poi, una serie di **condizioni**:

- i creditori aderenti, appartenenti a una determinata categoria, devono rappresentare almeno il 75% del totale dei crediti;
- i creditori cui gli effetti vengono estesi devono essere soddisfatti in misura *non inferiore* rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale;
- tutti i creditori devono essere stati informati dell'avvio delle trattative, posti in condizione di parteciparvi in buona fede e aver ricevuto complete e aggiornate informazioni;
- ai creditori cui il debitore intende estendere gli effetti degli accordi, devono essere notificati accordi, domanda di omologazione e i documenti a questa allegati;
- in nessun caso, per effetto degli accordi, può imporsi ai creditori cui l'accordo è stato esteso l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di nuovi affidamenti e il mantenimento delle linee di credito esistenti;
- i creditori non aderenti della medesima categoria sono legittimati a proporre opposizione, con termine iniziale coincidente con la data della ricezione della comunicazione a loro singolarmente indirizzata (comma 3).

Esiste poi una variante assai importante: quella prevista dall'articolo 61, comma 5, CCI.

Per questa, è possibile accedere agli accordi a efficacia estesa **anche senza la previsione della continuità aziendale**, nel caso in cui l'imprenditore abbia debiti nei confronti di banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. In tal caso l'estensione degli effetti è pur sempre possibile, anche se non è prevista la continuità aziendale, ma soltanto nei riguardi di creditori appartenenti alle medesime tipologie creditorie (banche e intermediari finanziari).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.4 Il procedimento

3.4.1 Presupposti, competenza, domanda

Quanto al **presupposto soggettivo**, è stata conservata la peculiarità di disciplina che contraddistingueva gli accordi rispetto al concordato preventivo: a norma dell'articolo 57 CCI è ammesso alla procedura «l'imprenditore anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore». Se ne desume che l'istituto è riservato:

- agli imprenditori commerciali che non rientrino nei limiti dimensionali dell'imprenditore minore (espressamente escluso);
- agli imprenditori agricoli, per i quali è stata conservata la possibilità di accedere, quale che sia la loro dimensione e la loro forma giuridica, alla procedura di accordi di ristrutturazione e alle procedure di composizione del sovraindebitamento del concordato minore (cfr. articolo 74 CCI) e della liquidazione controllata (cfr. articolo 268 CCI, cui è assoggettato «il debitore in stato di sovraindebitamento», precisando l'articolo 2, lettera *c)* CCI che il sovraindebitamento è lo stato di crisi o di insolvenza in cui versa il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, le *start-up* innovative e «ogni altro debitore non assoggettabile a liquidazione giudiziale» o alle altre procedure concorsuali liquidatorie maggiori).

Quanto al **presupposto oggettivo**, lo stesso articolo 57 CCI risolve la questione se all'istituto possa accedersi anche nel caso in cui il debitore versi in stato d'insolvenza (la legge fallimentare enunciava il solo stato di crisi), prevedendo che gli accordi di ristrutturazione sono conclusi dall'imprenditore "in stato di crisi o di insolvenza".

Secondo quanto dispone l'articolo 120 *bis*, introdotto dal secondo decreto correttivo, per le società – così come, nei limiti della compatibilità, per gli altri enti collettivi legittimati alla procedura - spetta in via esclusiva agli amministratori, la **decisione di accedere** agli accordi di ristrutturazione dei debiti (così come agli altri strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza); e soltanto gli stessi amministratori decidono in che termini regolare la crisi e quindi il contenuto degli accordi. La decisione deve risultare da **verbale redatto da notaio** e deve essere depositata presso il registro delle imprese. La domanda di accesso al procedimento deve essere sottoscritta da chi ha la rappresentanza della società.

Il **tribunale competente** è individuato – con disposizione riguardante indifferentemente tutti i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o di composizione del sovraindebitamento – con riferimento al tribunale nel cui circondario il debitore ha il «centro degli interessi principali» (articolo 27, comma 2, CCI). L'articolo 27, comma 3 CCI, nel definirne la nozione, non attua il superamento della regola della prevalenza della sede effettiva rispetto a quella legale, affermando il principio per cui – per gli imprenditori – il COMI (*Centre of main interests*) coincide presuntivamente con la sede legale risultante dal Registro delle imprese salva la prevalenza della «sede effettiva dell'attività abituale».

La riforma mantiene sostanzialmente invariate le linee portanti del procedimento di omologazione degli accordi, ma, da un lato, introduce norme espresse corrispondenti ad alcune già enucleate in via interpretativa e, dall'altro, apporta alcune variazioni.

Con modifica introdotta dal decreto correttivo del 2022, l'articolo 40, comma 4, CCI stabilisce che gli accordi debbano essere pubblicati presso il Registro delle imprese contestualmente al deposito (non è stata risolta la questione circa quale dei due adempimenti debba precedere

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'altro, ovvero se prima vada depositato e poi pubblicato o viceversa). Unitamente agli accordi, va iscritta nel Registro delle imprese anche la domanda (cfr. articolo 48, comma 4, CCI che espressamente individua il *dies a quo* per l'opposizione nella data dell'iscrizione della domanda nel Registro delle imprese). Al ricorso vanno accompagnati, con disposizione comune al concordato preventivo (articolo 39, commi 1 e 2, CCI), **una serie di documenti**:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie e le dichiarazioni dei redditi riguardanti gli ultimi tre esercizi o gli anni precedenti ovvero *"l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale";*
- le dichiarazioni Irap e le dichiarazioni Iva annuali relative agli stessi periodi;
- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
- (anche in formato digitale) una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività; l'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti ed eventuali cause di prelazione; l'elenco nominativo dei titolari di diritti reali e personali su beni in possesso del debitore.

Negli accordi, che vanno depositati con la domanda, va fatta menzione del **piano** che ne consente l'esecuzione; anche il piano, che va redatto secondo le prescrizioni dell'articolo 56 CCI in tema di piani attestati di risanamento, va depositato con la domanda.

3.4.2 Attestazione

Il piano degli accordi deve essere accompagnato da un'attestazione rilasciata da un professionista indipendente. La relazione d'attestazione presenta, rispetto a quella prevista per il concordato preventivo, una particolarità: oltre ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, *"l'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei"* (articolo 57, comma 4, CCI). La disposizione conferma la particolare attenzione del legislatore per i creditori estranei, i quali, senza aderire agli accordi, devono subire l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti esecutivi del piano e degli accordi, potenzialmente idonei a recare grave danno agli stessi, privandoli della possibilità di soddisfarsi su tali beni, in caso di mancato pagamento dei loro crediti.

Il CCI prevede un procedimento unitario per la **richiesta di termini per il deposito** del piano, della proposta e dei documenti (del concordato preventivo e) degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e del piano di ristrutturazione *ex* articolo 64 *bis*) (articolo 44, comma 1, lettera a): su istanza del debitore, il tribunale può concedere all'uopo un termine compreso tra trenta e sessanta giorni – prorogabile di non oltre sessanta giorni, purché non siano pendenti istanze per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Al fine di ottenere il termine, il ricorrente deve allegare i documenti di cui all'articolo 39, comma 1, CCI. Nel fissare il termine, il tribunale nomina un commissario giudiziale, con il compito di vigilare su atti di frode o pregiudizievoli per i creditori e riferirne al tribunale (articolo 44, comma 1, lettera *b*).

Più in generale, la figura del **commissario giudiziale** è prevista dal Codice anche nel procedimento degli accordi: a norma dell'articolo 40, quarto comma, secondo periodo, CCI, nel caso in cui la domanda di accesso al giudizio di omologazione degli accordi sia proposta in pendenza di istanza per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, il tribunale *"deve"* disporre la nomina del commissario giudiziale *"quando è necessaria per tutelare gli interessi delle parti istanti"*; il tribunale – con il decreto *ex* articolo 48, comma 4, di omologazione degli accordi – può comunque nominare un commissario giudiziale, o confermare

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

quello nominato con il provvedimento *ex* articolo 44, comma 1, lettera *b),* di concessione del termine, di cui sopra.

3.4.3 Misure cautelari e protettive

In tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, importanti modifiche risultano introdotte dal Codice, in tema di misure protettive e cautelari.

L'articolo 54 CCI introduce un generale potere del tribunale di disporre, *su istanza di parte*, **provvedimenti cautelari** della più varia natura, anche innominati, tra cui – espressamente menzionati – quelli di nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, finalizzati ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Trattasi di un'estensione a tutti gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza del potere già previsto dall'articolo 15, comma 8, L. Fall., in tema di misure cautelari nel corso del procedimento per l'apertura della procedura concorsuale maggiore.

Per quanto riguarda le **misure protettive** (inibizione delle azioni esecutive e cautelari), nel Codice è superata la regola per cui il deposito della domanda, di per sé solo, determina il prodursi degli effetti inibitori. A norma dell'articolo 54, comma 2 CCI, l'inibitoria si dispiega solo *«se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda»* di accesso alla procedura ovvero "con successiva istanza". È poi possibile (articolo 54, comma 3, CCI) chiedere l'inibitoria anticipatamente rispetto al deposito della domanda, ma occorre allegare la documentazione d'ordinario richiesta per l'accesso, la proposta d'accordo e apposita attestazione di un professionista da cui consti che sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% del totale del montecrediti e che, ove questa sia accettata, gli accordi sono idonei ad assicurare il pagamento dei creditori che non partecipano alle trattative o che hanno negato il loro consenso.

Questa disposizione si applica anche agli accordi ad efficacia estesa (articolo 61).

Il provvedimento in tema di misure protettive è disposto dal giudice designato anche senza istruttoria, se ricorrono motivi d'urgenza. In ogni caso, una volta disposte tali misure, il giudice fissa un'udienza onerando il debitore d'informare le altre parti e, all'esito dell'udienza, i provvedimenti già emanati vengono confermati o modificati o revocati; le misure protettive sono disposte per un termine massimo di quattro mesi (articolo 55, comma 3, secondo periodo, CCI).

È venuto meno il termine fisso di sessanta giorni dalla data della pubblicazione nel Registro delle imprese che, a norma dell'articolo 182 *bis* legge fallimentare, decorreva automaticamente dalla data della pubblicazione degli accordi nel Registro delle imprese, salvo scadere, di diritto, e senza alcuna possibilità di proroga, al sessantesimo giorno.

Per altro verso, non si deve credere che, una volta disposte le misure protettive, queste perdurino *in aeternum*. E infatti:

- innanzi tutto, non possono essere disposte per più di quattro mesi;
- in caso di **atti di frode**, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, il tribunale, sentite le parti, revoca o modifica le misure protettive (articolo 55, comma 5, CCI);
- parimenti, quando il tribunale accerti che le misure protettive concesse non soddisfano più l'obiettivo di agevolare le trattative (articolo 55, comma 5, CCI);
- in ogni caso, la durata complessiva delle misure protettive non può mai superare il **periodo massimo**, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe (articolo 8 CCI).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.4.4 Giudizio di omologazione

Le scansioni procedimentali del giudizio di omologazione degli accordi risultano simili a quelle della legge fallimentare:

- non è previsto decreto di apertura della procedura (ma deve ricordarsi che, se sono pendenti istanze di apertura della liquidazione giudiziale, il tribunale provvede alla nomina di un commissario giudiziale "*quando è necessario per tutelare le parti istanti*" – articolo 40, comma 4, CCI);
- i creditori, che non necessariamente devono essere individualmente informati dell'avvio del giudizio, sono legittimati a proporre **opposizione**, con memoria depositata nel termine di trenta giorni dalla data della iscrizione della domanda nel Registro delle imprese (articolo 48, comma 4, primo periodo, CCI);
- in contrasto con la prevalente interpretazione dell'istituto nella legge fallimentare, non è prevista la sospensione del termine per il periodo feriale (valendo la regola generale che, se diversamente non è disposto, i termini processuali del CCI non sono soggetti a sospensione – articolo 9, comma 1, CCI);
- il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, se nominato, e, all'esito dell'istruttoria (anche d'ufficio), provvede, con sentenza, decidendo sulle eventuali opposizioni e sull'omologazione (o meno) (articolo 48, comma 4, CCI);
- se il tribunale non omologa gli accordi, dichiara con sentenza l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, se è pendente la relativa istanza (articolo 48, comma 6, CCI).

Sostanzialmente immutate queste **regole**, altre risultano **cambiate**; le seguenti:

- innanzitutto, come per il concordato preventivo, il provvedimento finale non è più costituito da un decreto, bensì da una **sentenza** (cfr. articolo 48, commi 4 e 6, CCI);
- in secondo luogo, quando l'amministrazione finanziaria o gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie non abbiano aderito all'accordo, e la loro adesione sia determinante per il raggiungimento della percentuale legale per la legittimità degli accordi, il tribunale omologa comunque gli accordi quando *«anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria»* (articolo 63, comma 2 *bis*, CCI);
- il termine per la proposizione del reclamo alla corte d'appello avverso la sentenza di omologazione è di trenta giorni (secondo la legge fallimentare, quindici giorni); l'articolo 51, comma 3, CCI riconnette il *dies a quo*, per le parti (debitore e opponente), alla data della notificazione (*recte* comunicazione) telematica a cura dell'ufficio e, per tutti gli altri interessati, alla data della iscrizione della sentenza nel Registro delle imprese;
- proposta impugnazione, la corte d'appello, ricorrendo gravi motivi, può disporre la sospensione degli atti esecutivi del piano degli accordi nonché dei pagamenti, adottando eventualmente le opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale (articolo 52, commi 1, secondo periodo e 2 CCI);
- in caso di revoca della sentenza di omologazione degli accordi, con disposizione simile a quella dettata per la liquidazione giudiziale, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore e dagli organi della procedura prima della revoca (articolo 53, comma 5, terzo periodo, CCI);

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- è espressamente prevista la ricorribilità per cassazione della sentenza che decide sul reclamo; il termine per l'impugnazione di legittimità è di trenta giorni dalla notificazione (articolo 51, comma 13, CCI);
- infine, risolvendo una questione dibattuta nell'interpretazione della legge fallimentare, l'articolo 43 CCI dispone che chi abbia presentato una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza può rinunziarvi e che la rinuncia comporta estinzione del procedimento, fatta salva (comma 1) la volontà di proseguirlo manifestata dagli intervenuti o dal pubblico ministero; il tribunale, nel pronunziare il decreto di estinzione, condanna alle spese la parte che vi abbia dato causa (comma 2).

Il cancelliere, se la domanda è stata iscritta al Registro delle imprese, comunica immediatamente il decreto al medesimo registro per l'iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Gli accordi di ristrutturazione agevolati e a efficacia estesa

Cristina Bauco

SOMMARIO: 4.1 La legge delega e i nuovi accordi – 4.2 Gli accordi di ristrutturazione agevolati – 4.3 Gli accordi a efficacia estesa – 4.4 I creditori non aderenti – 4.5 Gli accordi a efficacia estesa con banche e intermediari finanziari – 4.6 Le attestazioni del professionista

Il Capo I del Titolo IV del Codice della crisi, nella sezione II, a seguito delle modifiche apportate dal Dlgs n. 83 del 17 giugno 2022, disciplina gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria e gli accordi su crediti tributari e contributivi.

Con intento meramente ricognitivo, si evidenzia che delle otto disposizioni ricomprese nella sezione II, gli articoli 61 e 62 recano la disciplina degli istituti degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa e della convenzione di moratoria, mentre l'articolo 60 è di nuovo conio e introduce gli strumenti di regolazione della crisi gli accordi di ristrutturazione agevolati. Giova osservare, al riguardo, come l'articolo 20 del Dl 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, apportando modifiche urgenti alla legge fallimentare, abbia reso possibile l'applicazione anticipata delle discipline dei richiamati istituti, per un verso, novellando l'articolo 182 *septies* (Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa) e, per altro verso, ristrutturazione agevolati) e l'articolo 182 *decies* (Coobbligati e soci illimitatamente responsabili). Quanto al regime transitorio delle nuove disposizioni, l'articolo 20, secondo comma, Dl 118/2021, precisa come esse trovano applicazione ai procedimenti per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti successivamente alla data del 25 agosto 2021, data di entrata in vigore del citato Dl 118/2021, nonché alle comunicazioni di convenzione di moratoria successive alla medesima data.

L'articolo 61 del Codice, reca la disciplina degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa. In linea generale, essendo l'accordo di ristrutturazione uno strumento di regolazione della crisi con cui l'impresa in crisi attua il proprio risanamento tentando di ridurre la propria esposizione debitoria e assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, si è prevista la possibilità di coartare i creditori non aderenti appartenenti a *septies* L. Fall., erano gli unici destinatari della proposta di accordo.

Alla convenzione di moratoria, disciplinata 182 *octies* L. Fall., è dedicato, invece, l'articolo 62 del Codice (sul tema, tra i molti, R. Ranalli-N. Ranalli, *Accordi di ristrutturazione bancari e convenzioni di moratoria*, Milano 2016).

Alla peculiare ipotesi di debiti verso banche e intermediari finanziari è rivolta la specifica pre-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

visione di cui all'articolo 61, comma 5 del Codice, di talché gli accordi con tali creditori rappresentano, nella prospettiva del Codice, una *species* del più ampio genere degli accordi a efficacia estesa di cui necessariamente condividono disciplina e criteri generali.

Di un certo interesse si mostra anche il contenuto dell'articolo 64 del Codice (Effetti degli accordi sulla disciplina societaria e sui contratti in caso di concessione di misure protettive) che, riproponendo quanto già descritto nell'articolo 182 *sexies* L. Fall., statuisce la disapplicazione delle disposizioni relative al ripianamento delle perdite e di quelle sullo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale *ex* articoli 2484, numero 4 e 2545 *duodecies* Cc, dalla data del deposito della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, anche agevolato ovvero a efficacia estesa, e fino all'omologazione medesima.

La disposizione fa salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 2486 Cc per il periodo anteriore al deposito della domanda.

In breve, a seguito della presentazione della domanda, si declina sia l'inapplicabilità degli istituti codicistici previsti per ripianare le perdite rilevanti, sia l'inoperatività della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, numero 4, Cc e 2545 *duodecies* Cc: pur restando inalterati gli obblighi previsti negli articoli 2446, comma 1, e 2482 *bis*, commi 1, 2 e 3, (convocazione dell'assemblea senza indugio al verificarsi della perdita rilevante, relazione dell'organo amministrativo sulla situazione patrimoniale della società, osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione) con le richiamate sospensioni, il legislatore accorda preferenza alle soluzioni orientate verso tecniche di riorganizzazione aziendale e ristrutturazione del passivo.

L'articolo 64 è stato poi modificato dal decreto legislativo 83/2022, a seguito dei suggerimenti espressi dal Consiglio di Stato nel parere n. 832/2022, pubblicato il 13 maggio 2022, formulati in relazione dell'articolo 7, paragrafi 4 e 5 della Direttiva (Ue) 2019/1023. Sono stati aggiunti i due nuovi commi 3 e 4, tramite cui si è estesa agli accordi di ristrutturazione la disciplina già prevista per il concordato preventivo in continuità aziendale in caso di istanza di misure protettive.

In forza delle modifiche più recenti, i creditori non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore, per il solo fatto del deposito dell'istanza.

Viene dichiarata l'inefficacia di eventuali patti contrari e, analogamente a quanto sopra, si obbliga i creditori interessati dalle misure protettive a non rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o a non provocarne la risoluzione, né anticiparne la scadenza, né apportarvi modifiche in danno all'imprenditore per il sol fatto del mancato pagamento da parte di quest'ultimo, precisando che per contratti essenziali si intendono quelli necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione potrebbe impedire la prosecuzione dell'attività del debitore.

Resta ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti nel periodo anteriore alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo e della richiesta di misure cautelari e protettive, secondo i canoni descritti nell'articolo 2486 del Codice civile.

Questi ultimi, incorrono in responsabilità per il compimento di atti di gestione in violazione del generale dovere di conservare l'integrità e il valore del patrimonio: per tal motivo, in presenza di squilibri patrimoniali dovrebbe essere tempestivamente convocata l'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti, ovvero in alternativa, presentata un'istanza di composizione negoziata. In proposito, giova osservare come, ai sensi dell'articolo 20 del Codice, con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata, l'imprenditore può di-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

chiarare che, fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione, si produca la sospensione degli obblighi civilistici per riduzione del capitale per perdite e l'inoperatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale. A tal fine, però, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli "effetti sospensivi" degli istituti civilistici decorrono da tale pubblicazione.

NOTA BENE

L'articolo 2486 Cc è stato novellato dall'articolo 378 del Codice con l'inserimento di un ulteriore comma finale relativo ai criteri di determinazione del danno risarcibile da parte dell'amministratore. L'articolo 378, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 389, comma 2 del Codice stesso, è in vigore dal 16 marzo 2019. Sugli obblighi degli amministratori in caso di crisi di impresa, si veda G. Bertolotti, *Poteri e responsabilità nella gestione della società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino 2017, 136-137.

Col precipuo scopo di effettuare una ricognizione della più recente normativa che ha previsto la sospensione degli obblighi civilistici da adottare in caso di perdite rilevanti, è doveroso rammentare come l'articolo 6, comma 1, del Dl 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, e modificato dall'articolo 3, comma 1 *ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, convertito con modificazioni dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15, abbia consentito alle società di avvalersi della sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite e della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo previsto dalla legge, in presenza di perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2021: l'assunzione dei provvedimenti codicistici e l'operatività della causa di scioglimento restano sospesi fino alla data di convocazione dell'assemblea chiamata ad approvare il bilancio del quinto esercizio successivo (e dunque fino all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2026, fissata nel 2027 ovvero nel 2028, a seconda che l'esercizio sociale coincida o meno con l'anno solare). Sulle tematiche correlate alla legislazione emergenziale relativa alla sospensione degli obblighi civilistici in caso di perdite rilevanti, FNC, *Decreto "Milleproroghe" e disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*, Documento di ricerca a cura di C. Bauco, 25 marzo 2022.

Effettuate tali precisazioni e tornando all'analisi del Codice, con riferimento alle restanti disposizioni della sezione II, occorre evidenziare che l'articolo 59, comma 2 del Codice, dedicato al trattamento dei coobbligati e dei soci illimitatamente responsabili, prevede che, laddove l'efficacia dell'accordo di ristrutturazione venga estesa ai creditori non aderenti, questi ultimi, in quanto non aderenti all'accordo con il debitore principale, conservano impregiudicati i diritti verso coobligati, fideiussori e obbligati in via di regresso.

4.1 La legge delega e i nuovi accordi

Come è noto, le novità sommariamente descritte in relazione alla nuova fisionomia degli accordi di ristrutturazione originano dalle previsioni di cui all'articolo 5 della legge 155/2017, recante, la delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Al fine di incentivare la sottoscrizione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il Governo è stato chiamato dal delegante, tra l'altro, ad attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi:

- estendere la procedura di cui all'articolo 182 *septies* L. Fall all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 70% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee (articolo 5, comma 1, lettera *a)*, legge 155/2017);
- eliminare o ridurre il limite del 60% dei crediti previsto nell'articolo 182 *bis* L. Fall. ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma dell'articolo 182 *bis* L. Fall., né richieda le misure protettive previste dal sesto comma del medesimo articolo (articolo 5, comma 1, lettera *b)*, legge 155/2017).

I suesposti criteri direttivi sono stati recepiti ed elaborati nei richiamati articoli 60 e 61 del Codice della crisi; in attesa dell'entrata in vigore del Codice, le disposizioni della legge fallimentare sono state novellate dal Dl 118/2021, al fine di realizzare un'applicazione anticipata degli istituti disciplinati nel Codice rispetto alla data del 15 luglio 2022.

Eventuali ricorsi presentati per l'omologazione di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ovvero di accordi di ristrutturazione agevolati depositati ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 182 *septies* o all'articolo 182 *novies* della vigente legge fallimentare, così come eventuali procedure pendenti alla data del 25 agosto 2021 e ancora in corso – il 25 agosto è la data di entrata in vigore del Dl 118/2021 che ha apportato le suesposte modifiche – verranno definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare al tempo vigente, in ottemperanza alle previsioni recate dall'articolo 390 del Codice.

4.2 Gli accordi di ristrutturazione agevolati

Recependo le indicazioni fornite nella legge di delega e attenendosi ai principi e ai criteri direttivi sanciti nell'articolo 5, comma 1, lettera *b)* della stessa legge 155/2017, l'intervento riformatore del Codice della crisi prevede, all'articolo 60, che la percentuale del 60%, fissata nell'articolo 57 del Codice medesimo per la conclusione di un tradizionale accordo di ristrutturazione, possa essere ridotta alla metà. La riduzione della percentuale è consentita unicamente se:

- il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei all'accordo, così come descritta nel summenzionato articolo 57 del Codice;
- il debitore non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee di cui all'articolo 54 del Codice.

Come si evince, quelle descritte sono condizioni di fattibilità e di (successiva) omologabilità dell'accordo e come tali ne caratterizzano i contenuti.

Stando al tenore letterale delle disposizioni, l'accordo di ristrutturazione deve contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione. Al piano occorre allegare la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 3, del Codice; inoltre, al fine di poter fruire delle agevolazioni descritte nell'articolo 60 del Codice per una sollecita conclusione, il debitore dovrà esplicitare chiaramente l'assenza di proposte di moratoria del pagamento dei creditori estranei e la rinuncia a richiedere misure protettive di cui all'articolo 54 del Codice.

Trattandosi di accordo di ristrutturazione, per le società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 120 *bis* del Codice.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sulla natura dell'istituto si è espresso il Tribunale di Milano (decreto del 4 dicembre 2019) che, affermando la concorsualità degli accordi di ristrutturazione, rivisti dalla legge 155/2017 e dal Codice nella prospettiva di fornire una valida alternativa al concordato preventivo, ha chiarito come l'accordo di ristrutturazione agevolato risponda all'esigenza di favorire soluzioni concorsuali sempre più elastiche e tra loro intercambiabili.

4.3 Gli accordi a efficacia estesa

Per definire l'ambito dell'estensione e qualificare tale tipologia di accordo, il legislatore stabilisce, nell'articolo 61, comma 1 del Codice, che le disposizioni dell'intera sezione II possono applicarsi, in deroga ai tradizionali canoni dell'efficacia del contratto (relatività del contratto e disciplina del contratto a favore di terzo) declinati nell'articolo 1372 e nell'articolo 1411 Cc.

La deroga legale alla vincolatività del contratto tra le parti che lo sottoscrivono e la deroga alla stipulazione in favore di terzo che produce effetti solo se quest'ultimo dichiari di volerne profittare, trova e ha trovato la sua giustificazione nella necessità di vincolare i creditori minori e non aderenti che si mostrano riottosi rispetto alle determinazioni assunte dai creditori forti e dall'impresa per superare la crisi, impedendo di fatto la riuscita della programmata ristrutturazione e condannando le trattative al fallimento.

L'articolo 61, pertanto, estende gli effetti dell'accordo di ristrutturazione ai creditori non aderenti che appartengono alla stessa categoria, individuata tenendo conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici. In tal caso, come anticipato, troveranno applicazione tutte le disposizioni della sezione II del Capo I del Titolo IV del Codice della crisi, dovendo pertanto concludersi che l'archetipo degli accordi ad efficacia estesa è rappresentato dall'accordo di ristrutturazione descritto nell'articolo 57 del Codice, modello su cui si innesta la disciplina speciale declinata nell'articolo 61.

Con l'ulteriore corollario, che l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa condivide con l'accordo di ristrutturazione la disciplina declinata per l'accordo di ristrutturazione nell'articolo 57 del Codice, di cui andranno rispettate le previsioni, ai fini dell'omologazione (si rammenta che, come dispone l'articolo 57 stesso, gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore anche non commerciale ma diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza).

Quest'ultima disposizione:

(i) riproduce la condizione che l'accordo sia concluso con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti;
(ii) chiarisce che l'accordo deve contenere l'indicazione degli elementi del piano economico- finanziario, redatto con le modalità indicate nell'articolo 56, che ne consentono l'esecuzione;
(iii) stabilisce che al piano siano allegati i documenti di cui all'articolo 39, commi 1 e 3;
(iv) prescrive che gi accordi si rivelino idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei termini ivi indicati e attribuisce al professionista indipendente il compito di attestare la veridicità dei dati aziendali, la fattibilità del piano e l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto delle scadenze prefissate.

In considerazione di tanto, ai fini dell'omologazione, l'accordo di ristrutturazione a efficacia estesa dovrà necessariamente:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- prevedere il raggiungimento dell'accordo con almeno il 60% dei creditori o del 30% qualora si opti ed esistano le condizioni per concludere un accordo di ristrutturazione agevolato, come esaminato;
- osservare gli obblighi pubblicitari che il Codice della crisi individua specificatamente;
- contenere gli elementi del piano economico-finanziario che ne consenta l'esecuzione e presentare come allegato al piano la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 3, del Codice;
- assicurare il pagamento dei creditori estranei nel termine di centoventi giorni computati dall'omologazione dell'accordo ovvero dalla scadenza, a seconda che si tratti di crediti scaduti o meno alla data di omologazione, laddove consentito dall'accordo.

Trattandosi di accordo di ristrutturazione e in forza del rinvio alla disciplina complessivamente considerata della sezione II del Codice, l'accordo verrà corredato della attestazione del professionista indipendente circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano e circa la garanzia che venga assicurato l'integrale pagamento dei creditori estranei, nel rispetto dei termini individuati in ossequio alle scadenze sopra indicate.

Tale attestazione, come avremo modo di esplicitare, dovrà esse integrata nei contenuti con specifiche indicazioni che si rendano necessarie in considerazione della forzosa estensione ai creditori non aderenti.

4.4 I creditori non aderenti

L'articolo 61, comma 1 del Codice individua l'ambito soggettivo di applicabilità della disposizione. La norma precisa, infatti, che l' accordo di ristrutturazione può essere esteso ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, individuata tenuto conto della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

Come si esprime l'articolo 61, comma 2, lettera *d)* del Codice, tali creditori devono per legge essere soddisfatti, in base alle pattuizioni raggiunte con la sottoscrizione dell'accordo che comporteranno la rideterminazione e/o la dilazione del credito, in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Le richiamate previsioni impongono di effettuare alcune precisazioni.

Recuperando concetti già introdotti nell'ambito della disciplina del concordato (*cfr.* articolo 85 del Codice), seppur nella diversa accezione di categoria e non di classe trattandosi, per l'appunto, di accordi tra debitore e creditori raggiunti in una sede stragiudiziale (M. Fabiani, *Il regime degli accordi speciali,* in *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 464), il legislatore ha previsto la suddivisione dei creditori non aderenti in una o più categorie che abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei.

NOTA BENE

È doveroso mettere in evidenza come l'articolo 61 non riproduce la previsione di cui all'articolo 182 *septies*, comma 4, L. Fall, in forza della quale, ai fini dell'accordo, non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come si evince dall'orientamento di alcuna giurisprudenza (recentemente, Trib. Bergamo, decreto del 30 marzo 2022), si tratterà pertanto di creditori raggruppati nella stessa categoria sulla base di posizioni giuridiche omogenee determinate (a titolo d'esempio, creditori ipotecari, finanziari o meno, crediti erariali con privilegio ipotecario, creditori erariali con privilegio mobiliare, creditori erariali degradati a chirografi, creditori chirografari), o in considerazione del titolo sottostante al credito (cessionario, crediti finanziari per *leasing*), ovvero dell'interesse economico perseguito (mutui, crediti a breve, medio o a lungo termine, garanzie).

Rispetto al gruppo dei creditori inclusi nella categoria di rilevanza, andrà calcolato il *quorum* rafforzato del 75% che occorre raggiungere perché venga realizzata la forzata estensione degli effetti dell'accordo, rispetto al quale già è stata computata la percentuale del 60% dei creditori aderenti con cui il debitore intende concludere l'accordo di ristrutturazione.

OMOGENEITÀ

Secondo il Tribunale di Forlì (decreto 5 maggio 2016) l'omogeneità per posizione giuridica è data dal titolo sottostante al credito, mentre l'omogeneità per interesse economico può discendere dalla tipologia della garanzia e di soddisfazione.

Ai fini della omologazione dell'accordo ad efficacia estesa, l'articolo 61, comma 2, lettera *c)* del Codice, prevede che i crediti dei creditori aderenti appartenenti e inseriti nella categoria presa a riferimento, rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, ferma restando la possibilità che un creditore possa essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.

L'adesione di almeno il 75% dei crediti riguarda ciascuna singola categoria di creditori. Ciò implica che il mancato raggiungimento del *quorum* in una categoria non pregiudica l'estensione degli effetti dell'accordo rispetto ai creditori appartenenti a diversa categoria in cui tale percentuale sia stata raggiunta.

Del pari, come accennato, l'articolo 61 considera l'ipotesi che un creditore può essere titolare di crediti disomogenei tra di loro, ma omogenei con altri e dunque di posizioni differenziate a seconda della categoria in cui verranno inclusi i crediti da questi vantati.

Vi è da dire, inoltre, che il raggiungimento della percentuale del 75% richiesto dalla norma, consente di concludere che l'estensione forzata degli effetti e la coercizione dei creditori non aderenti rilevi per il 25%, purché vengano rispettate le condizioni di operatività e i presupposti descritti nel menzionato articolo 61 del Codice.

Con riferimento al trattamento dei creditori non aderenti a cui vengono estesi gli effetti dell'accordo, l'articolo 61, comma 2, lettera *d)*, del Codice dispone, poi, che questi ultimi possano risultare soddisfatti in misura non inferiore all'alternativa rappresentata dalla liquidazione giudiziale secondo le disposizioni del Codice medesimo. Tale previsione, peraltro, appare strettamente collegata a quella per cui l'accordo non deve avere carattere liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività di impresa, in via diretta ovvero in via indiretta, secondo le previsioni stabilite per il concordato in continuità *ex* articolo 84 del Codice (articolo 61, comma 2, lettera *b)* del Codice). Anche con riguardo a tale aspetto, si appunterà l'attenzione dell'attestatore indipendente, rendendosi opportuno che il piano economico-finanziario sottostante all'accordo sviluppi, comparativamente le due ipotesi e fornisca evidenza di come l'accordo possa consentire ai creditori coartati di raggiungere gradi di soddisfazione non inferiori rispetto alla alternativa della liquidazione giudiziale, anche in considerazione di eventuali facilitazioni da parte degli aderenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

È all'evidenza che laddove l'accordo non sia opponibile ai creditori non aderenti, secondo quanto andremo a specificare di seguito, a questi ultimi dovrà essere garantito il pagamento integrale.

4.4.1 Presupposti e condizioni di operatività: gli obblighi informativi

Affinché i creditori non aderenti possano essere vincolati, l'articolo 61 del Codice prevede che, oltre alla ricorrenza dei presupposti sopra indicati, il debitore soddisfi alcuni obblighi informativi nell'ambito di un subprocedimento volto a consentire la formalizzazione dell'accordo secondo lo schema tratteggiato dal legislatore.

La disposizione in rassegna spiega, infatti, che ai fini dell'estensione degli effetti dell'accordo rispetto ai terzi creditori non aderenti, e dunque ai fini del perfezionamento dell'effetto estensivo e derogatorio ai principi codicistici di relatività del contratto e alla disciplina del contratto a favore di terzo, occorre che vengano soddisfatti criteri di regolarità procedurale individuati come segue:

- tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi nella condizione di parteciparvi in buona fede;
- tutti i creditori appartenenti alla categoria abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti;
- l'accordo abbia carattere non liquidatorio e preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta, o in via indiretta, ai sensi dell'articolo 84;
- il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali intende estendere gli effetti dell'accordo.

L'adeguata informazione di tutti i creditori è imposta al debitore sin dal momento delle trattative, sicché è necessario che tutti i creditori siano messi in grado di potervi partecipare, sin dalla data di effettiva apertura. L'articolo 61, pur lasciando ampi margini di discrezionalità circa le modalità tramite cui informare i creditori e non fornendo specifiche indicazioni circa la tempistica, impone che i creditori siano informati dell'avvio delle trattative. A tal fine, potrebbe essere auspicabile formulare l'invito ai tavoli delle trattative con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, ricorrendo ad esempio al tradizionale mezzo della raccomandata con ricevuta di ritorno ovvero utilizzando un indirizzo PEC.

Per quanto attiene all'obbligo di condurre le trattative in buona fede, sotto la vigenza dell'articolo 182 *septies* prima della novella del Dl 118/2021, si è ritenuto che il debitore debba fornire adeguata informazione circa lo stato delle trattative iniziate con gli altri creditori, specificando che la proposta di accordo si inserisce nel solco dell'istituto tratteggiato come accordo a efficacia estesa (Tribunale Milano 11 febbraio 2016).

Contestualmente all'invito a partecipare alle trattative, i creditori della selezionata categoria devono ricevere dal debitore) una completa e aggiornata situazione patrimoniale, *ii)* informazioni – sempre complete e aggiornate – circa la manovra finanziaria e economica, nonché il piano di risanamento. Tale informativa va corredata dall'accordo di ristrutturazione in bozza e dall'illustrazione degli effetti che ne derivano, dando evidenza della possibilità che i creditori non aderenti vengano soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricavabile dalla liquidazione giudiziale.

Parrebbe che il legislatore, stabilendo che tutti i creditori della categoria devono essere messi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nella condizione di partecipare alle trattative in buona fede, preveda l'obbligo di metterli nella condizione di potersi esprimere consapevolmente per il raggiungimento della percentuale del 75%.

Secondo la giurisprudenza, nel procedimento per la formazione delle categorie, si rinvengono elementi di contaminazione del concordato, in quanto il raggiungimento del consenso da parte del 75% dei creditori rappresenterebbe una modalità di voto, ancorché alternativa alla tradizionale, e gli incontri per lo svolgimento delle trattative una deformalizzata adunanza, mentre la partecipazione e l'adesione, una forma semplificata di suffragio (Tribunale di Forlì decreto 5 maggio 2016). A ogni buon conto, la disposizione dell'articolo 61 del Codice non accenna ad alcuna formalità per la votazione o per la verifica delle adesioni all'interno di ciascuna categoria, restando valide le generali regole dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 57 del Codice (aspetto già messo in evidenza in relazione alla previgente formulazione dell'articolo 182 *septies* L. Fall. da B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Milano, 2016).

Confezionato e sottoscritto l'accordo di ristrutturazione e depositato il ricorso per l'omologazione con la documentazione allegata, il debitore dovrà provvedere alla notifica di tali documenti ai creditori nei cui confronti chiede vengano estesi gli effetti dell'accordo. Questi creditori possono proporre opposizione, ai sensi dell'articolo 48, comma 4, del Codice entro trenta giorni dalla data della comunicazione (stante le previsioni di cui all'articolo 61, comma 3 del Codice). Al riguardo, per comunicazione deve intendersi la notificazione dell'accordo e della domanda oltre che della documentazione a corredo, prescritta ai sensi dell'articolo 61, comma 2, lettera *e)* (in tale senso, si esprimeva l'articolo 182 *septies* L. Fall. nella versione antecedente alle modifiche apportate dal Dl 118/2021 e la relazione illustrativa dello schema del decreto legislativo recante il Codice).

Come accennato, la carenza di comunicazione circa l'inizio delle trattative e il mancato assolvimento degli altri obblighi informativi, impedendo la partecipazione dei creditori, vanifica l'estensione degli effetti dell'accordo: i creditori non aderenti che abbiano fatto opposizione, qualora questa sia stata accolta, verranno pagati secondo le modalità previste dall'articolo 57 del Codice.

In caso di opposizioni, il tribunale investito delle questioni può pervenire a soluzioni difformi. L'opposizione presentata dal creditore coartato potrebbe essere respinta e dunque il tribunale potrebbe procedere con la successiva omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Del pari, il tribunale potrebbe accogliere l'opposizione del creditore coartato, negando l'estensione degli effetti rispetto alla posizione di quest'ultimo, ma provvedere a omologare l'accordo nei casi in cui i motivi di opposizione pur essendo fondati non siano tali da inficiare l'accordo.

4.4.2 Controllo del tribunale

In generale, al tribunale spetterà di verificare che i presupposti e le condizioni di operatività per la realizzazione degli effetti dell'estensione dell'accordo siano rispettati, valutando, pertanto, l'osservanza della regolarità della sequenza procedimentale e delle condizioni di operatività dell'accordo medesimo.

In altri termini, oggetto di valutazione da parte del tribunale sarà la ricorrenza delle condizioni di legalità circa il raggiungimento della maggioranza del 75% all'interno delle categorie in cui il debito è stato scomposto, l'accorpamento di crediti omogenei e il trattamento identico riservato ai creditori non aderenti, la comunicazione dell'avvio delle trattative e la conduzione delle

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stesse secondo il canone della buona fede, anche, ovviamente, dal lato del debitore, il rispetto degli obblighi informativi prescritti, e la possibilità che in concreto il trattamento riservato ai creditori non aderenti non risulti peggiore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Con riguardo ai doveri delle parti non può sottacersi come l'articolo 4 del Codice elevi a criterio generale il dovere delle parti, debitore e creditori, di comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Tali doveri si esplicano per il debitore, prioritariamente, nell'illustrare la propria situazione n modo completo, veritiero e trasparente fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate e, per i creditori, nella leale collaborazione con il debitore e nell'osservanza del l'obbligo di riservatezza circa la situazione del debitore, le iniziative da questi assunte e le informazioni acquisite.

Il **controllo del tribunale** dovrà rivestire non solo le modalità impiegate per la formazione delle categorie, bensì anche l'assolvimento degli obblighi di informativa ai creditori anche in relazione alle concrete possibilità di soddisfazione. Rilevanti, a tal fine, le valutazioni e il contenuto dell'attestazione del professionista indipendente.

4.4.3 Esecuzione di nuove prestazioni

Il comma 4 dell'articolo 61 del Codice, replicando la previsione di cui all'articolo 182 *septies*, settimo comma, L. Fall., prescrive che in nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori nei cui confronti l'accordo è stato esteso possono essere imposte l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. La stessa disposizione precisa che la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria precedentemente stipulati e ancora in corso alla data della sottoscrizione dell'accordo non è considerata nuova prestazione.

Con ciò il legislatore ha inteso precisare che ai creditori non aderenti coartati non possano essere imposte ulteriori prestazioni differenti da quelle pregresse che, se imposte, andrebbero a incrementare l'esposizione al rischio da parte del creditore (per quanto attiene alle prestazioni obbligatorie e vincolanti i creditori non aderenti, si rinvia a Cndcec, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, novembre 2016, 9).

Non possono essere imposti ai creditori ai quali è stato esteso l'accordo:

- l'esecuzione di nuove prestazioni;
- la concessione di nuovi affidamenti;
- l'erogazione di nuovi finanziamenti;
- il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti.

4.5 Gli accordi a efficacia estesa con banche e intermediari finanziari

L'articolo 61, comma 5, del Codice prevede che gli accordi a efficacia estesa possano essere stipulati con banche e intermediari finanziari.

Come si legge nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, con tale pre-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

visione "*... viene ribadita la persistenza dell'istituto degli accordi ad efficacia estesa con banche e intermediari finanziari, a condizione sostanzialmente identiche, anche con riferimento alla percentuale degli aderenti all'interno della categoria, a quanto già previsto nell'articolo 182* septies *del Rd 267/1942. Infatti, l'articolo 5, comma 1, lettera f) della legge delega impone di estendere la procedura prevista per i creditori finanziari anche fuori da tale ambito, seppur limitatamente agli accordi non liquidatori ed alla convenzione di moratoria; non impone, invece, di unificare le due procedure, né di eliminare l'istituto attualmente disciplinato dall'articolo 182* septies*, che trova applicazione anche al di fuori delle ipotesi di continuità aziendale*".

Il Dl 118/2021, con l'obiettivo di anticipare gli istituti disciplinati nel Codice, ha uniformato le previsioni dell'articolo 182 *septies* L. Fall. anche sotto questo profilo.

Più specificamente, ai fini della stipulazione del nuovo accordo a efficacia estesa con banche e intermediari finanziari, per come descritto nel summenzionato articolo 61, comma 5, del Codice, la legge richiede che:

- l'esposizione debitoria dell'impresa sia verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo;
- le banche e gli intermediari finanziari siano raggruppati in categorie che abbiano tra di loro posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- gli effetti dell'accordo concluso con specifiche categorie create tra siffatti creditori vengano estesi ai creditori finanziari e alle banche non aderenti appartenenti alla medesima categoria.

A ciò si aggiungono due rilevanti precisazioni.

La prima: quando l'accordo è sottoscritto con banche e intermediari finanziari, il piano sottostante può essere liquidatorio, come si evince dalla previsione per cui, in tali casi, può non ricorrere la condizione prevista nel comma 2, lettera *b)* dell'articolo 61.

La seconda: restano impregiudicati i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari, suffragando la tesi per cui l'accordo con le banche e gli intermediari finanziari rappresenta una ulteriore modalità di realizzazione dell'accordo ad efficacia estesa.

Cionondimeno, in assenza di differenti previsioni, l'accordo con banche e intermediari finanziari, per poter produrre gli effetti estensivi nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti, soggiace all'applicazione di tutte le previsioni contenute nell'articolo 61 del Codice, in quanto compatibili.

Anche in tale ipotesi, pertanto, suddivisi i creditori in categorie, individuate tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici, l'accordo di ristrutturazione potrà esser esteso ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria delle banche e degli intermediari finanziari che vi abbiano aderito; del pari, ai fini dell'estensione ai non aderenti, il debitore dovrà rispettare gli specifici obblighi informativi e le sequenze procedurali precipuamente declinati nell'articolo 61, comma 2 del Codice.

La "specialità" dello strumento si ravvisa nella previsione dall'ulteriore condizione da soddisfare rappresentata dal parametro minimo che l'esposizione debitoria dell'impresa deve avere verso tali categorie di creditori: quest'ultima deve essere almeno pari o superiore alla metà dell'indebitamento complessivo. In altri termini, i crediti delle banche e degli intermediari finanziari devono ammontare almeno alla metà del totale dei crediti e, all'interno della categoria di riferimento, i crediti dei creditori aderenti devono rappresentare il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria medesima.

Il computo delle percentuali, separatamente considerate, rileva ai fini specifici della verifica dei presupposti di fattibilità e regolarità dell'accordo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.6 Le attestazioni del professionista

L' accordo di ristrutturazione deve essere corredato dall'attestazione di un professionista che risulti indipendente ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *o)* del Codice della crisi, come è dato evincere dalle previsioni di cui all'articolo 57, comma 4 del Codice, previsioni che, come si è accennato, rivestono una valenza generale nell'ambito della disciplina dedicata a tali istituti.

Ne consegue che l'attestazione del professionista, se, da un lato, dovrà necessariamente contenere il giudizio circa la veridicità dei dati aziendali e il prognostico circa la fattibilità economica e giuridica del piano, dall'altro lato, dovrà contenere il giudizio sulla idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, ovvero dei creditori non aderenti e non interessati dall'estensione forzata degli effetti dell'accordo.

L'attestazione dovrà soffermarsi sulla ricorrenza delle condizioni fissate nell'articolo 60 per agevolare la conclusione dell'accordo, ovvero prescritte nell'articolo 61 ai fini della descritta estensione degli effetti. Con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi, per esempio, l'attestatore dovrà esprimersi sul rispetto delle prescritte indicazioni circa la omogeneità delle categorie, sul raggiungimento della percentuale, sul requisito che le trattative siano state condotte secondo il canone di buona fede, nonché sul rispetto degli obblighi informativi (Cndcec, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, *cit.*, 10).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

La convenzione di moratoria è più duttile e meglio fruibile

Luca Jeantet

SOMMARIO: 5.1 I soggetti, l'oggetto e la comunicazione – 5.2 La disciplina ordinaria e l'estensione forzata nei confronti di creditori non finanziari – 5.3 I tratti rilevanti – 5.4 Gli effetti – 5.5 La tutela dei creditori non aderenti – 5.6 L'opposizione

Un'impresa in crisi, anche non commerciale, può stipulare con una parte dei propri creditori, non necessariamente finanziari, una convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente a oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito.

Nella prassi queste convenzioni, definite anche come "accordi di moratoria e stand still", hanno la funzione di regolare i rapporti tra l'impresa e i propri creditori o finanziatori nel corso delle trattative, al fine di evitare che, durante le stesse, vi possano essere iniziative di recupero oppure azioni esecutive tali da pregiudicare il percorso ristrutturativo intrapreso.

La convenzione deroga, anzi tutto, alla norma che disciplina l'effetto tra le parti del contratto (articolo 1372 del Codice civile) e alla norma sulla efficacia del contratto nei confronti dei terzi (articolo 1411 del Codice civile).

5.1 I soggetti, l'oggetto e la comunicazione

I soggetti partecipanti alla convenzione di moratoria sono:

› l'impresa debitrice;
› una o più categorie tra i creditori.

Oggetto della convenzione è la disciplina in via provvisoria degli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti.

Una volta stipulata la convenzione essa deve essere **comunicata** ai creditori non aderenti accompagnata dalla relazione del professionista.

La comunicazione deve farsi mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o Pec.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.2 La disciplina ordinaria e l'estensione forzata nei confronti di creditori non finanziari

L'articolo 62 del Codice della crisi consente di estendere l'efficacia di una convenzione di moratoria non solo nei confronti di creditori finanziari, ma anche, e del tutto innovativamente, nei confronti di creditori non finanziari.

In entrambi i casi si assume la ripartizione del ceto creditorio in categorie e l'adesione, in ciascuna categoria, di almeno il 75% dei creditori che la compongono, destinando l'effetto estensivo al residuo 25%, a condizione che:

- tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti;
- i crediti dei creditori aderenti a ciascuna categoria rappresentino almeno il 75% di tutti i creditori appartenenti alla medesima categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;
- i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale;
- un professionista indipendente abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza della condizione di cui al punto che precede;
- il debitore abbia notificato la convenzione e la relazione del professionista ai creditori non aderenti nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

ESEMPIO DI RICHIESTA DI CONVOCAZIONE DEL TAVOLO NEGOZIALE

(a tutti i creditori)

Oggetto: Convocazione tavolo negoziale funzionale all'apertura di trattative propedeutiche alla ristrutturazione dell'indebitamento della società .....

Gentilissimi,
redigo la presente in nome e per conto della soci ..... al fine di invitarvi a presenziare a una riunione che si terrà in data ....., alle ore ....., presso .. ..
Nell'occasione, vi verrà presentato il piano di rilancio economico e industriale della società, con l'indicazione dettagliata del programma che la stessa intende strutturare ed eseguire.
Vi ringrazio per un riscontro appena possibile.

Cordiali saluti,

Luogo, data e firma .....

5.3 I tratti rilevanti

Merita senz'altro soffermarsi sulle seguenti condizioni o **requisiti:**

- l'omogeneità dei creditori appartenenti a ciascuna categoria e del cui trattamento si chiede l'estensione ai creditori non aderenti;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- la conduzione delle trattative secondo regole di trasparenza e buona fede;
- la completezza e l'aggiornamento dei flussi informativi resi ai creditori non aderenti che si intende coartare;
- la convenienza rispetto alla alternativa della liquidazione giudiziale;
- la natura coercibile delle pattuizioni e l'esclusione di nuove prestazioni da parte dei creditori non aderenti.

Quanto all'**omogeneità** con i creditori del cui trattamento si chiede l'estensione, la posizione giuridica può riguardare l'elemento soggettivo del creditore in relazione alla natura del rapporto derivante dal titolo sottostante, mentre l'interesse economico discende invece dalle conseguenze lato creditore del comportamento del debitore.

Ai fini dell'individuazione della posizione giuridica è dunque essenziale delineare le posizioni di creditore, quella di garante, quella di cessionario di crediti, quella di concedente di beni in leasing.

Ai fini dell'individuazione dell'interesse economico, rilevano invece le conseguenze per il creditore del comportamento del debitore, quali, a titolo esemplificativo, l'interesse del creditore alla continuità aziendale ovvero alla liquidazione dei beni.

Il riferimento dell'omogeneità alla posizione giuridica ed agli interessi economici dei creditori non è nuovo nell'ambito della legge fallimentare, essendo previsto per le «classi» del concordato preventivo.

Non si può, infatti, non rilevare che a una diversa denominazione formale rispetto al concordato preventivo («categoria» in luogo di «classe») corrisponde un contenuto descrittivo sostanziale identico.

A ben vedere, però, l'elemento che maggiormente distingue le «classi» dalle «categorie» è il fatto che nel concordato preventivo la formazione delle classi è rimessa unilateralmente al solo debitore mentre, nella convenzione di moratoria, le «categorie» sono l'esito della negoziazione diretta con i creditori di un trattamento, se del caso differenziato, ma comunque rispondente alla posizione giuridica e all'interesse economico di coloro che vi aderiscono.

Quanto alla **corretta conduzione delle trattative**, è richiesto che i creditori appartenenti alla medesima categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano aggiornati tempo per tempo rispetto all'andamento di queste trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in "buona fede", con la precisazione che tale ultima espressione implica le necessità, da un lato, che i creditori siano chiamati a partecipare a tutte le fasi della negoziazione e, dall'altro, che venga loro assicurata completezza, aggiornamento e simmetria informativa.

La norma pone poi tra i presupposti per il conseguimento dell'adesione forzosa la **completezza e l'aggiornamento informativo**.

Il debitore deve rendere disponibile nel corso della trattativa, a titolo esemplificativo e non esaustivo, almeno la seguente documentazione:

- la situazione patrimoniale aggiornata;
- l'informativa aggiornata sul *current trading*;
- le linee guida del piano di risanamento;
- l'ipotesi di manovra finanziaria;
- il piano di tesoreria;
- la bozza di convenzione e la rappresentazione dei suoi effetti.

Ulteriore requisito per l'estensione forzosa degli effetti è la **convenienza** (o meglio l'assenza di uno svantaggio) per i creditori non aderenti coartati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La norma richiede, in particolare, che i creditori "*possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, non più in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*, ma in *misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale*", semplificando in tal modo e di molto il giudizio di *cram down*.

Quanto alla natura coercibile delle pattuizioni, la disciplina concorsuale esclude la possibilità di erogazione coartata di nuova finanza (nella forma di nuovi affidamenti o nuovi finanziamenti) e quella di utilizzare gli affidamenti esistenti, con la conseguenza che le uniche pattuizioni coartabili sono essenzialmente il consolido o lo stralcio dell'indebitamento e la rimodulazione dei termini di ripagamento del medesimo.

È esclusa, invece, dalla nozione di «*nuove prestazioni*» la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria pendenti.

Volendo applicare i principi oggi vigenti in materia alle prospettive di riforma introdotte dalla legge delega, si accoglie con favore l'estensione forzosa ai creditori non finanziari, in quanto – così facendo – sarà auspicabilmente possibile coinvolgere i creditori commerciali e/o quelli istituzionali, quali l'agenzia delle Entrate o gli enti previdenziali e assistenziali, nelle trattative di ristrutturazione, con conseguente possibilità di derogare, anche in assenza di specifici patti in deroga, alla regola per cui gli estranei devono essere pagati entro il termine di 120 giorni dall'omologa o dalla rispettiva scadenza.

È, infatti, ben noto agli operatori del settore che i creditori commerciali e/o quelli istituzionali sono spesso essenziali per il successo dell'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento complessivo nell'ottica della continuità aziendale, ma anche nell'ottica della liquidazione del patrimonio.

5.4 Gli effetti

La convenzione produce come effetto essenziale la moratoria, ossia il **differimento dell'esigibilità del credito**.

La particolarità è data dal fatto che questa moratoria si produce anche nei confronti dei creditori non aderenti, a condizione che:

- essi siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano aggiornati tempo per tempo rispetto all'andamento di queste trattative, e siano messi in condizione di parteciparvi in buona fede;
- un professionista indipendente nominato dal debitore e iscritto nell'albo dei revisori legali attesti la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi e il miglior soddisfacimento rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

In sostanza si prevede un momento e un luogo, paragonabile a un'adunanza (ma senza formalità), nella quale i creditori interessati (aderenti e non aderenti) possono confrontarsi ed esprimere le ragioni del loro consenso o dissenso.

Nella prassi e per conseguire gli effetti appena descritti, il debitore dovrà notiziare tutti i creditori della volontà di avviare delle interlocuzioni propedeutiche alla conclusione della convenzione di moratoria, con collegata richiesta di convocazione del tavolo negoziale.

In altre parole, l'imprenditore è tenuto a interloquire con tutti i creditori, mentre spetta a ciascuno di essi stabilire, con piena discrezionalità, se proseguire la negoziazione o, al contrario,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

astenersi dal parteciparvi, così rimettendo alla maggioranza la definizione dei termini e delle condizioni, dell'eventuale accordo destinato a vincolare l'intera massa creditoria.

5.5 La tutela dei creditori non aderenti

La peculiarità dello strumento ristrutturativo risiede nella sua idoneità a regolare i rapporti tra il debitore in difficoltà ed i suoi creditori, estendendo in via coattiva alla minoranza dissenziente (o, semplicemente, inerte) degli effetti del patto perfezionato con la maggioranza qualificata.

Non si può imporre ai creditori non aderenti:

- l'esecuzione di nuove prestazioni, ma non si considera però nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati;
- la concessione di nuovi affidamenti, quale che sia la forma tecnica e il rischio a essi collegato;
- il mantenimento degli affidamenti esistenti, quale che sia la forma tecnica e il rischio a essi collegato;
- l'erogazione di nuovi finanziamenti.

La norma non chiarisce se al creditore non aderente, a parte lo riscadenzamento dei crediti, possano essere imposte altre modifiche come quelle relative al *quantum* del credito (come la variazione dei tassi di interesse, fino ad arrivare allo stralcio forzoso di parte del credito).

L'esperienza conferma la possibilità di accordi contenenti simili previsioni, con la conseguenza che l'istituto tende a perdere la sua natura contrattuale, a favore di quella forzosa propria del concordato preventivo.

5.6 L'opposizione

I creditori non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione, chiedendo che la convenzione non produca effetti nei loro confronti.

L'opposizione si propone entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione di un professionista designato.

Nel silenzio della legge sul rito applicabile, si ipotizza che il procedimento debba seguire le regole del **rito ordinario o sommario di cognizione**.

Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando che le trattative si sono svolte in buona fede e che i creditori cui il debitore chiede di estendere gli effetti della convenzione:

- hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli dei creditori aderenti;
- hanno ricevuto informazioni complete e aggiornate sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti, e sono stati messi in condizione di partecipare alle trattative.

L'opposizione non troverà accoglimento ogni qual volta il debitore in crisi dimostri che la convenzione di moratoria costituisce in concreto e guardando allo scenario della liquidazione giudiziale, l'unico rimedio davvero idoneo a evitare il repentino aggravamento della crisi, scongiurando riflessi parimenti negativi sulla prospettica stabilità dei pagamenti effettuati nell'immediato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A queste condizioni, l'eventuale dissenso manifestato dal creditore finanziario dissenziente può essere legittimamente superato dalla decisione della maggioranza, idonea a realizzare un assetto di interessi capace di avvantaggiare tutti i soggetti coinvolti, incluso il creditore dissenziente ed eventualmente opponente.

Contro il decreto è possibile proporre **reclamo** ai sensi dell'articolo 51 del Codice della crisi di impresa secondo la disciplina processuale unitaria.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

La rinegoziazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti

Angela Petrosillo Guido Berti

All'interno del rinnovato quadro normativo relativo agli accordi di ristrutturazione dei debiti – da attenta dottrina considerati il fiore all'occhiello dell'intero Codice – la disciplina contenuta nell'articolo 58 CCI rappresenta, se possibile, "una novità nella novità" introducendo all'interno dell'ordinamento concorsuale un istituto inedito sia per quest'ultimo sia per l'ordinamento civilistico. Essa, in particolare, si colloca a centro della rinnovata attenzione al tema della mancanza nel nostro ordinamento di strumenti manutentivi di governo delle sopravvenienze contrattuali. Il tema è stato oggetto di dibattito dottrinale anche nell'ambito del diritto concorsuale dove ha assunto connotazione problematica per ogni strumento che prevedesse, almeno in minima parte, una continuità dell'impresa.

Con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la prassi operativa invalsa ha da sempre fronteggiato in particolare due problemi legati alla caratteristica dell'istituto, ossia allo stretto legame esistente tra il piano e gli accordi (anche nella loro fase esecutiva). Infatti, occorre tenere presente che, mentre nel contesto concordatario, l'assenso dei creditori alla proposta è manifestato in sostanziale simultaneità nell'ambito della votazione, negli accordi di ristrutturazione, tale assenso si concretizza prima e al di fuori della fase giudiziale della procedura. Per di più, in caso di molteplicità di accordi, la conclusione di questi ultimi può anche dilatarsi nel tempo con l'inevitabile rischio di sopravvenienze negative. Ecco, quindi, che da più parti si era levato il bisogno di strumenti conservativi di aggiustamento del piano e degli accordi.

Per altro verso, successivamente all'omologazione, il problema descritto assumeva le sembianze della gestione degli scostamenti dei piani (soprattutto in continuità o con durata pluriennale) rispetto al contenuto degli accordi. In effetti, senza uno strumento specifico, ogni scostamento avrebbe potuto rappresentare un potenziale inadempimento di quanto pattuito negli accordi.

In passato, tali situazioni erano usualmente governate mediante accordi privatistici con modifica delle pattuizioni contenute nell'accordo omologato al fine di preservarne almeno una parte.

Naturalmente, il pericolo che questa soluzione portava con sé era che le modifiche degli accordi – o i nuovi accordi *ex se* – non fossero coperti dall'esenzione dall'azione revocatoria che, in quanto legata al provvedimento di omologazione, si estende unicamente agli accordi oggetto del provvedimento (e non alle loro successive modifiche).

Il Codice è quindi intervenuto sul punto con una normativa che consente di gestire le eventuali sopravvenienze sorte prima o dopo l'omologazione senza disperdere né il consenso manifestato dai creditori né il percorso di ristrutturazione sino a quel momento intrapreso.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'articolo 58 CCI rubricato "*Rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano*" regola, come detto, due scenari: interventi manutentivi nella fase anteriore all'omologa e nella fase successiva ad essa.

Le due circostanze sopra menzionate divergono sia con riferimento all'oggetto delle modifiche (che, prima dell'omologa, possono interessare sia il piano sia gli accordi, mentre dopo l'omologa, solo il piano) sia con riguardo alle modalità e forme pubblicitarie (nel primo caso assenti, nel secondo attuate mediante pubblicazione in Camera di commercio ed avviso ai creditori).

Con riguardo ai presupposti, i meccanismi dell'articolo 58 CCI possono e devono essere attivati solo quando le modifiche al piano o agli accordi siano "*sostanziali*". Ci si deve dunque interrogare su quali caratteristiche debbano rivestire in concreto queste modifiche, in cosa di appalesi tale "*sostanzialità*".

Per quanto concerne il piano, secondo la lettera dell'articolo 56 CCI, questo dovrà prevedere "*gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto*". Ciò presuppone che ogni piano sia di per sé dotato di una sorta di "*valvola di sfogo*" nel caso gli obiettivi ivi fissati non fossero raggiunti.

In siffatto scenario, la dicitura "modifica sostanziale" del piano dovrebbe riferirsi ad ogni modifica che, da una parte, non sia gestibile con gli strumenti già contenuti nel piano a norma dell'articolo 56 CCI e, dall'altra (forse, conseguentemente), renda infattibile il piano stesso.

Con riferimento agli accordi, invece, è certamente valorizzabile la lettera dell'articolo 1455 Cc, data la loro natura parzialmente contrattuale. In altri termini, sarà sostanziale la modifica che, se non concordata, giustifichi un diritto dell'altro contraente a chiedere la risoluzione per inadempimento. Il nesso di questa fattispecie al parametro di "*non scarsa importanza*" consacrato all'articolo 1455 Cc è coerente con l'applicazione della relativa giurisprudenza che, sotto questo aspetto, diverge drasticamente da quella in materia di concordato. In effetti, con riguardo agli accordi di ristrutturazione, l'inadempimento e con esso la sostanzialità della modifica deve determinarsi avendo riguardo al singolo accordo, mentre, in tema di concordato, l'importanza dell'inadempimento deve parametrarsi all'insieme delle obbligazioni assunte verso tutti i creditori.

Qualora sorga il bisogno di modificare il piano nel senso indicato anteriormente all'omologa, la norma prescrive che il debitore debba procurarsi una *integrazione della attestazione* ed un *rinnovo delle manifestazioni di consenso* da parte dei creditori aderenti.

Nessun dubbio pone la prima prescrizione poiché, per via del ruolo di garanzia informativa che caratterizza l'asseverazione, essa è destinata comunque ai creditori. Con riguardo al rinnovo della manifestazione del consenso dei creditori, l'uso del lemma "*rinnovo*" suggerisce che si tratti di mera conferma dell'accordo in precedenza raggiunto che il debitore eseguirà sulla base del piano modificato. Nella sostanza, per quanto non mutino i termini dell'accordo, la necessità del rinnovo della manifestazione del consenso si motiva per via della previsione di cui all'articolo 57, comma 2 CCI secondo cui l'accordo deve contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione.

La norma non indica le modalità pratiche mediante cui attuare la relativa finalità ossia far sì che, nel provvedimento di omologa, si dia atto delle modifiche del piano ai fini delle valutazioni di fattibilità degli accordi e di idoneità del piano stesso al pagamento dei creditori estranei. In proposito, si reputa sufficiente il deposito in Tribunale ad opera del debitore dell'integrazione dell'attestazione e dei rinnovi del consenso dei creditori (formalizzati anche mediante semplice PEC).

Dal momento che, in questo caso, gli accordi non sono stati modificati, è del tutto coerente che il Codice non preveda il rinnovo degli adempimenti pubblicitari presso la Camera di commercio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, l'articolo 40 CCI include all'interno del perimetro di pubblicazione presso la Camera di commercio solo gli accordi. Ne deriva che, in caso di modifica sostanziale al piano, l'unico adempimento posto in capo al debitore sia il deposito del piano modificato, dell'integrazione dell'attestazione e delle rinnovazioni di consenso presso la cancelleria del Tribunale.

Vi è però da domandarsi quale sia la conseguenza nel caso in cui uno o più creditori non rinnovino il proprio consenso. A rigor di logica, non essendovi modifiche alle condizioni contrattuali pattuite, si potrebbe sostenere che tale mancata rinnovazione sia senza influenza rispetto alla qualificazione del creditore come aderente. Tuttavia, la valorizzazione di tale adempimento ad opera del legislatore sembra condurre alla conclusione opposta ossia che la mancata rinnovazione del consenso infici quello originario. Tale interpretazione – l'unica allo stato sostenibile – potrebbe tuttavia generare difficoltà poiché imporrebbe di qualificare il creditore che non abbia rinnovato il consenso come estraneo (e, quindi, di pagarlo integralmente entro 120 giorni) con inevitabili ricadute sui flussi finanziari previsti nel piano. Siffatta chiave di lettura potrebbe ingenerare un circolo vizioso dal momento che considerare un creditore (in origine, aderente) estraneo esporrebbe al rischio di dover modificare nuovamente il piano e, quindi, di procurarsi nuovamente una integrazione dell'attestazione ed un ulteriore rinnovo del consenso che potrebbe, a sua volta, essere prestato o meno e così via.

Nel caso di modifica sostanziale agli accordi, la norma richiede semplicemente l'integrazione dell'attestazione senza alcun riferimento ad eventuali modifiche al piano. Tale adempimento deve ritenersi comunque necessario nel caso in cui le modifiche degli accordi rendano necessario un adeguamento del piano.

Nemmeno in questo frangente il Codice impone adempimenti pubblicitari; tuttavia, in questo caso, appare opportuno dar seguito a formalità pubblicitarie presso la Camera di commercio con riguardo agli accordi modificati anche ai fini della decorrenza dei termini per le opposizioni.

Se, infatti, oggetto di pubblicazione presso il Registro delle Imprese sono gli accordi e la domanda di omologazione, è coerente con la *ratio legis* che una modifica sostanziale degli accordi obblighi il debitore ad una loro nuova pubblicazione presso la Camera di commercio.

Il secondo comma dell'articolo 58 CCI disciplina lo scenario in cui il bisogno di modifica del piano segua (e non preceda) l'omologazione degli accordi.

Anche in questo caso, la disposizione impone al debitore di procurarsi una integrazione dell'attestazione che, insieme al piano emendato, dovrà essere oggetto di pubblicazione presso il Registro delle Imprese. Di tale adempimento dovrà essere dato avviso ai creditori mediante raccomandata o PEC.

La pubblicazione del piano e dell'integrazione dell'attestazione, in questo contesto, sgrava il debitore dal compito (ingiustificatamente oneroso) di raccogliere le rinnovazioni del consenso di tutti i creditori. Ciò si giustifica in ragione del fatto che il legislatore ha appalesato che la modifica al piano sia esiziale per continuare ad assicurare l'esecuzione degli specifici accordi oggetto di omologazione.

La norma comunque non pregiudica l'informazione ai creditori e la loro volontà negoziale pur tenendo conto di un contesto in cui il piano deve persistere nell'assicurare l'esecuzione degli accordi omologati. L'articolo 58 CCI sembra così costituire un silenzio- assenso in capo ai creditori che, qualora ritengano comunque l'impotenza del piano ad eseguire gli accordi conclusi, potranno proporre opposizione nel termine di 30 giorni dalla ricezione dell'avviso di pubblicazione ai sensi dell'articolo 48 CCI

Con riguardo ai destinatari dell'avviso, quest'ultimo, evidentemente, non dovrà essere rivolto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

a chi sia parte degli accordi già eseguiti perché, con l'esecuzione degli accordi, non rivestirebbe più la qualifica di creditore. Si ritiene, in proposito, che l'avviso debba essere destinato ai soli creditori aderenti ed estranei oggetto di omologa dal momento che i rapporti dei creditori successivi dell'impresa non sono inclusi nel piano e sono disciplinati unicamente dal diritto generale dei contratti e non dal diritto concorsuale.

I creditori anteriori, invece, hanno aderito agli accordi con l'auspicio che le previsioni contenute nel piano, oggetto di attestazione e di omologazione, si avverassero. Pertanto, è coerente che a loro soltanto sia rivolta la possibilità dell'opposizione nei modi e nei tempi stabiliti dall'articolo 48 CCI (entro 30 giorni dalla ricezione dell'avviso di pubblicazione).

Benché l'articolo 48 CCI includa, tra i soggetti legittimati a proporre opposizione, anche i terzi interessati, si deve ritenere che gli unici legittimati ad azionare tale rimedio siano i creditori anteriori destinatari dell'avviso di pubblicazione dal momento che la norma concatena la decorrenza del termine dell'opposizione alla ricezione di tale comunicazione e non alla pubblicazione presso il Registro delle Imprese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

Alessandro Danovi, Giuseppe Acciaro

SOMMARIO: 7.1 Introduzione – 7.2 Cenni sulle osservazioni avanzate nel Parere del Consiglio di Stato – 7.3 La domanda di accesso – 7.4 La fase di ammissione – 7.5 La gestione dell'impresa – 7.6 La votazione e l'ipotesi di mancata approvazione di tutte le classi – 7.7 La fase di omologazione – 7.8 La conversione del PRO in concordato preventivo – 7.9 Conclusioni

7.1 Introduzione

Il Dlgs 83/2022 ha inserito nel Titolo IV della Parte Prima del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza il Capo I *bis* dedicato al Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (di seguito per brevità *PRO*). Il nuovo Capo I *bis* comprende l'articolo 64 *bis*, che disciplina lo strumento del PRO, l'articolo 64 *ter*, che disciplina l'ipotesi di mancata approvazione di tutte le classi e l'articolo 64 *quater,* dettato in relazione alla conversione del PRO in concordato preventivo.

Il nuovo articolo 64 *bis* dispone che con "*il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione l'imprenditore commerciale che non dimostra il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d) e che si trova in stato di crisi o di insolvenza può prevedere il soddisfacimento dei creditori, previa suddivisione degli stessi in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, distribuendo il valore generato dal piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 Cc e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, purché la proposta sia approvata dall'unanimità delle classi. In ogni caso i crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751* bis*, n. 1, del Codice civile, sono soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione*".

La possibilità di distribuire il valore generato dal piano in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione è subordinato alle seguenti condizioni: (i) che la proposta sia approvata dall'unanimità delle classi e (ii) che i crediti assistiti da privilegio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, Cc (le retribuzioni dovute ai prestatori di lavoro subordinato), siano soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione.

Come si evince nella Relazione Illustrativa al decreto, il PRO costituisce uno strumento con il quale si intende dare attuazione alle previsioni degli articoli 9, 10 e 11, paragrafo 1, della direttiva Ue. In particolare, come indicato nella Relazione Illustrativa, dalla lettura complessiva di tali norme si evince che, in presenza del consenso espresso da tutte le classi all'unanimità, non dovrebbe esservi alcun accertamento svolto d'ufficio dal tribunale sulle condizioni del piano, e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pertanto neanche sul rispetto della *par condicio creditorum*. Ciò che chiede la direttiva è che il tribunale effettui un controllo sulla ritualità della procedura, sulla regolarità delle operazioni di voto e sulla corretta formazione delle classi. In altre parole, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione "*rappresenta uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza che può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali ma che può essere omologato solo se approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto*".

7.1.1 Par condicio creditorum e cause di prelazione: discrezionalità assoluta

Aspetto centrale del PRO è costituito dalla possibilità di distribuire il valore generato dal piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 Cc e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione.

Il legislatore consente di derogare al principio della *par condicio*, sancito dall'articolo 2740 Cc, posto alla base della normativa sulla responsabilità patrimoniale, per la quale la soluzione patologica conseguente all'inadempimento delle obbligazioni comporta la soggezione del patrimonio del debitore alle iniziative che la legge consente al creditore per la realizzazione delle proprie ragioni. Il principio della *par condicio*, tuttavia, non è assoluto poiché la legge prevede all'articolo 2741 del Codice civile, le cause legittime di prelazione, in presenza delle quali il creditore che ne sia titolare (c.d. creditore privilegiato) è preferito, nel riparto del prezzo ricavato dalla vendita forzata dei beni del debitore, rispetto agli altri (c.d. creditori chirografari).

Dunque, posto che il patrimonio del debitore costituisce garanzia generica per l'adempimento di tutte le sue obbligazioni (articolo 2740 Cc), l'articolo 2741 Cc sancisce il principio per cui a tutti i creditori indistintamente è attribuita uguale possibilità di espropriare, a fronte dell'inadempimento, i beni appartenenti al patrimonio del debitore e che, una volta aperto il concorso, questo deve svolgersi su base prioritaria, indipendentemente dal dato cronologico dell'insorgenza dell'obbligazione, salvo che i crediti non siano assistiti da cause legittime di prelazione.

Queste ultime, che costituiscono un *ius singulare* insuscettibile di estensione analogica in quanto di carattere eccezionale, sono espressamente identificate dall'articolo 2741 Cc nel privilegio, nel pegno e nell'ipoteca.

L'articolo 2741 Cc configura, pertanto, una disparità di trattamento tra i creditori. Infatti, per i creditori preferenziali vige non il principio paritario bensì quello della inalterabilità delle cause di prelazione. Quest'ultimo si articola attraverso la regolamentazione del rapporto tra crediti prededucibili, preferenziali e chirografari (e postergati), contenuta nell'articolo 221 del Codice, per poi passare alla regolamentazione del rapporto tra prededuzioni e cause di prelazione, contenuta negli articoli 222 e 223 del Codice, e del rapporto tra le diverse cause di prelazione (ipoteca, pegno e privilegi speciali e generali), di cui all'articolo 2748 Cc, per concludere nella regolamentazione dell'ordine all'interno di ciascuna causa di prelazione, in forza della quale la priorità di un creditore rispetto ad un altro appartenente alla stessa categoria è data dalla priorità dell'iscrizione per l'ipoteca (articoli 2852 e ss.), del possesso per il pegno (articoli 2786 Cc e ss.) e dalla graduatoria fissata dalla legge per i privilegi in considerazione della causa del credito (articoli 2776, 2777, 2778 e 2780 Cc).

Dall'inalterabilità dell'ordine delle prelazioni è nata la regola c.d. della *absolute priority rule*, che il legislatore fallimentare, una volta ammessa la possibilità di suddividere i creditori in classi con trattamenti differenziati, ha introdotto con il decreto correttivo del 2007 nel secondo comma dell'articolo 160, L. Fall., precisando che «*Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione». Disposizione che, in vigenza della legge fallimentare, è stata ripetutamente interpretata dalla S. Corte (tra tutte si veda Cassazione 8 giugno 2020, n. 10884), nel senso che essa impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di rango inferiore. Tale principio è stato parzialmente recepito nel nuovo articolo 84 del Codice della crisi in quanto nel concordato in continuità aziendale è stata confermata la regola della *absolute priority rule* ma limitatamente al valore di liquidazione, per cui il creditore di rango poziore ha diritto di essere integralmente soddisfatto, prima di passare al soddisfacimento del creditore di rango inferiore, su quanto ricaverebbe nell'alternativo scenario della liquidazione giudiziale. Per quanto concerne, invece, il valore derivante dalla prosecuzione dell'impresa (c.d. plusvalore da continuità) il legislatore ha previsto l'applicazione della *relative priority rule*, per cui è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi aventi stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di rango inferiore.

Nel concordato in continuità aziendale, il debitore gode di discrezionalità nell'applicazione della *relative priority rule*, poiché la libera distribuzione del *surplus* concordatario è consentita a condizione che la proposta concordataria assicuri alle classi di rango superiore un trattamento più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, sia sul valore di liquidazione sia sul valore eccedente, per i crediti dei lavoratori, di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, Cc. Nel PRO, invece, il legislatore ammette la deroga ai principio di cui agli articoli 2740 e 2741 Cc. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. Il piano potrebbe prevedere un soddisfacimento dei creditori che non tenga conto della natura delle rispettive pretese e della graduazione che ne conseguirebbe nel concorso tra di loro, in applicazione della *par condicio creditorum*. In tal caso, pare quindi che il debitore goda di una discrezionalità assoluta nella distribuzione del valore del piano, potendo offrire ai creditori pagamenti che, per entità o tempi di soddisfazione, sono contrari al principio della inalterabilità della graduazione sia in senso assoluto che relativo.

Si può concludere che nel PRO, quale elemento caratterizzante e che lo differenzia dal concordato preventivo, sono stati accolti sia il principio della deroga alla *par condicio* sia quello della deroga alla inalterabilità delle cause di prelazione, che si sostanzia nella libertà del debitore di distribuire le proprie risorse tra i creditori senza il rispetto né della *absolute priority rule* né della *relative priority rule*.

7.2 Cenni sulle osservazioni avanzate nel Parere del Consiglio di Stato

Nell'adunanza del 1° aprile 2022 il Consiglio di Stato ha espresso il proprio parere sullo Schema, del 17 marzo 2022, di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. In tale sede, sono state formulate osservazioni di seguito sinteticamente esposte:

- mancata esattezza nel richiamo all'articolo 11 della Direttiva *Insolvency*, norma che disciplina la ristrutturazione trasversale dei debiti attuata con il concordato preventivo;
- la regola dell'unanimità posta dall'articolo 9, par. 6, della direttiva unionale è collegata non tanto al contenuto del piano (e in particolare all'assenza o meno di "vincoli distributivi") quanto alla possibilità che, in caso di mancanza di classi dissenzienti, si possa prescindere dall'omologazione giudiziale;
- l'articolo 10 della direttiva ha un modesto impatto sul Codice, in considerazione del fatto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che l'ordinamento nazionale prevede sempre l'omologazione dei piani di ristrutturazione preventiva conformi al modello europeo;

- quanto ai profili concernenti il giudizio di ammissibilità e l'omologazione del piano, il nuovo istituto non sarebbe del tutto in linea neanche con l'articolo 10, par. 3 della direttiva, secondo il quale l'autorità giudiziaria deve poter rifiutare l'omologazione di un piano che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa, e con lo stesso articolo 10, par. 2, lettera *f)*, che, in caso di nuovi finanziamenti, richiede la verifica giudiziale sulla loro necessarietà per l'attuazione del piano e sull'essenza di ingiusto pregiudizio per i creditori;
- la direttiva impone comunque agli Stati membri di rispettare il criterio della priorità, assoluta o relativa, e quindi non richiede la deroga ai principi della garanzia patrimoniale e alle regole distributive proprie delle procedure concorsuali.

A fronte di tali osservazioni, il legislatore, come si evince nella Relazione Illustrativa, consapevole che la regola dell'unanimità, posta dall'articolo 9, par. 6 della direttiva, è collegata non tanto al contenuto del piano quanto al giudizio di omologazione, ritiene che le norme di recepimento debbano prevedere innanzitutto le indicazioni necessarie alla redazione del piano, e rivolgersi perciò in primo luogo al debitore che predispone la domanda di accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Dunque, da un lato, la direttiva guarda al contenuto del piano dal punto di vista del giudizio di omologazione (e perciò detta prescrizioni direttamente in una logica *ex post)*, mentre le norme di recepimento devono essere scritte anche in una logica *ex ante*. Queste, infatti, disciplinano non solo i criteri del giudizio di omologazione ma anche il contenuto del piano, "*perché un sistema che, in attuazione di quanto previsto all'articolo 11, paragrafo 1, si limitasse a prevedere quel che accade quando la proposta non venga approvata, stabilendo la regola della ristrutturazione trasversale, mancherebbe della norma che chiarisce al debitore cosa fare nel predisporre il piano per affrontare il giudizio di omologazione, in una logica che è tradizionale del nostro sistema della legge fallimentare, il quale agli articoli 160 e 161 della legge fallimentare si preoccupa del contenuto del piano, e non va direttamente a disciplinare le regole di giudizio da applicare in sede di omologazione*".

Pertanto, il fatto che il contenuto del piano, in vista della regola di omologazione stabilita all'articolo 11 della direttiva in caso di classi dissenzienti, debba rispettare certe regole distributive, giustifica l'introduzione degli articoli 64 *bis* e 64 *ter*.

Questi, nella logica *ex ante* evidenziata dal legislatore, disciplinano quale sia il contenuto del piano quando il debitore sia convinto di poter ottenere l'unanimità delle classi e non di dover contare sulla ristrutturazione trasversale.

7.3 La domanda di accesso

L'imprenditore commerciale che non dimostra il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *d)* del Codice (c.d. impresa minore) e che si trova in stato di crisi o di insolvenza può presentare la domanda di accesso alla nuova procedura nelle forme dell'articolo 40, depositando, unitamente al ricorso, la proposta e il piano, con la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 2. Inoltre, deve depositare una relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

La domanda può essere presentata anche con accesso ai sensi dell'articolo 44, comma 1, let-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tera *a),* ossia chiedendo al tribunale la fissazione di un termine per il deposito della domanda di omologazione del piano di ristrutturazione di cui all'articolo 64 *bis* del Codice.

Pertanto, il debitore può presentare anche un piano di ristrutturazione con riserva, a seguito del quale il tribunale, concesso un termine compreso fra trenta e sessanta giorni (prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale fino a ulteriori sessanta giorni), emette gli altri provvedimenti indicati nell'articolo 44 del Codice. Tra questi vi è anche la nomina del commissario giudiziale, tenuto a riferire al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore che possa pregiudicare una soluzione della crisi. Il commissario, inoltre, vigila sull'adempimento degli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione del piano, e può segnalare quei comportamenti che giustificano la revoca del provvedimento di concessione dei termini.

Quanto alla concessione delle misure protettive e cautelari, l'articolo 54, primo comma, del Codice dispone che nel corso del procedimento per l'apertura del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Inoltre, il secondo comma prevede che se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Infine, il comma quarto dispone che le misure protettive possono essere richieste anche prima del deposito della domanda di accesso al PRO, presentando la domanda di cui agli articoli 17, 18 e 44, comma 1, del Codice (domanda con riserva). Su tale ultima disposizione il legislatore è intervenuto a seguito del Parere del Consiglio di Stato, il quale ha sottolineato che la precedente formulazione sembrava stabilire che le misure protettive prima del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione potevano essere richieste solo durante la composizione negoziata. La modifica apportata contiene una più chiara formulazione, di portata generale, volta a puntualizzare le modalità di concessione delle misure protettive al di fuori del procedimento unitario di cui all'articolo 40, non solo per il PRO ma anche per gli altri percorsi di regolazione della crisi, prevedendo la possibilità di farvi ricorso nell'ambito della composizione negoziata ma anche di chiederle con la domanda con riserva depositata ai sensi dell'articolo 44.

L'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 64 *bis* del Codice dispone che alla domanda di accesso al PRO si applicano i commi 4 e 5 dell'articolo 46. Da ciò consegue (i) la prededucibilità dei crediti dei terzi sorti per effetto delle operazioni legalmente compiute dal debitore e (ii) il divieto di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo autorizzazione del tribunale, nonché l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione nel Registro delle imprese della domanda di accesso al PRO.

7.4 La fase di ammissione

Il quarto comma dell'articolo 64 *bis* del Codice dispone che, a seguito della presentazione del ricorso, il tribunale pronuncia decreto con il quale:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

a) valutata la mera ritualità della proposta e verificata la correttezza dei criteri di formazione delle classi, nomina un giudice delegato al procedimento e nomina oppure conferma il commissario giudiziale;
b) adotta i provvedimenti di cui all'articolo 47, comma 2, lettere *c)* e *d)*.

La valutazione della ritualità della proposta assume un ruolo centrale non soltanto nel PRO, ma anche nella nuova disciplina del concordato in continuità aziendale, come disposto dal novellato articolo 47, comma 1, lettera *b)*. Nel *corpus* normativo della legge fallimentare, tale espressione è utilizzata ai fini dell'ammissione al concordato fallimentare, di cui all'articolo 125, L. Fall. Sul significato di tale espressione si può, pertanto, ricorrere alla (seppur contenuta) giurisprudenza intervenuta sul punto, nella quale si rinviene che per ritualità si debba intendere un controllo di pura legittimità, ossia un controllo volto a far emergere eventuali vizi del procedimento (v. Cassazione 29 ottobre 2013, n. 24359; Trib. Milano 5 marzo 2012). Nella sostanza, in sede di ammissione il tribunale non è tenuto a scendere nel merito della proposta, bensì il suo intervento è circoscritto alla mera ritualità formale della proposta stessa. Sul punto la Relazione illustrativa al decreto di recepimento precisa come il PRO rappresenti uno strumento "*che riduce al minimo la fase dell'ammissibilità*".

Il legislatore prevede, inoltre, che il tribunale valuti la correttezza della formazione delle classi. Sul punto, la lettera *r)* dell'articolo 2 del Codice definisce come classe «*l'insieme dei creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei*». In tal modo, il legislatore riproduce le indicazioni contenute nella legge fallimentare.

Effettuate le verifiche della ritualità della proposta e della correttezza della formazione delle classi, il tribunale nomina il giudice delegato e il commissario giudiziale, o conferma quello già nominato precedentemente al momento della concessione dei termini di cui all'articolo 44. Il tribunale adotta i provvedimenti di cui all'articolo 47, comma 2, lettere *c)* e *d)* del Codice, che concernono, rispettivamente, l'attività propedeutica alla votazione e la costituzione del fondo spese di procedura: stabilisce, in relazione al numero dei creditori, all'entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori e fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare il fondo spese.

7.5 La gestione dell'impresa

Il comma quinto dell'articolo 64 *bis* dispone che dalla "*data della presentazione della domanda e fino all'omologazione, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale secondo quanto previsto nel comma 6. L'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori*".

La norma riprende quella del primo comma dell'articolo 94 del Codice che, nel trattare degli effetti della presentazione della domanda di concordato, precisa che nello stesso periodo "*il debitore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale*". Seppure il differente termine associato all'attività del commissario giudiziale (controllo nel PRO e vigilanza nel concordato), dalla lettura della norma si può *prima facie* dedurre che l'accesso al nuovo strumento comporta quello che nel concordato preventivo è definito lo spossessamento attenuato. Ciò in quanto il debitore conserva la gestione ordinaria dell'impresa, ma sotto il controllo del commissario giudiziale nominato dal tribunale. Il legislatore, al comma

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sesto dell'articolo 64 *bis* identifica specificatamente il controllo che tale organo della procedura è tenuto ad effettuare. In particolare, il comma sesto dispone che "*L'imprenditore informa preventivamente il commissario, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto al piano di ristrutturazione. Il commissario giudiziale, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori o non è coerente rispetto al piano, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, il commissario giudiziale ne informa immediatamente il tribunale ai fini di cui all'articolo 106*".

Tale disposizione riproduce l'articolo 21 del Codice dettato per la gestione dell'impresa in pendenza delle trattative per la composizione negoziata della crisi d'impresa. Anche l'inciso "*L'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori*" riproduce quanto previsto nella composizione negoziata.

In conclusione, il legislatore prevede una disciplina che appare declinata sul modello della composizione negoziata della crisi: assenza di spossessamento in capo all'imprenditore, che mantiene la gestione ordinaria e straordinaria sotto il controllo del commissario, gestione dell'impresa nel prevalente interesse dei creditori e preventiva informativa al commissario giudiziale del compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti non coerenti rispetto al piano di ristrutturazione.

7.6 La votazione e l'ipotesi di mancata approvazione di tutte le classi

Per quanto concerne le operazioni di voto all'interno del nuovo strumento del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, il comma settimo dell'articolo 65 *bis* fa ampio richiamo alle norme sul concordato preventivo. Come noto, tali norme sono state oggetto di rilevanti modifiche sia nella versione originaria del Codice della crisi (per esempio, tramite l'eliminazione dell'adunanza dei creditori), sia con il decreto legislativo di recepimento della Direttiva *Insolvency*.

In particolare, la disciplina del PRO prevede che in ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. Inoltre, precisa il settimo comma che i "*creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751* bis*, n. 1, del Codice civile, il termine di cui al periodo precedente è di trenta giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui ai periodi precedenti, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta*". Ne discende che i creditori prelatizi, ove pagati integralmente ma oltre 180 giorni, sono ammessi al voto e votano per l'intero credito. In caso di pagamento parziale per incapienza, anche entro 180 giorni, i creditori prelatizi devono essere inseriti in due distinte classi ed esercitano il diritto di voto in entrambe: una classe quale prelatizi per la parte che viene pagata ed una classe per la parte che non trova capienza quali chirografari.

All'esito della votazione, dispone l'articolo 110 del Codice richiamato dall'articolo 64 *bis*, è redatta dal commissario giudiziale apposita relazione in cui sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori, con l'indicazione nominativa dei creditori votanti e dell'ammontare dei rispet-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tivi crediti, nonché dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei rispettivi crediti. Dopo il deposito della relazione, l'articolo 111, richiamato dall'articolo 64 *bis*, prende in considerazione l'ipotesi di mancata approvazione del PRO. In tal caso, "*il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale, che provvede a norma dell'articolo 49, comma 1*", ossia a disporre l'apertura della liquidazione giudiziale se un soggetto legittimato ne fa richiesta e ricorrono i presupposti di cui all'articolo 121 del Codice.

In realtà, non pare che il tribunale possa immediatamente disporre l'apertura della liquidazione giudiziale. Ciò in quanto l'articolo 64 *ter* dispone che se il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, secondo quanto risulta dalla relazione depositata ai sensi dell'articolo 110, il debitore, entro quindici giorni dalla data del deposito della relazione medesima, se ritiene di avere ottenuto l'approvazione di tutte le classi, può chiedere che il tribunale accerti l'esito della votazione e omologhi il PRO. Ne discende che il tribunale debba attendere almeno quindici giorni, che rappresenta il termine concesso al debitore per chiedere questa forma di riconteggio della votazione (si osserva che l'esito della votazione è già stato verificato dal commissario e presumibilmente confermato dal giudice delegato dovendo immediatamente riferire al tribunale). Infatti, il secondo comma dell'articolo 64 *ter* dispone che decorso il termine per consentire al debitore di effettuare il riconteggio e chiedere l'omologazione del PRO senza che il debitore abbia avanzato tale richiesta o modificato la domanda chiedendo la conversione in concordato, si applica l'articolo 111 del Codice, per cui il tribunale provvede, se ricorrono i presupposti, alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, a norma dell'articolo 49 del Codice.

7.7 La fase di omologazione

La fase di omologazione del PRO è lasciata al comma ottavo dell'articolo 64 *bis*, ai sensi del quale "*Il tribunale omologa con sentenza il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale*". Tale disposizione, tuttavia, non è sufficiente per comprendere la fase di omologazione del PRO e, infatti, il comma successivo prevede l'applicazione, in quanto compatibile, di alcune delle norme dettate per il concordato preventivo. In particolare, il legislatore richiama, tra gli altri, l'articolo 48, commi 1, 2 e 3, ai quali occorre riferirsi per individuare le regole processuali atte a colmare lo scarno contenuto normativo. Pertanto, in caso di approvazione del PRO, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento sia iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta nonché notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso.

Come previsto dal comma ottavo dell'articolo 64 *bis*, un creditore dissenziente ha facoltà di proporre opposizione eccependo il difetto di convenienza e, in tal caso, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Per quanto concerne le modalità di presentazione delle opposizioni, viene in supporto il richiamo all'articolo 48, secondo comma, del Codice. Pertanto, le opposizioni dei creditori dissenzienti devono essere proposte con memoria depositata nel

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza, a seguito del quale il debitore può depositare memorie fino a due giorni prima dell'udienza.

Si rinviene, invece, un vuoto normativo con riferimento al *thema decidendum*, che nel concordato preventivo è disciplinato dall'articolo 112 del Codice, rubricato appunto "*Giudizio di omologazione*".

Tuttavia, il nono comma dell'articolo 64 *bis* prevede espressamente che trovino applicazione nel PRO le disposizioni di cui alle sezioni IV e VI, del capo III del titolo IV del Codice della crisi, "*ad eccezione delle disposizioni di cui agli articoli 112 e 114*". La libertà attribuita al debitore nel confezionare la proposta alla base del PRO e la fase semplificata di ammissione, dovrebbe giustificare una verifica approfondita del tribunale in sede di giudizio di omologazione.

Infatti, il rispetto delle regole della procedura, della correttezza nella formazione delle classi ed eventualmente la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine dello stesso a raggiungere gli obiettivi prefissati, rappresentano la cornice necessaria entro cui i creditori possono poi esprimersi sulla proposta del debitore.

Infine, manca ogni riferimento al *cram down* fiscale e previdenziale che, come noto, è stato inserito nell'articolo 88 del Codice della crisi per il concordato preventivo. Orbene, il comma nono dell'articolo 64 *bis* non fa alcun richiamo all'articolo 88 del Codice. Ciò presumibilmente si spiega con il fatto che nel PRO è richiesta la maggioranza di tutte le classi e, pertanto, la mancata adesione dei creditori pubblici qualificati – che evidentemente devono essere collocati in apposita classe – impedirebbe la possibilità di giungere all'omologa. Tuttavia, come noto, il *cram down* serve proprio a superare l'ingiustificata mancata adesione di un credito, come quello vantato dall'amministrazione finanziaria, determinante per l'approvazione.

7.8 La conversione del PRO in concordato preventivo

Seguendo il suggerimento del Consiglio di Stato, volto a razionalizzare la disciplina dettata in materia di PRO, è stato introdotto un articolo 64 *quater* che disciplina le ipotesi di conversione del PRO in concordato preventivo nel caso in cui l'omologazione è impedita dalla mancata approvazione da parte di tutte le classi e il debitore non ha presentato la richiesta di riconteggio prevista dall'articolo 64 *ter*, comma 1, del Codice.

In particolare, il primo comma dell'articolo 64 *quater* del Codice dispone che se "*il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, secondo quanto risulta dalla relazione depositata ai sensi dell'articolo 110, il debitore, in luogo della richiesta di cui all'articolo 64-ter comma 1, può modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto previsto dall'articolo 47*". Il legislatore, pertanto, contempla l'ipotesi in cui, a fronte della mancata approvazione all'unanimità delle classi, il debitore ha la facoltà di modificare la domanda e formulare una proposta di concordato. Stante il dato letterale della norma, pare che il presupposto di tale modifica sia lo stesso di quello per la richiesta di ricalcolo della votazione, di cui al primo comma dell'articolo 64 *ter*, ossia che il piano di ristrutturazione non sia stato approvato da tutte le classi.

Inoltre, l'espressione «*in luogo della richiesta di cui all'articolo 64- ter comma 1*» fa supporre che anche la domanda di concordato – come la richiesta di ricalcolo della votazione – debba essere presentata entro quindici giorni dal deposito della relazione del commissario che accerti il mancato raggiungimento dell'unanimità delle classi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il comma secondo dell'articolo 64 *quater* del Codice disciplina, invece, l'ipotesi in cui il debitore spontaneamente decide di modificare la domanda formulando una proposta di concordato preventivo.

In tutti i casi indicati, il passaggio dal PRO al concordato non avviene d'ufficio a seguito del verificarsi degli eventi presupposto delle singole fattispecie e non è automatico a seguito della richiesta. In debitore, infatti, è tenuto a "*modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto previsto dall'articolo 47*" con memoria modificativa che va pubblicata nel Registro delle Imprese e dal giorno della pubblicazione produce gli effetti indicati nel comma quarto dell'articolo 64 *quater*.

Il comma terzo dell'articolo 64 *quater* del Codice si occupa dei tempi di ristrutturazione e, per evitare che il passaggio da un procedimento all'altro comporti un eccessivo allungamento, dispone la riduzione alla metà dei termini per l'approvazione del concordato.

Infine, l'ultimo comma disciplina il passaggio inverso, consentendo al debitore di abbandonare la procedura di concordato preventivo per proporre una domanda di omologazione del piano di ristrutturazione fino all'inizio delle operazioni di voto disposte al momento dell'apertura della procedura di concordato.

7.9 Conclusioni

In sede di recepimento della Direttiva *Insolvency*, il legislatore ha inteso, da un lato, consentire al debitore che accede al concordato preventivo in continuità aziendale di adottare la regola della priorità relativa limitatamente al *surplus* derivante dalla prosecuzione dell'attività e, dall'altro, ha introdotto un nuovo strumento – il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione – che si sostanzia nella libertà del debitore di distribuire le proprie risorse tra i creditori senza il rispetto né della *absolute priority rule* né della *relative priority rule*.

La possibilità di distribuire il valore generato dal piano in deroga agli articoli 2740 e 2741 del Codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione dovrebbe trovare giustificazione nell'approvazione unanime delle classi. È doveroso, tuttavia, evidenziare come la proposta si ritiene egualmente approvata se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. Ciò significa che tradotto in numeri, ipotizzando la situazione estrema in cui votino la metà dei crediti ammessi al voto, il piano è egualmente approvato con il voto favorevole dei due terzi della metà dei crediti, ossia pari al 33,33% dell'intera massa dei crediti.

Si aggiunge così alla cassetta degli attrezzi del debitore – e dei suoi professionisti – un nuovo strumento finalizzato a fronteggiare la crisi e l'insolvenza alla ricerca della salvaguardia della continuità aziendale, senza dover soggiacere alle regole che presiedono alla distribuzione del patrimonio del debitore tipiche delle procedure concorsuali, già vigenti nella legge fallimentare.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

La nuova transazione fiscale e contributiva nel concordato e negli accordi

Enrico Grigolin

SOMMARIO: 8.1 Articolo 63 – Transazione su crediti tributari e contributivi – 8.2 Articolo 88 – Trattamento dei crediti tributari e contributivi

Con la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, sono state rese definitive le ultime modifiche ed integrazioni apportate al Codice della Crisi e dell'Insolvenza di cui al Dlgs 14/2019 che con tale rinnovata formulazione è entrato in vigore il 15 luglio 2022. Tra le tante novità contenute nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) una nuova veste assume l'istituto della "transazione fiscale" (articolo 182 *ter*, L. Fall.) che, da norma unitaria quale era nella previgente legge Fallimentare, compare ora nel nuovo impianto normativo in due distinte formulazioni e ciò in ragione del particolare strumento di regolazione della crisi in cui la stessa può trovare applicazione. A tale proposito, si ricorda che nell'ambito della legge Fallimentare, la transazione fiscale trova applicazione unicamente nell'ambito di una domanda di concordato preventivo (articoli 160 e ss. L. Fall.) ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti (articolo 182 *bis*, L. Fall.); si ricorda, inoltre, che nel corso dell'ultimo periodo tale istituto ha formato oggetto di un importante intervento normativo ad opera della legge 159/2020, ove, attraverso una serie di modifiche ed integrazioni che hanno interessato gli articoli 180, 182 *bis* e 182 *ter*, L. Fall. – oltre all'abrogazione del decreto ministerilale 4 agosto 2019 – sono state di fatto anticipate alcune disposizioni previste dal Codice della crisi con l'introduzione del cosiddetto *cram down* fiscale e previdenziale.

Nell'ambito della legge Fallimentare, l'istituto della transazione *ex* articolo 182 *ter*, prevede che il debitore possa proporre: *"... il pagamento* ***parziale*** *o* ***dilazionato****, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie ..., se il piano ne prevede la* ***soddisfazione in misura non inferiore*** *a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella* ***relazione di un professionista*** *in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d).*

Per quanto riguarda il trattamento satisfattivo proposto, invece, si prevede che: *"... Se il credito tributario o contributivo è* ***assistito da privilegio****, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi econo-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mici omogenei ...; "... se il credito tributario o contributivo ha ***natura chirografaria anche a seguito di degradazione per incapienza****, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole."*

Nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'Insolvenza viene di fatto mantenuta la sostanza della norma originaria – pur con le modifiche di cui si dirà – mentre ne viene scomposta e suddivisa la struttura nei due seguenti articoli:

- articolo 63 – Transazione su crediti tributari e contributivi;
- articolo 88 – Trattamento dei crediti tributari e contributivi.

L'articolo 63 è contenuto nella sezione del Codice riferita agli accordi di ristrutturazione debiti, mentre l'articolo 88 in quella dedicata al concordato preventivo.

Scendendo nel dettaglio, esaminiamo ora il contenuto di tali articoli operandone il confronto rispetto al testo di cui all'articolo 182 *ter* della previgente legge Fallimentare.

8.1 Articolo 63 – Transazione su crediti tributari e contributivi

Precisando che l'articolo in commento si riferisce all'ipotesi di transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione del debito di cui agli articoli 57, 60 e 61 del Codice, si rileva che esso presenta una struttura articolata in 4 commi le cui prescrizioni ricalcano per buona parte il contenuto dei commi 5 e 6 dell'articolo 182 *ter*, L. Fall.

Il comma 1, in particolare, prevede che nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione, il debitore possa proporre una transazione fiscale e contributiva e dunque il pagamento parziale o anche dilazionato di tributi e contributi previdenziali. Con riferimento all'attestazione del professionista

- i cui requisiti sono ora precisati dall'articolo 2, comma 1, lettera *o)*
- si prevede che la convenienza della proposta formulata nei confronti dei creditori istituzionali debba inerire anche allo scenario della **liquidazione giudiziale**.

La norma non precisa i criteri di valutazione cui il professionista deve rifarsi nell'esecuzione del proprio incarico, ma risulta tuttavia evidente che il riferimento logico non può che essere ai criteri e presupposti indicati al comma 1) dell'articolo 88 del Codice in cui, limitatamente agli aspetti valutativi, viene riprodotto fedelmente quanto già previsto dall'articolo 182 *ter*, L. Fall.

Più in particolare, la relazione del professionista dovrà attestare che relativamente ai crediti tributari e contributivi il piano di ristrutturazione proposto dal debitore sia tale da garantire la loro soddisfazione "*... in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione ...*".

Il primo comma dell'articolo in commento ripropone, infine, la prescrizione secondo cui il giudizio di convenienza reso dal professionista sul trattamento satisfattivo previsto in favore dei credito erariale e contributivo deve essere comunque sottoposto al **sindacato del Tribunale**.

Accertata la convenienza della proposta di transazione inserita nell'accordo di ristrutturazione anche rispetto allo scenario della liquidazione giudiziale – a meno di fondate contestazioni sulla veridicità dei dati su cui si fonda il piano di ristrutturazione ovvero sull'appropriatezza delle valutazioni operate dal professionista – l'adesione alla proposta da parte dei creditori pubblici dovrebbe costituire un atto meramente consequenziale. In molti casi, tuttavia, il creditore

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pubblico ha invece assunto un diverso atteggiamento rifiutando di prestare la propria adesione anche con riguardo a proposte di transazione in cui il requisito della convenienza era di oggettiva evidenza.

Al fine di porre rimedio alle conseguenze che simili situazioni possono generare rispetto al perfezionamento di uno strumento di regolazione della crisi, con la legge 159/2021 – di conversione del Dl 125/2020 – il legislatore ha profondamente riformato l'istituto della transazione fiscale e previdenziale attraverso l'introduzione dell'omologazione forzosa (*cram down*) nell'ambito degli accordi e del concordato preventivo allorché: i) l'adesione degli enti risulti decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze di legge, e ii) la proposta di trattamento dei loro crediti risulti conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Attraverso questo intervento normativo, il legislatore non ha fatto altro che anticipare il contenuto di alcune disposizioni del CCII ritenute di particolare utilità (articolo 48, comma 5, ora trasfuso negli articoli 63 e 88), nel quadro degli interventi emergenziali assunti dal governo per fronteggiare gli effetti negativi causati dalla pandemia da Covid 19 sul sistema delle imprese.

Con riferimento all'articolo in commento, l'ultimo periodo del comma 2) prevede che l'eventuale adesione all'accordo da parte degli enti "*... deve intervenire entro **novanta giorni** dal deposito della proposta di transazione.*", mentre al comma 2 *bis*) si prevede che l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione possa comunque intervenire anche in caso di mancata adesione alla proposta di transazione da parte degli enti. Più in particolare, il richiamato articolo 2 *bis*) prevede che il Tribunale **omologa** gli accordi di ristrutturazione **anche in mancanza di adesione** da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatoria quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze previste dagli articoli:

- 57, comma 1) – Accordi di ristrutturazione (60%), e
- 60, comma 1) – Accordi di ristrutturazione **agevolati (30%)**,

e la proposta transattiva formulata nei confronti dell'amministrazione, anche sulla base dell'attestazione del professionista indipendente, **è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria**.

Nell'attuale assetto normativo risulterà certamente più agevole concludere una transazione fiscale e previdenziale nell'ambito di un accordo di ristrutturazione. Il requisito della convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale potrebbe, peraltro, essere facilmente garantito (ed accertato) attraverso un apporto di finanza esterna da parte di terzi, anche di minima entità; l'importante, infatti, sarebbe apportare semplicemente un "di più" rispetto a quanto può essere ragionevolmente ricavato dall'attività liquidatoria del patrimonio sociale, oltre che dalle eventuali "azioni di massa" previste in sede giudiziale.

Onde prevenire un utilizzo distorto delle nuove disposizioni, le quali ben potrebbero prestarsi a comportamenti "elusivi" diretti essenzialmente ad evitare l'apertura di una liquidazione giudiziale a carico del debitore a fronte della (ora divenuta) maggiore facilità di definizione di un accordo di ristrutturazione, il Legislatore all'articolo 341 del Codice (articolo 236, L. Fall.) comma 3, ha esteso l'**applicazione delle sanzioni penali** prevedute dallo stesso articolo (prima, in gergo, "da reati fallimentari") anche all'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'articolo 63, comma 2 *bis*) del Codice.

Per quel che riguarda invece gli aspetti procedurali relativi al confezionamento ed al deposito dell'istanza, cui è dedicato il comma 2) dell'articolo 63 in commento, non si rinvengono novità sostanziali rispetto a quanto previsto dal previgente articolo 182 *ter*. Viene previsto in particolare che:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- la proposta di transazione deve essere corredata dalla documentazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 oltre che dalla dichiarazione del debitore o del suo legale rappresentante rilasciata ai sensi dell'articolo 47, Dpr 445/2000 con cui si attesta l'affidabilità e correttezza dei dati riferiti all'impresa;
- il deposito della proposta così corredata deve avvenire presso gli uffici dell'Agenzia delle Entrate e dell'agente della riscossione territorialmente competente;
- l'adesione alla proposta, quanto al capitale e relativi accessori, è resa dalla competente direzione regionale, mentre con riferimento agli oneri di riscossione, dall'agente della riscossione.

Con riferimento a quest'ultimo punto, si evidenzia che viene specificato che per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'adesione alla proposta spetta alla competente direzione regionale, interregionale o interprovinciale.

L'articolo 63 in commento, infine, termina confermando al comma 3) la sanzione della **risoluzione di diritto** della transazione sottoscritta allorché il debitore non esegua integralmente entro **60 giorni** dalla scadenza i pagamenti dovuti nei confronti dei titolari del credito erariale e contributivo.

8.2 Articolo 88 – Trattamento dei crediti tributari e contributivi

L'articolo 88 presenta una struttura articolata su sei commi il cui contenuto rispecchia in buona parte le previsioni di cui ai commi 1), 2) 3) e 4) dell'articolo 182 *ter*, L. Fall., mentre una significativa novità è data dal coordinamento di tale istituto con la nuova disciplina del concordato in continuità di cui all'articolo 84, ed in particolare con le nuove regole di distribuzione dell'attivo ai creditori tra "priorità assoluta" e "priorità relativa".

Il comma 1) dell'articolo 88 ripropone in maniera quasi del tutto speculare il contenuto del corrispondente comma 1) dell'articolo 182 *ter* precisando requisiti valutativi e i criteri di soddisfazione cui è subordinata la validità della proposta di transazione, e di cui già si è dato conto nelle premesse al presente articolo. Le uniche differenze sono rappresentate i) dall'inciso "***Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2,*** inserito a inizio capoverso, e ii) dalla mancata riproposizione della previsione (di cui all'ultimo periodo del comma 1) dell'articolo 182 *ter*) secondo cui "*... la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe*".

Con riferimento al richiamo dell'articolo 112, comma 2), si evidenzia che attraverso tale disposizione si regolamenta l'ipotesi dell'omologazione del concordato in continuità in presenza di una più classi dissenzienti tra cui, per l'appunto, potrebbe rientrare anche il creditore pubblico (con voto non determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranza, come si vedrà più oltre); mentre relativamente al trattamento del credito erariale e contributivo ai fini del voto, si osserva che la prescrizione per cui la quota degradata a chirografo va inserita in un'apposita classe non è stata riproposta nell'articolo in commento in quanto risulta ora contenuta nell'articolo 85, comma 2), del Codice rubricato "Suddivisione dei creditori in classi". La disposizione *de qua,* tra le altre, prevede infatti che "*... La formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento ...*".

Il comma 2) dell'articolo 88, prevede che "*L'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche* ***la convenienza*** *del trattamento pro-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

posto ***rispetto alla liquidazione giudiziale*** *e, nel* ***concordato in continuità aziendale****, la sussistenza di un* ***trattamento non deteriore****.*

Stando al tenore letterale della disposizione, dunque, i presupposti valutativi su cui il professionista attestatore deve basare le proprie analisi risulteranno differenziati in ragione della diversa tipologia di concordato in cui si innesta la transazione:

- **concordato liquidatorio**: convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale;
- **concordato in continuità**: sussistenza di trattamento non deteriore.

La distinzione tra i due criteri valutativi non appare di immediata comprensione se non con riferimento al fatto che una proposta conveniente è per definizione non deteriore, mentre, per converso, una proposta non deteriore può non essere conveniente in quanto equivalente al trattamento satisfattivo ragionevolmente stimabile nello scenario liquidatorio.

Nell'attesa che sulla disposizione si formi un indirizzo interpretativo, si ritiene che la ratio sottesa all'intervento sia comunque da porre in relazione alle modifiche che hanno interessato il concordato con continuità laddove – in termini generali, e quindi, senza alcuna distinzione – è stata "sdoganata" la regola della "priorità relativa" con riguardo alla distribuzione dei flussi di cassa prodotti dalla continuazione dell'attività aziendale

A tal proposito, si evidenzia, infatti, che l'articolo 84, rubricato "Finalità di concordato preventivo e tipologie di piano", al comma 6) prevede quanto segue: "*Nel concordato in continuità aziendale* ***il valore di liquidazione*** *è distribuito nel rispetto della* ***graduazione delle cause legittime di prelazione****; per* ***il valore eccedente*** *quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un* ***trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.***

Nel concordato con continuità, dunque, il **valore di liquidazione** del patrimonio del debitore deve essere distribuito secondo la regola della "priorità assoluta", ovverosia nel rigido rispetto delle cause legittime di prelazione (articoli 2740 e 2741 Cc), mentre la **quota eccedente tale valore** (tipicamente i flussi di cassa della continuità) può essere distribuita secondo la regola della "priorità relativa" con l'unica eccezione dei crediti da lavoro dipendente (articolo 84, comma 7).

La disposizione avendo portata generale è destinata ad operare anche con riferimento ai crediti tributari e previdenziali nel senso che i flussi prodotti dalla continuità potranno essere ora impiegati anche per il pagamento di creditori di rango inferiore, purché in misura pari o minore a quanto previsto in favore dei primi.

Il comma 2 *bis* presenta contenuto analogo a quanto già visto per lo stesso comma dell'articolo 63. In esso, in particolare, si prevede che "*... Il tribunale* ***omologa il concordato*** *preventivo* ***anche in mancanza di adesione*** *da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie* ***quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109****, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è* ***conveniente*** *o* ***non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.***"

In relazione alla disposizione in commento, si osserva che, ricorrendo gli altri presupposti, l'omologazione forzosa (*cram down*) è destinata ad operare nei soli casi in cui l'adesione dei creditori pubblici risulta **determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze** di legge. Nei casi in cui, diversamente, l'adesione non risulta determinante troverà applicazione l'articolo 112, comma 2), che regolamenta l'ipotesi della omologazione in presenza di classe o classi dissenzienti. Stando ai primi condivisibili commenti, questo dovrebbe essere il significato del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

richiamo di tale articolo al comma 1 dell'articolo 88. Il comma 3) regolamenta la fase procedurale della formazione e del deposito dell'istanza presso gli enti competenti. Non si riscontra di fatto alcuna variazioni e, in coerenza con quanto già fatto a commento dell'articolo 63, di seguito se né riepiloga il contenuto. In particolare, il comma 3) prevede che:

- contestualmente al deposito della domanda di concordato, la proposta corredata della relativa documentazione deve essere presentata all' agente della riscossione e all'ufficio delle entrate competente;
- l'agente della riscossione entro trenta giorni dalla presentazione deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo, mentre l'ufficio, nello stesso termine, deve notificare gli avvisi di regolarità relativamente a tutte le dichiarazioni unitamente ad una certificazione attestante il debito derivante da atti di accertamento;
- dopo la nomina del commissario giudiziale, copia delle certificazioni e degli atti notificati di cui sopra deve essergli trasmessa per gli incombenti di cui all'articolo 105, comma 1, e 106 del Codice.

Per quanto riguarda infine l'individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio del diritto di voto, i commi 4) e 5) dell'articolo 88 dispongono che relativamente al credito chirografario complessivo il voto sulla proposta è espresso dall'ufficio su conforme parere della direzione regionale, mentre con riferimento agli oneri di riscossione la competenza è dell'agente della riscossione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

Accordi di ristrutturazione, piano di ristrutturazione e concordato preventivo: la scelta

Fabio Cesare

SOMMARIO: 9.1 I nuovi contorni degli istituti più usati – 9.2 Le novità in materia di accordi di ristrutturazione – 9.3 Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione – 9.4 Le principali novità in materia di concordato – 9.5 Le ragioni che incentivano l'accordo di ristrutturazione

9.1 I nuovi contorni degli istituti più usati

Il nuovo Codice della Crisi di Impresa tratteggia i contorni degli istituti più usati dall'imprenditore per risolvere in via autonoma la crisi di impresa: l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo.

Tradizionalmente, il primo è più facilmente esperibile se il ceto creditorio non è eccessivamente frammentato, così da non esporre l'imprenditore a un rischio negoziale eccessivo nelle trattative, mentre il secondo è più coerente laddove i creditori siano numerosi e polverizzati per valore, così da rendere poco efficace la trattativa con ciascuno di essi, con poche certezze circa i tempi di conclusione.

Il concordato è spesso meno gradito dagli istituti bancari e dall'imprenditore per il discredito connesso alla percezione che esso sia l'anticamera del fallimento, per la necessità di svalutare il credito ad opera degli istituti di credito e per lo spossessamento attenuato, il cui corollario è un pervasivo controllo del commissario giudiziale sin dalle prime fasi della procedura, che può condurre alla revoca del blocco delle azioni esecutive ove ricorrano atti di frode ed eventualmente alla dichiarazione di fallimento ove il pubblico ministero o un creditore ne facciano istanza.

La riforma introduce importanti novità nei due istituti imponendo di rivisitare le tradizionali convinzioni a supporto della scelta del percorso di risanamento, rendendo forse più appetibile l'accordo di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo per più di una ragione, e ciò nonostante fino ad oggi i ricorsi *ex* articolo 182 *bis* L.F. siano stati assai meno numerosi.

Per comprendere meglio quali possano essere le ragioni di una presumibile inversione di rotta, occorre analizzare le principali novità introdotte dal Codice della crisi e dell'insolvenza nei due istituti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.2 Le novità in materia di accordi di ristrutturazione

Secondo l'articolo 5 della legge delega, la riforma doveva allargare le maglie dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Questi i principi che qui interessano:

- la procedura di cui all'articolo 182 *septies,* attualmente destinata solo ai debitori con un indebitamento finanziario di almeno il 75%, doveva essere estesa a tutti i debitori a prescindere dalla natura dell'indebitamento in caso di continuazione dell'attività di impresa;
- la percentuale minima del 60% dei creditori aderenti doveva essere ridotta se l'accordo non prevede la convenzione di moratoria, né richieda le misure protettive;
- in caso di modifiche significative del piano successive all'omologa, esso doveva essere attestato nuovamente.

È dunque innegabile che la spinta del legislatore delegante fosse intesa a potenziare gli accordi di ristrutturazione, per intuibili ragioni di deflazione giurisdizionale, di economicità e speditezza delle procedure.

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza recepisce tutti i richiamati principi declinandoli in modo da incentivare l'accesso all'istituto.

Gli articoli 57-64 della riforma, prevedono che gli accordi possano essere omologati anche se riguardano una percentuale non inferiore al 30% per valore del passivo se non è stata richiesta la moratoria e non sono state richieste le misure protettive temporanee previste dall'articolo 44, con disposizione comune al concordato preventivo.

Inoltre, i nuovi accordi possono imporre la proposta alla minoranza del 25% che non partecipa agli accordi imponendo loro gli effetti del piano, aumentata al quaranta se l'accordo viene raggiunto durante la composizione negoziata a norma dell'articolo 23, secondo comma, lettera *b)*. Viene introdotto un regime affatto particolare per le modifiche della proposta: se precedono l'omologa, gli accordi devono essere rinnovati, se le modifiche sono successive, la nuova attestazione ed il piano devono essere pubblicati presso il registro delle imprese. In tal caso, entro trenta giorni dalla comunicazione, i creditori possono proporre opposizione; in assenza di opposizioni, le modifiche sono valide senza alcun ulteriore intervento del Tribunale.

La modifica più dirompente, tuttavia, riguarda il trattamento dei debiti erariali, ormai comune al concordato e all'ADR: quando l'adesione dell'erario è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze del 60% o 30% per valore dei crediti, il Tribunale può imporre la soluzione proposta nell'accordo se la ritiene più conveniente della soluzione liquidatoria sulla base di una attestazione speciale del professionista, da allegare alla domanda (articoli 63 e 88, comma secondo *bis* comma V). Quale contraltare per simili vantaggi e per l'uniformazione degli effetti protettivi tradizionalmente limitati al concordato in bianco, è prevista la nomina del commissario giudiziale in presenza di istanze di fallimento già dopo il deposito del ricorso quando è necessaria per tutelare i creditori istanti; dunque, è probabile che venga nominato sempre perché il Tribunale sarà tradizionalmente più incline a tutelare le ragioni dei creditori in questa fase (articolo 44, comma IV).

Si delinea pertanto un istituto agile, meno rischioso perché meno soggetto a un controllo invasivo del Tribunale e con un non trascurabile incentivo al raggiungimento delle maggioranze, soprattutto per effetto del possibile *cram down* erariale, che potrà risultare spesso determinante per l'omologa degli accordi di ristrutturazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.3 Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione

Sempre perseguendo il dichiarato intento di favorire gli accordi di ristrutturazione, tra gli strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione, il Dlgs n. 83 del 17 giugno 2022 introduce un nuovo strumento di regolazione della crisi in forza del quale l'imprenditore commerciale che si trovi in stato di crisi e/o di insolvenza, può proporre il soddisfacimento dei propri creditori avvalendosi di un piano che presupponga la suddivisione degli stessi per classi secondo interessi economici e giuridici omogenei, senza necessariamente essere vincolato alle regole della *par condicio creditorum* di cui all'articolo 2740 Cc e della graduazione secondo le cause legittime di prelazione *ex* articolo 2741 Cc che per espressa previsione normativa possono essere invece derogate, con la sola esclusione dei creditori da lavoro che devono essere soddisfatti in denaro integralmente entro 30 giorni dall'omologazione.

La disciplina di tale strumento è formalizzata negli articoli 64 *bis* e ss, norme poste a chiusura del Capo I in tema di "Accordi". Ai sensi del secondo comma dell'articolo 64 *bis*, la procedura si instaura mediante ricorso al quale deve essere allegata l'attestazione sulla fattibilità del piano. Il Tribunale:

i) valuta la mera ritualità della proposta;
ii) la correttezza dei criteri di formazione delle classi, come detto, solo dal punto di vista della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei;
iii) nomina o conferma un commissario giudiziale al quale è assegnato il medesimo obbligo di controllo degli atti posti in essere dal debitore e di eventuale segnalazione, già previsto nella composizione negoziata, ma con l'ulteriore possibilità di chiedere la revoca della procedura per il compimento di atti in frode *ex* articolo 106 CCII.

Il Pro è sottoposto alla votazione dei creditori secondo le regole del concordato preventivo in continuità nonché è previsto il ricorso al *cram down* in caso di opposizione da parte di un creditore dissenziente quando dalla proposta risulta che il credito sarà soddisfatto in misura non inferiore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Qualora il piano di ristrutturazione non sia stato approvato da tutte le classi, sono previste a favore del debitore due alternative:

1) in primo luogo il debitore può chiedere al Tribunale di accertare l'esito della votazione e pertanto procedere all'omologazione del piano;
2) in alternativa, ai sensi dell'articolo 64 *quater*, il debitore può modificare la domanda e chiedere una proposta di concordato preventivo, facoltà quest'ultima concessa anche a contrario, ovvero nell'ipotesi in cui il debitore abbia presentato domanda di concordato preventivo può modificare la stessa chiedendo l'omologazione del piano di ristrutturazione.

Si tratta di un istituto che offre modesti vantaggi rispetto agli altri e che può essere depositato per ridurre i rischi di mancata approvazione della proposta con l'innesto di una ulteriore procedura in caso di rigetto da parte dei creditori.

9.4 Le principali novità in materia di concordato

Il codice della Crisi e dell'Insolvenza ha sottoposto l'istituto del concordato preventivo ad un'ampia rivisitazione, nel dichiarato intento di incentivarlo se in continuità a presidio della salvaguardia del *going concern* e di limitarlo invece nella forma liquidatoria. E, infatti, il concordato in continuità aziendale (diretta o indiretta) è l'opzione privilegiata dalla riforma, nell'ottica di perseguire il reinserimento nel mercato dell'impresa una volta risanata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Detto intento è chiaramente espresso nella nuova formulazione dell'articolo 84 operata dal Dlgs 83/2022 che ha significativamente modificato la formulazione dell'articolo 84 secondo il Dlgs 14/2019.

In primo luogo, la continuità aziendale non è più indefettibilmente condizionata dagli interessi dei lavoratori essendo previsto che la continuità aziendale preserva i posti di lavoro ma solo nella misura possibile.

Ed ancora. Rispetto alla precedente formulazione, il nuovo articolo 84, III comma, prevede che nel concordato in continuità aziendale i creditori possano essere soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

Nel concordato in continuità, inoltre, è possibile regolare i creditori assicurando una utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che può essere diversa dal pagamento e che può essere costituita anche dal vantaggio fiscale della falcidia concordataria oppure dalla prosecuzione dei rapporti di fornitura, aprendo uno spiraglio per la legittimità della formazione di una classe a zero (articolo 84, III comma, CCI).

Quanto al concordato liquidatorio, la nuova formulazione dell'articolo 84, IV comma, conferma e ridisegna le restrizioni già introdotte dalla riforma del 2015 Il CCI, infatti, conferma la soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari del venti percento ma impone in aggiunta un apporto di risorse che incrementi almeno del dieci percento il soddisfacimento dei creditori medesimi rispetto alla liquidazione giudiziale con riferimento alla consistenza del patrimonio al momento del deposito (articolo 84, IV comma, CCI).

È però previsto che le risorse esterne possano essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 Cc purché sia rispettato il requisito del 20%. Il medesimo comma precisa che sono esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

Secondo il comma 5 dell'articolo 84, inoltre, i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché non in misura inferiore rispetto allo scenario liquidatorio. Viene pertanto accolta la regola della *relative priority rule* per la quota relativa alle risorse esterne e a quelle generate con il reddito di impresa dopo il deposito: pertanto sarà sufficiente regolare una percentuale del credito di un grado (e non il credito nella sua interezza) per regolare poi quello di grado inferiore.

Il ricorso per concordato dovrà essere accompagnato dalla proposta e dal piano. È conseguentemente demandata al Tribunale, nel caso di concordato liquidatorio, la verifica circa l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, con tale intendendosi, a norma dell'articolo 47 lettera *a) "la non manifesta inettitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati",* mentre nel caso di concordato in continuità aziendale, la verifica circa la ritualità della proposta ma la domanda è inammissibile se *prima facie* non è in grado di soddisfare i creditori nella misura prefissata e non è in grado di conservare i valori aziendali.

Se l'esito del sindacato dovesse essere negativo, il giudice dichiarerà con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale in presenza di istanze dei creditori o del p.m. (articolo 47, IV comma, CCI).

Quanto agli effetti della presentazione della domanda (articoli 54-55 CCI), le novità principali riguardano le previsioni, comuni anche agli accordi di ristrutturazione, relative alla facoltà introdotta dal Dlgs 83/2022 e concessa al debitore che abbia già conseguito le misure protettive di cui all'articolo 18, di chiedere ulteriori misure con l'effetto prenotativo previsto dall'articolo 44 CCI.

Con l'entrata in vigore del CCI, invece, il divieto di intraprendere o proseguire le esecuzioni sarà subordinato alla espressa richiesta del debitore da formularsi nel ricorso in bianco che potrà saldarsi eventualmente con l'*automatic stay* previsto per le misure protettive.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il divieto dovrà poi essere oggetto di conferma da parte del Tribunale entro trenta giorni dalla pubblicazione, prorogabili in assenza di istanze di liquidazione giudiziale e con possibilità di revoca in qualunque momento in cui l'attività intrapresa sia ritenuta inidonea a pervenire alla composizione della crisi.

Nell'elaborazione del piano sono poi previsti dei classamenti obbligatori: la suddivisione dei creditori in classi, oltre che nei casi già previsti, è sempre obbligatoria nel caso di concordato in continuità; i creditori muniti di diritto di prelazione pregiudicati dalla proposta, in quanto non soddisfatti in denaro e integralmente entro centottanta giorni dall'omologazione, devono essere inseriti in apposite classi, così come devono essere inserite in classi separate le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi e i crediti erariali e previdenziali degradati.

Profondamente innovata la disciplina delle operazioni di voto.

La riforma, infatti, prevede la soppressione dell'adunanza dei creditori, sostituita con l'espressione del consenso attraverso modalità telematiche, rappresentate, allo stato, dall'invio a mezzo posta elettronica certificata (articolo 107 CCI). Assai complicato il meccanismo della formazione delle maggioranze, per il quale si rinvia agli articolo 109 e 112 CCI. Va qui solo accennato che sono previsti meccanismi di facilitazione dell'approvazione e del *cram down*, in forza dei quali la proposta si considera approvata se riscontra il voto positivo di tutte le classi oppure dei due terzi dei votanti con la maggioranza relativa dei creditori ammessi al voto. In sede di omologa, se non risulta l'approvazione la proposta viene omologata in presenza di altre condizioni se almeno una classe è soddisfatta con i criteri di graduazione previsti dalla legge per il valore eccedente quello di liquidazione.

Un ulteriore elemento di novità va individuato nel rafforzamento dei poteri di controllo ed intervento del Commissario Giudiziale, sia durante la fase immediatamente successiva al deposito della domanda, sia durante la fase di esecuzione del concordato.

Dopo l'omologazione, infatti, il Commissario dovrà vigilare sull'adempimento del piano secondo le modalità previste nell'omologazione e dovrà riferire al Giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori. Potrà essere investito dal Tribunale dei poteri necessari per adempiere in luogo del debitore, tutte le volte in cui emerga che lo stesso non sta compiendo gli atti necessari per attuare la proposta o ne sta ritardando il compimento.

Il potere di ingerenza del Commissario su autorizzazione del Tribunale potrà spingersi gradualmente fino alla revoca dell'organo amministrativo, allorché la denuncia dei ritardi ed omissioni venga sollevata dal soggetto che ha presentato la proposta – concorrente – di concordato approvata ed omologata dai creditori.

Il Commissario Giudiziale, in linea con il proposito di ampliamento dei poteri dello stesso, sarà investito, infine – ed anche questa è una rilevante novità -, del potere di chiedere la risoluzione del concordato quando ne sia fatta richiesta da parte di uno dei creditori, in modo che questi non vengano dissuasi dall'iniziativa per il timore di sostenere delle ulteriori spese legali, anche di eventuale soccombenza.

9.5 Le ragioni che incentivano l'accordo di ristrutturazione

Plurimi indici fanno presagire che gli accordi di ristrutturazione saranno più numerosi rispetto ai concordati preventivi con la riforma.

Anzitutto, le misure protettive del concordato saranno parificate a quelle degli accordi di ristrutturazione, che beneficeranno di un *automatic stay* connesso al deposito del ricorso, con

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

una disciplina perfettamente uguale nei due istituti e amplificata dal preventivo accesso alla composizione negoziata.

Pertanto, sotto questo profilo, le due procedure risulteranno parificate. Viene così recepita la recente qualificazione concorsuale dell'attuale procedimento *ex* articolo 182 *bis* L. Fall. suggellata da Cassazione 1182/2018, che ha evidenziato i tratti di vicinanza dell'accordo rispetto al concordato, per il quale l'effetto automatico del divieto di azioni esecutive individuali costituisce un vantaggio differenziale nell'attuale sistema.

Le difficoltà connesse al voto nel concordato, già acuite dal 2015 per l'introduzione del consenso espresso, anche per le cessioni di massa dei crediti, che rendono incerta l'identificazione di chi è legittimato a votare, risultano amplificate dal sistema di voto degli articoli 109-112 CCI per il concordato sono sicuramente incrementate dalla abrogazione dell'adunanza dei creditori nella riforma.

Se non altro, l'udienza risultava un luogo di confronto utile anche in funzione della acquisizione del consenso di massa.

Simili complessità, potranno rendere più conveniente il ricorso agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, anche per la facoltà di imporre la soluzione proposta ai debitori a una minoranza dissenziente.

Inoltre, se da un lato nella c.d. fase in bianco vengono estesi gli obblighi informativi periodici agli accordi di ristrutturazione, per questi ultimi il controllo del Tribunale è sicuramente meno invasivo rispetto al concordato, almeno in assenza di istanze di liquidazione giudiziale che comportano la nomina del commissario giudiziale nell'ADR.

La procedura dell'accordo peraltro è più semplice e rapida e non contempla il rischio di revoca per atti di frode scoperti dal Commissario (articolo 106 CCI), che ben possono riferirsi alle azioni risarcitorie, anche da ritrattabili in sede penale in caso di fallimento del tentativo di ristrutturazione qualora venga aperta la liquidazione giudiziale in esito a un concordato naufragato.

La minore durata della procedura di omologazione dell'accordo e l'assenza del vigile sguardo del Commissario, quantomeno in assenza di domande di liquidazione giudiziale, attutiscono un simile rischio. Simili aspetti, se correttamente soppesati, potrebbero costituire un incentivo determinante per l'imprenditore in crisi per l'accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti, relegando il concordato ad ipotesi residuali in cui la polverizzazione dei creditori imponga di valorizzare il nuovo *cram down*, e riqualificando l'istituto come una procedura effettivamente minore, quale era considerata prima della stagione delle riforme del 2006 al di là delle definizioni.

	Accordi di ristrutturazione	**Concordato preventivo**
Blocco preventivo azioni esecutive (sebbene non automatico, come nella legge fallimentare)	Sì	Sì
Obblighi informativi mensili	Sì	Sì
Nomina commissario giudiziale	Solo in presenza di istanze di liquidazione giudiziale	Sì
Autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione	No	Sì
Disclosure sugli illeciti gestori	No	Sì
Revoca per atti di frode	No	Sì
Cram down per i debiti erariali	Sì	Sì

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

I piani di risanamento: principi per la redazione e check list particolareggiata

Giuseppe Acciaro, Francesco Aliprandi, Alessandro Turchi

SOMMARIO: 10.1 Il piano tra Principi di redazione e lista di controllo particolareggiata – 10.2 Natura e obiettivi del piano di risanamento –10.3 Principi generali del piano –10.4 Processo di elaborazione del piano –10.5 Quadro generale di partenza –10.6 Strategia di risanamento –10.7 Impatto specifico della strategia di risanamento –10.8 Manovra finanziaria –10.9 Action plan –10.10 Dati prospettici –10.11 Esecuzione e monitoraggio del piano –10.12 Ruolo dei consulenti –10.13 Gruppi di imprese –10.14 Peculiarità dei piani sottostanti gli accordi transattivi, i concordati preventivi e la composizione negoziata –10.15 Piani di risanamento per le MPMI

10.1 Il piano tra Principi di redazione e lista di controllo particolareggiata

Poiché il legislatore non ha previsto specifiche disposizioni alle quali rifarsi per la redazione dei piani di risanamento, risultano di notevole utilità i *Principi per la redazione dei piani di risanamento* (nel proseguo per brevità *I Principi*), pubblicati a maggio 2022 a cura di AIDEA (Accademia Italiana Di Economia Aziendale), ANDAF (Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari), APRI (Associazione Professionale Risanamento Imprese), FCN (Fondazione Nazionali Commercialisti già IRDCEC), OCRI (Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese) e AIAF (Associazione Italiana per l'Analisi Finanziaria).

I Principi costituiscono un punto di riferimento, a corredo di ulteriori guide di derivazione professionale (**Box 1**), per la redazione dei piani di risanamento, proponendo indicazioni inerenti all'approccio metodologico e alle modalità di rappresentazione applicabili in fase di costruzione degli stessi.

Utili riferimenti e approfondimenti: Guida al Piano Industriale di Borsa Italiana (2003); Linee Guida alla redazione del Business Plan del CNDCEC (2011); Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa, CNDCEC (2009); Linee-guida sul finanziamento alle imprese in crisi, CNDCEC in collaborazione con l'Università degli Studi di Firenze e Assonime (2010 e 2014); Linee Guida Informativa e valutazione nella crisi d'impresa del CNDCEC (2015); Principi di attestazione dei piani di risanamento, redatti da AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI e OCRI (2020).

I Principi sono da intendersi come indicativi delle *best practices* di redazione dei piani e non come precetti assoluti. Infatti, gli effettivi contenuti dei piani sono funzionali a specifiche circo-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stanze quali, a titolo esemplificativo, la strategia di risanamento, tempo e risorse manageriali, informazioni disponibili e la tipologia di *business*. Come si legge nella premessa dei Principi, il documento intende costituire una "guida" per pianificare un eventuale risanamento o un monitoraggio della continuità aziendale, individuando le ipotesi di intervento ragionevolmente in grado di rimuovere le criticità riscontrate.

Si evince, pertanto, come il documento in esame costituisca un utile supporto non soltanto nelle procedure di risanamento, ma anche nella normale attività di monitoraggio prospettico delle aziende.

I Principi suggeriscono una struttura di massima, da adattarsi poi alle specifiche esigenze del caso concreto, che si sviluppa nelle seguenti sezioni:

- natura e obiettivi del piano di risanamento;
- principi generali del piano;
- processo di elaborazione del piano;
- quadro generale di partenza;
- strategia di risanamento;
- impatto specifico della strategia di risanamento;
- manovra finanziaria;
- *action plan*;
- dati prospettici;
- esecuzione e monitoraggio del piano;
- ruolo dei consulenti;
- piano di risanamento nei gruppi di imprese;
- peculiarità dei piani sottostanti gli accordi di ristrutturazione, i concordati preventivi in continuità e la composizione negoziata;
- piani di risanamento per le MPMI.

Come noto, l'articolo 3 del Dl 118/2021 prevede l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori che volontariamente accedono alla composizione negoziata della crisi, all'interno della quale viene resa disponibile una lista di controllo definita «p*articolareggiat*a», contenente indicazioni operative per la redazione, da parte dell'imprenditore, del piano di risanamento e per l'analisi della sua coerenza, ad opera dell'esperto indipendente.

A seguito dell'emanazione del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 in recepimento della Direttiva *Insolvency*, tali strumenti sono disciplinati dall'articolo 13, comma 2, del Codice. Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, firmato il 28 settembre 2021, richiamato dal summenzionato articolo 13 del Codice, e suddiviso in cinque sezioni, ha dato attuazione all'articolo 3 del Dl 118/2021, consentendo alle imprese in difficoltà di eseguire il proprio test autodiagnostico dello stato di salute, attraverso la piattaforma telematica nazionale, nonché di disporre di una lista di controllo che deve seguire l'imprenditore nella redazione del piano di risanamento e l'esperto nella successiva verifica di coerenza e completezza. Il Decreto alla Sezione II, fornisce una "*Check list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza*", strutturata, sotto forma di questionario, in sei paragrafi, per ognuno dei quali sono previste una serie di quesiti e rispettive manovre da adottare, con specifica indicazione del soggetto competente, individuato tra l'imprenditore e l'esperto indipendente. Le indicazioni contenute nel Decreto dirigenziale circa la redazione dei piani di risanamento presentano stretti collegamenti con i *Principi per la redazione dei Piani di risanamento*. Infatti,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tra gli elementi innovativi del documento pubblicato a maggio 2022 rispetto alla precedente versione di settembre 2017 concerne il paragrafo § 13.3 che riguarda le peculiarità del piano elaborato all'interno della composizione negoziata della crisi, proponendo una tavola sinottica con il Dm 28 settembre 2021.

10.2 Natura e obiettivi del piano di risanamento

La prima sezione dei Principi affronta il tema introduttivo della natura e degli obiettivi del piano di risanamento. I Principi definiscono il piano come "*un documento redatto dall'organo delegato e dal management … , eventualmente di nuova nomina, anche con il supporto di consulenti specializzati ed approvato dall'organo amministrativo ai sensi dell'articolo 2381, terzo comma, Cc., ove si rappresentano le azioni strategiche e operative (ed i relativi impatti economici e finanziari) tramite le quali un'azienda intende uscire dallo stato di crisi, ripristinando le condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale*".

Seppure il piano di risanamento viene sovente costruito con il supporto di consulenti esterni, la responsabilità rimane comunque in capo all'organo amministrativo, non solo in ordine ai contenuti, ma anche al rispetto delle tecniche di redazione e dei relativi obblighi di comunicazione.

Qualora il piano venga redatto nell'ambito di un percorso di risanamento disciplinato a livello giuridico, può essere qualificato come *piano di risanamento*. La qualifica di un piano come tale, tuttavia, presuppone l'esistenza di uno stato attuale di crisi – caratterizzato dal peggioramento dei risultati economici e da una probabilità di insolvenza futura (*v. riquadro 1*) – e la volontà del *management* di ripristinare le fisiologiche condizioni di attività aziendale.

Quanto a questi ultimi, a seconda delle finalità per cui il piano è elaborato, oltre che nella struttura, lo stesso documento varia nella tipologia dei suoi destinatari. Il piano industriale si rivolge, in sostanza, a interlocutori interni ed esterni all'azienda. Ai primi appartengono l'imprenditore, il *management* aziendale e le risorse riconducibili alle singole funzioni aziendali. I destinatari esterni sono rappresentati dai soci (qualora si tratti di società nelle quali non c'è la coincidenza tra la figura di socio e imprenditore), dagli istituti di credito, le società di *venture capital*, i consorzi fidi, i clienti, i fornitori, le istituzioni pubbliche. A tal fine, i Principi prevedono che i principali soggetti destinatari del piano (*stakeholders*) sono i seguenti:

- i soci non coinvolti nella gestione, ai fini dell'informativa sulle prospettive e sull'eventuale fabbisogno di mezzi propri;
- gli organi di controllo societario e le autorità di vigilanza cui è sottoposta la società;
- i dipendenti al fine di essere messi in condizione di applicare e realizzare quanto pianificato;
- i creditori e terzi sui quali incide il piano;
- i clienti, spesso coinvolti nel supporto al risanamento;
- il professionista attestatore, se previsto dallo strumento di composizione della crisi prescelto;
- banche e intermediari finanziari per finanziamenti già concessi e per eventuale concessione di nuova finanza.

Il fine ultimo del piano è quello di far convergere il consenso degli *stakeholders* verso la deliberata azione di risanamento al fine di ottenere la loro adesione al progetto, contribuendo con risorse operative o finanziarie ovvero con l'adesione ai sacrifici richiesti nella proposta. Per questo motivo il piano deve anche permettere agli *stakeholders*, in fase di esecuzione dello stesso,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di confrontare gli andamenti attesi con i risultati raggiunti e permettere, in caso di scostamenti, di apportare rimodulazioni delle azioni ancora da intraprendere o cambiamenti nel piano medesimo.

A conclusione della sezione, i Principi evidenziano come il piano debba configurarsi in maniera differente a seconda della gravità dello stato di crisi, degli obiettivi e degli strumenti utilizzati. Se il piano prevede la continuità aziendale, deve essere redatto in modo tale da fornire soluzioni per il ripristino delle fisiologiche condizioni di attività. Qualora, invece, la gravità della crisi non permette il ritorno alla redditività, il piano deve prevedere la liquidazione del *business* (c.d. piano liquidatorio).

---

1. LE DIVERSE NOZIONI DI CRISI E INSOLVENZA

Il Dl 118/2021 che, come noto, ha introdotto la composizione negoziata della crisi, ha individuato nuovi termini attinenti ai concetti di crisi e insolvenza. In particolare, nel testo normativo si parla di "*squilibrio patrimoniale*", lo "*squilibrio economico-finanziario*" (articolo 2, comma 1, Dl 118/2021), la probabilità di crisi e di insolvenza (articolo 2, co. 1, Dl 118/2021), la "*sostenibilità economico-finanziaria*" (articolo 9, Dl 118/2021), il "*dissesto irreversibile*" (Relazione Illustrativa al Dl 118/2021), l'"*insolvenza reversibile*" (Protocollo di conduzione della composizione negoziata), nonché le "*potenzialità necessarie per restare sul mercato*" (Relazione Illustrativa al Dl 118/2021). La probabilità di crisi potremmo definirla come una fase di indebolimento delle condizioni di equilibrio aziendale, di economicità e di competitività, che non presenta immediati pericoli per la continuità aziendale, ancorché ne prefiguri dei rischi; infatti, una situazione di pre-crisi che tenda a stabilizzarsi può pericolosamente preludere ad uno stato di vera e propria crisi. La probabilità di insolvenza potremmo dire che coincide con la definizione di crisi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a) del Codice della crisi. Quanto all'insolvenza, tanto la legge fallimentare (articolo 5) quanto il Codice della crisi (articolo 2, comma 1, lettera i), la definiscono come lo "*stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Il Dl 118/2021 pare distinguere chiaramente tra insolvenza reversibile ed irreversibile. Potremmo definire quest'ultima come una situazione in cui il business si trova in uno stato di decozione e la continuità aziendale è venuta meno. Vi sono, tuttavia, dei casi di imprese con modelli di business ancora coerenti e strategie adeguate e competitive, che mostrano situazioni di insolvenza (reversibile). Quest'ultima, quindi, può anche essere una particolare forma di crisi d'impresa e non soltanto la manifestazione terminale della stessa. Ciò accade, ad esempio, quando l'insolvenza ha prettamente origine da cause esterne, incontrollabili, temporanee e che non derivano dalla gestione caratteristica.

10.3 Principi generali del piano

Un piano di risanamento deve essere redatto nel rispetto di alcuni principi generali concernenti il metodo, le tecniche impiegate, i contenuti e la forma.

In primo luogo, il piano deve risultare tempestivo in relazione alla gravità della crisi, poiché soltanto una tale tipologia di intervento permette, a parità di altri fattori, di aumentare il raggio delle opzioni di risanamento nonché di disporre di maggiore potere contrattuale con i soggetti coinvolti. La storia di non poche crisi rivela come il punto di partenza sia il mancato tempestivo riconoscimento dei sintomi rilevatori del *distress*, ovvero come la presa di consapevolezza del declino avvenga quando le problematiche hanno assunto una gravità tale da divenire, talvolta, irreversibili, impendendo così il risanamento.

Sul punto, ulteriori utili indicazioni possono essere rinvenute nel paragrafo 1) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, dove tratta del *requisito dell'or-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ganizzazione dell'impresa, nonché al paragrafo 3) dove, invece, viene analizzato il tema della *individuazione delle strategie di intervento volte a rimuovere le cause della crisi*:

- Par. 1.3: l'impresa ha predisposto un monitoraggio continuativo dell'andamento aziendale? In mancanza, l'impresa deve quanto meno avere attivato il confronto con i dati di andamento del precedente esercizio, in termini di ricavi, portafogli ordini, costi e posizione finanziaria netta;
- Par. 3.9 (a cura dell'esperto indipendente): Il piano appare credibile? Il piano è fondato su intenzioni strategiche chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera? Le strategie di intervento e le iniziative industriali individuate dall'imprenditore appaiono appropriate per il superamento delle cause della crisi? E in caso contrario quali sarebbero quelle da adottare?

Ai fini della redazione del piano di risanamento, i Principi presuppongono la disponibilità di alcune risorse, informazioni e conoscenze, quali:

- un sistema amministrativo- contabile che fornisca i dovuti dettagli consuntivi e previsionali economici e finanziari (inevitabilmente il riferimento si rinviene nel novellato articolo 2086, secondo comma, Cc);
- un processo di acquisizione ed elaborazione di dati contabili e gestionali di qualità adeguata all'incidenza degli effetti del piano sulla gestione aziendale;
- competenze manageriali di natura finanziaria, tecnica, giuridica, commerciale e amministrativa di chi redige il piano;
- competenze in materia di diritto della crisi d'impresa, qualora il piano preveda il ricorso ad una procedura concorsuale o all'istituto della composizione negoziata della crisi;
- esperienza nella pianificazione aziendale e nel successivo controllo in fase esecutiva.

Il paragrafo 2) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, dove tratta della *rilevazione della situazione contabile e dell'andamento corrente* fornisce indicazioni funzionali ed integrative rispetto a quanto sopra esposto e contenuto nei Principi, concentrandosi principalmente sull'attendibilità e la tempestività delle rilevazioni contabili. Vengono, in particolare, analizzate la situazione debitoria, l'esigibilità dei crediti commerciali, la contabilizzazione delle rimanenze di magazzino, la riconciliazione dei debiti tributari, contributivi e di natura finanziaria rispetto ai documenti di fonte esterna che devono essere prodotti dal debitore in sede di ricorso per la nomina dell'esperto nella composizione negoziata della crisi. Altre indicazioni si rinvengono al paragrafo 3), dove si chiede all'imprenditore se dispone delle capacità e delle competenze manageriali necessarie per realizzare le iniziative industriali.

I Principi precisano altresì che la redazione del piano costituisce un processo iterativo, che deve tenere conto degli effetti della gestione interinale tra il momento diagnostico della crisi e la fase di attuazione del piano, la quale può risentire, anche in modo rilevante, della situazione di incertezza che caratterizza tale periodo.

10.3.1 Principi generali sul contenuto

Nel *corpus* normativo della legge fallimentare i piani di risanamento sono regolamentati esclusivamente negli effetti, nell'ambito delle esenzioni dall'azione revocatoria fallimentare. Infatti, nella legge fallimentare il concetto di piano di risanamento si rinviene dalla lettura della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disciplina sulla revocatoria fallimentare, mancando una disposizione *ad hoc*. In particolare, l'articolo 67, comma 3, lett. d), L. Fall., elenca tra le esenzioni alla revocatoria fallimentare "*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*", fermo restando l'obbligo di un professionista indipendente di attestarne la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità. Ad eccezione di queste indicazioni la norma contenuta nella legge fallimentare non prevede alcun contenuto minimo, non fornisce precisazioni in merito alle formalità, alla struttura nonché al procedimento che è necessario seguire per la redazione del piano. Ne discende, pertanto, che il piano di risanamento sia il frutto della volontà dell'imprenditore, lasciando a quest'ultimo ampia discrezionalità al fine di renderlo maggiormente adeguato al singolo caso aziendale.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza introduce una norma *ad hoc* sul contenuto minimo del piano di risanamento da redigere qualora l'imprenditore decida di utilizzare uno strumento (concorsuale o no) per la composizione della crisi o per la gestione dell'insolvenza. La nuova disciplina del piano attestato di risanamento è contenuta nell'articolo 56 del Codice della crisi e dell'insolvenza, rubricato "*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*", il quale prevede che l'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza possa predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione econimico finanziaria.

Per la prima volta nel contesto normativo della crisi d'impresa (articolo 56 CCII), il legislatore individua il contenuto minimo del piano di risanamento, il quale deve indicare:

a. la situazione economico- patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
b. le principali cause della crisi;
c. le strategie d'intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
d. i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza;
e. gli apporti di finanza nuova (se previsti);
f. i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto;
g. il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Inoltre, gli atti unilaterali ed i contratti posti in essere in esecuzione del piano di risanamento devono essere provati per iscritto e devono avere data certa. La data certa e la forma scritta del piano di risanamento e dei relativi contratti rappresentano una delle novità più rilevanti rispetto a quanto previsto dalla legge fallimentare. La necessità di attribuire una data certa al piano di risanamento è prevista al fine di attribuire allo stesso l'efficacia sostanziale di sottrarre alla revocatoria gli atti eseguiti per la sua attuazione, garantendo l'anteriorità del piano, dell'attestazione e degli atti esecutivi rispetto alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Un ulteriore e non secondario scopo dell'attribuzione di una data certa al piano è quello di provare l'effettiva consequenzialità cronologica degli atti esecutivi in relazione al piano ed alla sua attestazione da parte dell'esperto e, pertanto, il rispetto dell'originario progetto di risanamento.

Ritornando ai Principi, gli stessi prevedono che il piano debba essere:

› sistematico: deve descrivere la situazione attuale (*as is*) e quella obiettivo al termine del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

piano (*to be*), riferendosi sia all'azienda nel suo complesso sia alle sue principali attività, ai processi operativi più rilevanti, alla struttura organizzativa e manageriale, alle risorse disponibili e alle obbligazioni assunte;
- coerente: deve basarsi su ipotesi logicamente connesse, i nessi causali che legano le variabili tecnico-operative con quelle economiche, finanziarie e patrimoniali devono essere evidenziati nel piano ed essere coerenti tra loro, tenendo anche conto dell'andamento storico dell'impresa e della situazione attuale;
- attendibile: l'andamento ipotizzato delle variabili considerate deve essere ragionevole e dimostrabile (*v. riquadro 2*).

ESEMPI DI COERENZA E ATTENDIBILITÀ DEL PIANO

Proporre una strategia di crescita senza specificare nel programma di azione le attività che consentono di concretizzare tale sviluppo, rende scarsamente coerente il piano. Ipotizzare un forte incremento di fatturato a fronte di un mercato in recessione costituisce un aspetto critico e la giustificazione fornita dovrebbe essere fortemente persuasiva.
Prevedere andamenti di ricavi fondati soltanto su ipotesi di acquisizione di nuovi clienti, di ingresso in nuovi mercati o di lancio di nuovi prodotti, rende critica l'attendibilità del piano.

In relazione alla sistematicità del piano, il paragrafo 1) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del ministero della Giustizia, richiede all'imprenditore se dispone delle competenze tecniche occorrenti per le iniziative industriali che intende adottare, evidenziando come in caso contrario deve tenere conto solo delle iniziative industriali per le quali sia realisticamente in grado di disporre delle competenze tecniche occorrenti, eventualmente acquisendole sul mercato.

A tale quesito si contrappone la richiesta all'esperto circa la credibilità del piano, nonché la fondatezza dello stesso su intenzioni strategiche chiare e razionali (par. 3.9).

Quanto alla coerenza del piano, ulteriori indicazioni si rinvengono, da un lato, al par. 3.8 nel quale si richiede all'imprenditore di verificare la coerenza del piano di risanamento rispetto a quelli redatti in precedenza e di evidenziare eventuali differenze, fornendo opportune motivazioni. Dall'altro lato, il paragrafo 4) che tratta della *proiezione dei flussi finanziari*, richiede di verificare che nella stima dei flussi di cassa le proiezioni dei ricavi siano coerenti con i dati storici e quelli correnti. Allo stesso modo, la stima dei costi variabili e dei costi di struttura deve essere coerente con la situazione in atto e con i dati storici.

Queste ultime indicazioni sono funzionali anche alla verifica del requisito attinente all'attendibilità del piano. Su quest'ultimo punto, ulteriori quesiti posti all'esperto ai par. 4.7 e 4.8 costituiscono utili punti di riferimento:
- la stima degli effetti delle iniziative industriali che l'imprenditore intende intraprendere (in termini di investimenti, ricavi e costi) è coerente con le informazioni disponibili ed è ritenuta giustificata dalle diverse funzioni aziendali?
- è stata svolta una verifica di ragionevolezza della redditività prospettica quale risulta dai paragrafi precedenti?
  1. la redditività ed i principali indicatori chiave gestionali (KPI) prospettici, prima dell'effetto delle iniziative di cui al punto 4.7 della presente Sezione, devono essere coerenti con l'andamento storico;
  2. è importante che sia giustificata ogni differenza tra l'incidenza del margine operativo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

lordo sui ricavi, anche a seguito delle iniziative di cui al punto 4.7 della presente Sezione, ed i *benchmark* di mercato disponibili.

Il piano deve altresì evidenziare la possibilità di raggiungimento di un equilibrio finanziario, economico e patrimoniale sostenibile. A tale fine, evidenziano i Principi, l'obiettivo del risanamento può essere conseguito qualora a regime vi sia la capacità di conseguire flussi di cassa operativi, al netto di quanto necessario per permettere gli investimenti di mantenimento e per l'assolvimento delle imposte sul reddito, atti ad assicurare il servizio del debito. Infatti, non è necessario che nell'arco temporale di sviluppo del piano si verifichi un'estinzione di tutti i debiti, poiché il risanamento dell'esposizione debitoria può considerarsi raggiunto allorché il debito sia sostenibile e coerente con i flussi di cassa liberi al servizio del debito e con il livello di patrimonializzazione.

Circa la possibilità di riequilibrio aziendale, il decreto dirigenziale fornisce rilevanti integrazioni in merito all'attendibilità e completezza della situazione debitoria e del valore dei cespiti iscritti a bilancio (par. 2.2), sulla stima dei flussi finanziari prospettici giustificata dalla tipologia di attività svolta (par. 4.1), sulla determinazione dei flussi finanziari al servizio del debito che deve essere effettuata muovendo dati economici sulla base del ciclo monetario, degli investimenti e disinvestimenti previsti (par. 4.11) e, infine, sulla capacità di risanamento del debito attraverso le proiezioni finanziarie (par. 5.1) e la determinazione del debito che deve essere servito nei singoli anni di piano e che consente all'impresa di conseguire il risanamento, quale obiettivo finale del piano (par. 5.4).

In merito alla sostenibilità dell'equilibrio aziendale, si segnala come l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 al paragrafo 7) della Sezione III (*Protocollo di conduzione della composizione negoziata*) evidenzi che non vi sia di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo (MOL) positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di MOL negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono).

In ultimo, la data di riferimento contabile del piano (la c.d. *spalla di piano*) deve essere quanto più prossima a quella di redazione dello stesso, al fine di evitare che in tale lasso temporale si verifichino significativi scostamenti. La distanza tra le due date, raccomandano i Principi, non dovrebbe essere superiore a quattro mesi e comunque "*non deve superare il limite oltre il quale le previsioni del Piano richiedano un significativo aggiornamento*" (§ 2.2.7). Il par. 2.1 del decreto dirigenziale chiede espressamente all'imprenditore la disponibilità di una situazione contabile con le rettifiche e assestamenti di chiusura aggiornata a non oltre 120 giorni, quale "*presupposto necessario per la predisposizione del piano*".

10.3.2 Principi generali sulla forma del piano

In ordine alla forma del piano, come altresì previsto dall'articolo 56 CCII, esso si sostanzia in un documento avente forma scritto e redatto per esteso, non potendo essere costituito da un semplice assieme di *slides* senza alcun contenuto analitico.

Il piano, partendo dalla presentazione dell'azienda e dalla situazione attuale, deve mettere in evidenza:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- l'oggetto;
- l'intervallo temporale coperto;
- la data di redazione;
- la data di riferimento contabile, intesa come data alla quale sono riferite le situazioni patrimoniali, economiche e finanziarie che rappresentano i dati di partenza del piano e la stima delle ipotesi sullo sviluppo della gestione futura;
- la sua approvazione da parte dell'organo amministrativo;
- l'eventuale strumento giuridico di composizione della crisi per la quale il piano è redatto;
- se si tratta di sua prima versione o di successivo aggiornamento;
- eventuali limitazioni nella circolazione del documento.

La descrizione della situazione attuale e della strategia di risanamento deve essere effettuata in modo tale da poter comparare gli andamenti consuntivi (dati storici) con quelli previsionali, nonché tali da favorire la comprensione di come il piano consenta di superare lo stato di crisi e ristabilire l'equilibrio economico e finanziario.

Infine, le previsioni del piano devono essere sviluppate secondo una scansione temporale che, almeno per il primo esercizio coperto dal piano, sia caratterizzata da gradi di dettaglio che consentano la verifica dell'avanzamento anche per ristretti intervalli temporali.

10.4 Processo di elaborazione del piano

Ai fini dell'elaborazione del piano sono necessarie differenti competenze, disponibilità a livello temporale e risorse umane, che possono essere anche apportate da consulenti esterni. Le modalità con le quali procedere allo svolgimento del processo di elaborazione del piano devono rientrare in un percorso ben definito caratterizzato dall'identificazione delle attività, delle responsabilità e dei tempi a ciò necessari. Il grado di analiticità, e conseguente complessità, che può essere previsto nell'affrontare l'intero processo di elaborazione del documento, dipende non solo dalle caratteristiche delle singole realtà imprenditoriali (comunque condizionante), ma, soprattutto, dalla volontà di orientare lo sviluppo dei vari punti nei quali è articolato il piano in modo più o meno particolareggiato. La procedura da seguire, quando ci si trova a programmare la stesura di un documento di pianificazione pluriennale, deve essere ben pianificata e devono essere considerati tutti i soggetti che ruotano attorno all'azienda, siano essi dipendenti o soggetti esterni. La pianificazione delle attività e l'identificazione dei responsabili che dovranno garantire nei tempi la produzione del flusso informativo necessario alla realizzazione del piano è attività complessa e delicata.

In relazione al contenuto, il piano è generalmente composto da una parte industriale e una economico-finanziaria e patrimoniale. Sebbene queste possano essere redatte contestualmente, la parte industriale precede quella economico-finanziaria e patrimoniale. Qualora i piani prevedano una continuità aziendale, i risultati industriali dovranno essere assunti, unitamente alle risorse esterne, quale base per le proiezioni economico-finanziarie e patrimoniali.

Nell'ambito del piano, il "*modello economico, finanziario e patrimoniale*" rappresenta la formalizzazione quantitativa delle prospettive economiche, finanziarie e patrimoniali, sintetizzate all'interno di un foglio di calcolo elettronico. L'attività di predisposizione del modello economico finanziario e patrimoniale può essere suddivisa nelle seguenti fasi sequenziali:

- scopo: fase di definizione della natura, della complessità, del fabbisogno informativo e della struttura del modello;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- specifiche: fase di analisi e definizione dei flussi informativi;
- formalizzazione: fasi di ufficializzazione delle assunzioni di base;
- costruzione: fase in cui vengono elaborati i dati contabili prospettici;
- test: fase di verifica della correttezza matematica del modello;
- utilizzo: fase che si concretizza con l'analisi di sensitività, valutazione e pianificazione strategica.

Ai fini del processo di elaborazione del piano di risanamento, utili indicazioni possono essere altresì rinvenute nel paragrafo 2) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, dove tratta della *rilevazione della situazione contabile e dell'andamento corrente*. In tale paragrafo, infatti, vengono posti quesiti operativi all'imprenditore circa la disponibilità di una situazione contabile con le rettifiche e assestamenti di chiusura aggiornata a non oltre 120 giorni, l'affidabilità della situazione debitoria oggetto di ristrutturazione e la rispettiva quadratura con documenti provenienti da fonti esterne (per esempio, Centrale Rischi, situazione debitoria complessiva richiesta all'agente della riscossione, certificazione unica dei debiti tributari e certificazione dei debiti contributivi e per premi assicurativi), la disponibilità di un prospetto riassuntivo dell'anzianità dei crediti commerciali recante anche una stima prudente dei tempi di incasso, nonché la disponibilità di informazioni circa l'andamento corrente in termini di ricavi, portafoglio ordini, costi e flussi finanziari, anche raffrontati con gli esercizi precedenti.

Ad esse devono essere integrate le indicazioni di cui al paragrafo

4.1 relativamente alle fasi da seguire nella stima delle proiezioni dei flussi finanziari, nonché al paragrafo 5.1 circa la capacità di generare risorse sufficienti per il servizio del debito da ristrutturare.

10.5 Quadro generale di partenza

La parte introduttiva del piano deve contenere alcuni elementi fondamentali quali:

- descrizione sintetica della realtà aziendale e delle sue caratteristiche: denominazione, sede legale e forma giuridica assunta, assetto proprietario, informazioni sull'appartenenza ad un gruppo e una sintesi sui principali rapporti infragruppo, cronistoria degli avvenimenti societari degli ultimi anni compresi gli avvicendamenti intervenuti nella governance, eventuali operazioni straordinarie, i principali dati economici, finanziari e patrimoniali storici, struttura organizzativa, numero dei dipendenti, collocazione geografica degli stabilimenti produttivi e delle eventuali sedi secondarie, una descrizione dell'attività considerando i processi ed i prodotti attuali, dei mercati di riferimento (principali clienti e fornitori, analisi della concorrenza e delle principali forze competitive), indicazione degli eventuali marchi e diritti di privativa industriale critici utilizzati e i principali motivi che hanno determinato la crisi. Sul punto, il decreto dirigenziale fornisce indicazioni in ordine alla disponibilità di risorse umane e tecniche chiave per la conduzione dell'attività (par. 1.1), nonché sulla disponibilità di informazioni circa l'andamento corrente in termini di ricavi, portafoglio ordini, costi e flussi finanziari, integrati con un raffronto con il precedente esercizio (par. 2.8);
- strategie applicate e in atto: sintesi delle strategie precedentemente formulate dal *management* e di come queste si raccordino con la situazione attuale della società, evidenziando, ove rilevante, se il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati sia dovuto ad un

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ritardo nell'esplicitarsi degli effetti di tale strategia ovvero se la strategia non risulti più adeguata al mutato contesto di mercato. Il decreto dirigenziale fornisce, tra gli altri, due quesiti di fondamentale importanza ai fini della descrizione delle strategie (par. 3.1). Il primo viene rivolto all'imprenditore e concerne le ragioni per le quali lo stesso abbia percepito uno stato di crisi o di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che la rende probabile. Contestualmente viene richiesto all'esperto di individuare le manifestazioni esteriori di tale stato. Si tratta di quesiti centrali ai fini della descrizione della strategia che intende intraprendere il *management* per superare la contingente situazione di difficoltà;

- dati economici e finanziari: analisi storica dei dati economico-finanziari e patrimoniali al fine di identificare i fattori determinanti del *business*, prestando particolare attenzione agli indicatori che consentono di individuare l'insorgenza del declino, il suo aggravarsi e il livello di gravità della crisi. Utili indicazioni sul punto sono rinvenibili al paragrafo 4) del decreto dirigenziale attinente alle proiezioni dei flussi finanziari;
- organizzazione aziendale: descrizione della *corporate governance* (struttura degli organi amministrativi), dell'organigramma aziendale con una sintetica analisi della composizione quantitativa e qualitativa del personale dipendente e, infine, una sintetica descrizione del sistema dei poteri, delle deleghe, dei processi decisionali, delle funzioni e delle principali procedure in essere. Inoltre, i Principi, riprendendo il novellato articolo 2086, secondo comma, Cc, evidenziano come il piano dovrebbe comprendere anche una descrizione dell'assetto contabile (sistema di contabilità generale, monitoraggio periodico delle *performance* e presenza di sistemi di contabilità analitica) ed amministrativo (sistema di pianificazione e controllo e analisi degli scostamenti). Anche il decreto dirigenziale si concentra sull'organizzazione aziendale al paragrafo 1) e sulla situazione contabile e sull'andamento corrente al par. 2.1;
- descrizione dell'attività: principali processi e funzioni operative, degli impianti e strutture produttive, loro localizzazione, stato di manutenzione, capacità produttiva, rilevanza e consistenza dei magazzini e, se esistenti, dei lavori in corso di esecuzione, l'eventuale stagionalità ovvero sensibilità a variazioni in determinate e individuate variabili esogene quali il prezzo degli input, il grado di evoluzione tecnologica a supporto dell'attività aziendale, esistenza di brevetti, licenze d'uso e marchi, la normativa di riferimento che ha, o che potrebbe avere in caso di sua evoluzione, un impatto significativo, i principali clienti a cui l'azienda si rivolge o potrebbe potenzialmente rivolgersi, i principali fornitori e, tra questi, quelli eventualmente riconosciuti come "strategici";
- analisi del prodotto/servizio: per ciascuna linea di prodotto/ servizio è opportuno fornire informazioni in merito alle principali caratteristiche, alla funzionalità/sostituibilità per i clienti, al posizionamento rispetto ai concorrenti, alla fase del ciclo di vita, alle ultime innovazioni apportate ed alle possibilità di ulteriore evoluzione;
- analisi di settore/mercato: posizionamento dell'azienda nel mercato e nella catena di valore, evidenziando i fattori critici competitivi e, ove possibile, la percezione che i clienti o distributori hanno dei prodotti o servizi erogati rispetto ai concorrenti;
- la tecnologia impiegata, nonché il percorso di adozione e sostituzione di quest'ultima.

Successivamente si dovrà procedere con la diagnosi della crisi (*v. precedente riquadro 2*) e i relativi sintomi di criticità della situazione finanziaria, economica e patrimoniale, attraverso l'impiego di indicatori tipici dell'analisi di bilancio. Le cause della crisi debbono essere ricercate valutando sistematicamente i diversi profili della gestione aziendale e non porgendo attenzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

alla sola situazione finanziaria, che della crisi costituisce l'evidenza ultima in ordine temporale, ancorché la più tangibile. Le crisi finanziarie sono spesso così definite in modo improprio: infatti, nella maggior parte dei casi le crisi finanziarie rappresentano delle cause secondarie della crisi, sovente indotte da quelle primarie di natura strategica ed economica. Rari, invece, sono i casi in cui le crisi finanziarie possono considerarsi come cause primarie, ossia quando derivano da gravi errori nelle strategie finanziarie dell'azienda o da disequilibri nelle operazioni di investimento e di finanziamento. Con particolare riferimento alla situazione finanziaria, si rende pertanto necessario evidenziare l'ammontare dei debiti scaduti e, se esistenti, un riepilogo sintetico delle azioni esecutive individuali intraprese dai creditori. È opportuno, inoltre, evidenziare gli altri significativi impatti negativi della crisi aziendale, come ad esempio la perdita di rilevanti clienti e fornitori, le uscite di personale e le interruzioni dell'attività produttiva.

Ai fini della diagnosi della crisi può essere utile evidenziare l'ammontare dei debiti scaduti e, ove esistenti, un sintetico riepilogo delle azioni esecutive individuali intraprese dai creditori.

Utili indicazioni in merito all'individuazione delle cause della crisi sono rinvenibili al paragrafo 3) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, nel quale vengono posti alcuni quesiti operativi all'imprenditore, quali:

- perché l'imprenditore ha percepito uno stato di crisi o uno squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rende probabile? (par. 3.1);
- quali sono le cause del declino dell'andamento aziendale? (par. 3.2).

Anche all'esperto sono rivolti utili quesiti:

- quali sono le manifestazioni esteriori dello stato di crisi o dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario? (par. 3.1);
- qualora non siano individuate cause coerenti con le manifestazioni esteriori dello stato di crisi o dello squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che la rende probabile, l'imprenditore ha predisposto la comparazione storica degli stati patrimoniali e dei conti economici di un numero adeguato di anni? (par. 3.2).

Anche sulla struttura dell'indebitamento, l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia fornisce utili indicazioni al paragrafo 5), domandando all'imprenditore a quanto ammonti il debito che deve essere servito nei singoli anni del piano. In particolare, il debito da servire corrisponde a:

- debito scaduto;
- debito già riscadenzato o differito;
- debito interessato da moratorie *ex lege*;
- linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo;
- rate di mutuo e finanziamenti in scadenza.

Tali quesiti devono essere contestualmente affrontati con i seguenti:

- la situazione debitoria è completa ed affidabile? Il valore contabile dei cespiti non è superiore al maggiore tra il valore recuperabile e quelli di mercato? In difetto, occorre quanto meno appostare con prudenza adeguati fondi rischi e fondi per l'adeguamento delle attività e delle passività (par. 2.2);
- i debiti risultanti dalla contabilità sono riconciliati con quanto risultante dal certificato unico dei debiti tributari, dalla situazione debitoria complessiva dell'Agente della Riscossione, dal certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi e dall'estratto della Centrale Rischi? In caso contrario, è necessario individuare le cause delle differenze significative (par. 2.5).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2. ALCUNI ESEMPI DI POSSIBILI CAUSE E CONCAUSE DELLA CRISI (§ 4.10.4)

- mancanza di liquidità per insolvenza clienti: pur in presenza di vendite in aumento o stabili, i clienti ritardino oltre misura i pagamenti, determinando carenze nella liquidità aziendale. Tale situazione può essere causata da una errata scelta della fascia di clientela alla quale rivolgersi o da errata valutazione dei termini di dilazione concessi ai clienti;
- riduzione dei ricavi di vendita: è opportuno comparare l'andamento del volume di vendita a quello complessivo del mercato di sbocco, per capire se si tratta di una flessione generalizzata per tutte le imprese o se coinvolge l'azienda in misura più rilevante rispetto ai concorrenti. L'approfondimento di tale causa conduce di solito ad un'analisi del corretto posizionamento di mercato, delle fonti del vantaggio competitivo in termini di differenziazione/innovazione di prodotto/servizio, di vantaggi di costo, di esistenza di prodotti sostitutivi, di efficacia dell'azione di marketing e della rete distributiva;
- peggioramento del rapporto ricavi-costi per aumento dei prezzi di acquisto dei principali fattori: talvolta sensibili rialzi nei prezzi di acquisto delle materie e dei componenti non riescono ad essere trasferiti sui prezzi di vendita determinando peggioramenti nei margini reddituali. L'incidenza di tale fattore deve essere valutata in relazione alla possibilità di impiego di materie/componenti e/o di fornitori alternativi;
- peggioramento del rapporto ricavi-costi per inefficienze produttive/sovradimensionamento: i margini operativi possono essere stati significativamente erosi per effetto di scelte errate di dimensionamento della capacità produttiva e/o commerciale o di progettazione/esecuzione dei processi operativi (obsolescenza macchinari, bassa specializzazione della manodopera, inadeguatezza delle tecnologie impiegate);
- peggioramento del rapporto ricavi-costi per gli oneri derivanti dalla struttura finanziaria: vi può essere il caso in cui i margini reddituali operativi siano positivi ma non sufficienti a garantire le risorse necessarie per il servizio al debito (interessi, quote capitale sui mutui);
- cambiamenti nell'assetto manageriale e proprietario: talvolta può verificarsi che il cambiamento in figure manageriali chiave, come pure l'uscita/entrata di soci, comporti rilevanti conseguenze sulla capacità operativa aziendale;
- sottocapitalizzazione e scelta delle fonti finanziarie: la carenza di apporti della proprietà può aver determinato un sottodimensionamento degli investimenti necessari al tipo di attività e/o ricorso a fonti finanziarie alternative non funzionali per costi e tempi di rimborso;
- eventi straordinari quali eventi naturali, disordini sociali e politici, cambiamenti negativi nel quadro della disciplina dei settori di attività, azioni giudiziarie ed altri eventi tendenzialmente indipendenti dalla volontà aziendale, possono aver innescato tendenze recessive nella capacità aziendale di generare liquidità;
- eccesso di prelievi (sotto forma, ad esempio, di dividendi, prestiti, remunerazioni amministratori) da parte della proprietà rispetto alle possibilità di produrre redditi e generare autofinanziamento con la gestione corrente.

10.6 Strategia di risanamento

La quinta sezione dei Principi si incentra sulla strategia di risanamento, la quale è frutto della precedente riflessione in merito alla diagnosi della crisi, alla presenza di *assets* su cui basare il rilancio dell'azienda, all'identificazione di concrete prospettive di risanamento e ai costi dell'eventuale procedura concorsuale o altro strumento di regolazione della crisi.

In primo luogo, i Principi si soffermano sulle intenzioni strategiche di risanamento. Nel piano devono essere esplicitate le ipotesi che il *management* pone a fondamento della strategia di risanamento, sia essa finalizzata al proseguimento della gestione aziendale o alla dismissione di elementi del patrimonio. Le ipotesi alla base della strategia di risanamento devono essere formulate in modo coerente con il contesto in cui opera l'azienda, con la sua struttura organizzativa, con la sua capacità produttiva, con la storia e con le attese macroeconomiche. La coerenza

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

deve essere altresì riferita al rispetto dei nessi causali tra le diverse azioni previste dalla strategia, alla stima dei tempi e delle risorse necessarie per la realizzazione degli interventi.

Le principali indicazioni per l'imprenditore rinvenibili nel decreto dirigenziale possono essere riassunte come di seguito:

- stima degli effetti delle iniziative industriali che si intendono intraprendere in discontinuità rispetto al passato (par. 4.1.5);
- verifica di coerenza dei dati economici prognostici (par 4.1.6);
- stima dell'effetto delle operazioni straordinarie, se previste;
- se è stata prevista la dismissione di cespiti d'investimento, si è tenuto conto delle effettive prospettive di realizzo in termini di ammontare (al netto dei costi di dismissione) e tempi? Le relative stime sono adeguatamente suffragate?

Ad esse si associano rispettivamente i seguenti quesiti posti all'esperto:

- la stima degli effetti delle iniziative industriali che l'imprenditore intende intraprendere (in termini di investimenti, ricavi e costi) è coerente con le informazioni disponibili ed è ritenuta giustificata dalle diverse funzioni aziendali? (par. 4.7);
- è stata svolta una verifica di ragionevolezza della redditività prospettica? (par. 4.8).

Il piano deve essere fondato su assunzioni prospettiche che, per loro natura, presentano vari gradi d'incertezza sul loro concreto avverarsi. A tal proposito, sono importanti le definizioni contenute nel principio ISAE 3400 "*The Examination of Prospective Financial Information*" emesso dall'IFAC, che suddivide i dati previsionali in base al grado di oggettività e di incertezza degli elementi prospettici, distinguendo tra "*forecast*", ossia previsioni e "*projections*", ossia proiezione o previsione ipotetica. L'informativa prospettica assume la forma di *forecast* quando è basata su *best estimate assumption,* mentre assume la forma di *projection* allorquando è basata su *hypotetical assumption* oppure una combinazione di entrambe.

Il buon esito di un piano prevede che vengano verificati sia i *forecast*, previsioni basate su elementi oggettivi disponibili, che le *projections*, proiezioni che possono non essere basate su elementi oggettivi. In particolare, le previsioni fondate sulle serie storiche aziendali, ove non vi siano significativi fattori di discontinuità sono in genere caratterizzate da un'elevata probabilità di realizzazione. Possono anche essere considerate ragionevoli le ipotesi supportate da previsioni macroeconomiche affidabili, perlomeno per il primo periodo del piano, quali l'andamento del prezzo di determinate materie prime e dei tassi d'interesse. Vi sono, invece, altre previsioni che, per il grado di incertezza, rientrano nell'ambito delle assunzioni ipotetiche e che, per loro natura, richiedono un elevato livello di attenzione, sovente frutto della discontinuità operativa e strategica. Tra queste, è possibile includere le previsioni su ricavi conseguenti a un futuro riposizionamento del prodotto o del marchio aziendale, ovvero i risparmi di costo generati dalla riorganizzazione dei processi produttivi.

3. ESEMPI DI INTERVENTI CORRETTIVI DI NATURA INDUSTRIALE (§ 5.3.1)

- la definizione dei mercati da servire sia in termini incrementali, sia decrementali;
- la revisione delle linee di prodotto/servizio sia in termini incrementali, sia decrementali;
- la definizione della piattaforma produttiva target;
- le decisioni di "make or buy" (internalizzare vs esternalizzare) relativamente a talune attività;
- la revisione della struttura di costo di prodotto/servizio anche mediante una revisione/riallocazione del personale;
- l'eventuale diversificazione del portafoglio prodotti se rilevante;
- la correzione dell'assetto organizzativo al fine di renderlo coerente con gli obiettivi di medio termine.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Una volta appurata la possibilità di risanamento economico- finanziaria e patrimoniale, occorre procedere con la descrizione della strategia di risanamento da adottare in termini di azioni di medio termine. Al fine di predisporre correttamente l'analisi, è opportuno affrontare distintamente l'assetto industriale e l'assetto finanziario che possono, congiuntamente o singolarmente, creare i presupposti per la crisi. Sul punto, il par. 3.4 del decreto dirigenziale pone all'imprenditore il seguente quesito: quali sono le strategie di intervento e quali le iniziative industriali che l'imprenditore intende adottare? Nel caso in cui l'imprenditore non sia in grado di individuarle, quali sono le strategie adottate dalle imprese concorrenti che hanno maggiore successo? Esse sono replicabili dall'imprenditore?

Da un punto di vista industriale, dopo aver effettuato la diagnosi della crisi, nel piano devono essere descritti gli interventi correttivi da attuare e le conseguenti azioni strategiche e operative (*v. riquadro 3*). In caso di operazioni straordinarie, il piano deve indicare gli elementi tecnico-giuridici essenziali dell'operazione medesima, le tempistiche di esecuzione, gli effetti patrimoniali e le ricadute sui creditori. A tal proposito, il par. 5.6 del decreto dirigenziale prevede di verificare che la proposta dell'imprenditore consenta, in via prognostica, il rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo.

Quanto all'assetto finanziario, il piano deve far emergere gli sviluppi ritenuti cruciali nella definizione della strategia di risanamento al fine di identificare le misure da intraprendere in merito a:

- poste riconducibili al capitale circolante netto commerciale, quale misura del fabbisogno finanziario derivante dalla gestione operativa;
- copertura finanziaria degli investimenti e del loro mantenimento;
- consistenza del patrimonio netto;
- posizione finanziaria netta e sua composizione.

10.7 Impatto specifico della strategia di risanamento

La sesta sezione prevede che l'impatto specifico del risanamento debba essere illustrato con riferimento a quattro diverse aree aziendali:

- vendite e commercializzazione: il piano deve descrivere l'analisi del mercato di riferimento, le strategie commerciali e di *marketing* da adottare e il piano delle vendite. Esso può anche includere eventuali azioni volte a migliorare l'efficienza e/o l'efficacia della struttura commerciale e a garantire il raggiungimento degli obiettivi (es. specifiche azioni di vendita e riorganizzazione della forza vendita). Il decreto dirigenziale fornisce indicazioni in merito alla stima dei ricavi (par. 4.1.1), nonché sulla coerenza degli stessi rispetto ai dati storici e quelli coerenti (par. 4.3);
- produzione: nel piano deve essere dettagliata la descrizione già iniziata nei paragrafi introduttivi al piano circa la capacità produttiva necessaria, gli investimenti per l'acquisto di nuovi impianti, la programmazione della produzione e il livello di utilizzo degli impianti produttivi. Qualora la modifica della produzione comporti investimenti significativi, questi devono essere esposti nel piano. Utili indicazioni possono essere altresì fornite in caso di eventuale ottimizzazione dei processi produttivi al fine di ottenere miglioramenti in relazione ad elementi, quali il costo, la qualità e la tempistica di realizzazione del prodotto o servizio. Il decreto dirigenziale fornisce indicazioni in merito alla stima

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dei costi variabili e fissi (par. 4.1.2 e 4.1.3), nonché sulla coerenza degli stessi rispetto ai dati storici e quelli coerenti e i risparmi di costo che intende perseguire l'imprenditore (par. 4.4);

- organizzazione e personale: è opportuno indicare nel piano gli obiettivi a livello di struttura organizzativa, sottolineando i ruoli, le responsabilità chiave e il dimensionamento dell'organico. Qualora sia prevista una profonda riorganizzazione che coinvolga altresì posizioni dirigenziali, il piano di risanamento deve prevedere analiticamente la descrizione del percorso ipotizzato, il nuovo assetto organizzativo, con indicazione dei ruoli e delle responsabilità di ogni singola risorsa umana, con particolare riferimento ai cambiamenti intercorsi rispetto alla situazione antecedente il periodo di piano, nonché ad eventuali inserimenti di nuove risorse. In seguito, tali cambiamenti dovranno essere esposti nel nuovo organigramma, che sostituirà quello originario ante crisi. In caso di riduzione dell'organico, occorre fornire una stima dei costi/benefici e del profilo temporale di efficacia.
  Analogamente in caso di necessità di gestione degli esuberi del personale, il piano deve evidenziare il percorso ipotizzato, i costi di natura straordinaria, gli esborsi finanziari e le tempistiche. Il decreto dirigenziale pone molta attenzione sul requisito dell'organizzazione, focalizzandosi sulla disponibilità di risorse (umane e tecniche) chiave per la conduzione dell'attività aziendale (par. 1.1), nonché sulla disponibilità delle stesse rispetto alla realizzazione delle iniziative industriali che l'imprenditore intende eseguire (par. 3.5);
- investimenti e disinvestimenti: il piano deve contenere un riepilogo degli investimenti e dei disinvestimenti, evidenziando quelli che incidono sulla capacità produttiva, effettuando, laddove possibile, una comparazione con i tre precedenti. Si rende altresì necessaria la definizione del perimetro delle attività oggetto di disinvestimento, riassumendo motivazioni, tempistiche e impatti economico-finanziari. Qualora i disinvestimenti hanno un ruolo chiave nella realizzazione del piano, i valori di realizzo in esso previsti possono essere confermati o determinati anche sulla base di perizie di soggetti terzi. Il decreto dirigenziale focalizza l'attenzione sulla proiezione dei flussi finanziari anche in funzione degli investimenti e disinvestimenti che l'imprenditore intende adottare. In particolare, viene previsto che nella stima dei flussi di cassa prospettici, l'imprenditore deve accuratamente procedere con la stima degli investimenti da effettuare nell'arco di piano (par. 4.1.4) e deve tenere conto degli investimenti di mantenimento occorrenti, in coerenza con i dati storici (par. 4.6). Quanto ai disinvestimenti, il decreto dirigenziale prevede che l'imprenditore tenga conto nel piano delle effettive prospettive di realizzo in termini di ammontare (al netto dei costi di dismissione) e tempistiche. Suggerisce, inoltre, di verificare che le stime siano adeguatamente suffragate;
- shock macroeconomici e incertezza nella formulazione delle previsioni: i piani di risanamento operanti in *business* significativamente colpiti dagli shock macroeconomici (es. pandemia, guerre o disastri naturali), devono tenere conto di alcuni principi, quali la formulazione di previsioni della domanda sulla base di studi di settore condotti da soggetti autorevoli, considerare le eventuali limitazioni alla capacità produttiva e alla operatività, presentare scenari alternativi rispetto a quello base e valutare la possibilità di estendere l'orizzonte temporale del piano oltre i 3/5 anni, se tale è l'arco temporale prevedibilmente necessario per la cessazione delle circostanze eccezionali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

10.8 Manovra finanziaria

Il piano deve contenere anche la manovra finanziaria, ossia "*l'insieme degli interventi finalizzati al riequilibrio della situazione patrimoniale e al risanamento economico e finanziario*" (§7.1.1). Infatti, il decreto dirigenziale al paragrafo 4), delinea espressamente come nella stima delle proiezioni dei flussi finanziari, l'imprenditore deve prevedere la declinazione patrimoniale, muovendo dalla situazione contabile di partenza (par. 4.1.10). Sulle grandezze patrimoniali si innestano le proposte alle parti interessate e viene calcolata la stima del patrimonio netto al termine dei singoli anni del piano.

La manovra finanziaria presenta come finalità quella di portare l'indebitamento ad un livello sostenibile e di rispondere al fabbisogno finanziario del capitale circolante, che si sostanzia in un dato oggettivo che emerge dal piano stesso. Il compito della manovra finanziaria, infatti, è quello di individuare le fonti di copertura del fabbisogno a livello di mezzi propri e di debito. Il fabbisogno finanziario deve essere individuato puntualmente, tenendo conto dei possibili picchi negativi (c.d. punte di massimo indebitamento) e costituisce un dato oggettivo, poiché la negoziazione riguarda esclusivamente le fonti di copertura dello stesso ed interessa i vari *stakeholders*. Inoltre, la manovra finanziaria deve prevedere un margine di cassa, che assicuri stabilità al piano in caso di scostamenti ragionevolmente fisiologici rispetto alle previsioni effettuate.

La manovra finanziaria prevede un insieme di azioni e interventi richiesti a differenti soggetti coinvolti sulla base dello stato di crisi, tra i quali è possibile individuare:

- sostegno da parte dei soci attuali o di soggetti che abbiano manifestato interesse a investire nella società, per i quali è necessario specificare la tipologia di intervento previsto;
- sostegno da parte del ceto bancario, mediante interventi calibrati in funzione della gravità della crisi. In tal caso, si rende necessario indicare se la manovra prevede meccanismi volti al (parziale) ristorno degli impegni richiesti che potranno trovare applicazione al verificarsi di determinati eventi o risultati;
- supporto di altri creditori quali fornitori, erario ed enti previdenziali, per i quali è necessario effettuare una distinzione in funzione della natura dei singoli creditori.

Il fabbisogno che emerge dal piano è fronteggiato prima tramite l'utilizzo delle componenti di patrimonio netto, fino alla perdita dell'intero capitale sociale. Qualora emerga ulteriore fabbisogno, lo stesso potrà essere coperto con (i) nuovo capitale apportato dai soci esistenti e/o da terzi e (ii) con una manovra sul debito, sotto forma di conversione e/o stralcio. L'aumento di capitale in denaro può essere sottoscritto con l'apporto di risorse liquide (nuova finanza) da parte dei soci attuali della società o di terzi investitori, oppure risultare liberato dalla conversione o stralcio di debito in capitale.

L'immissione di nuova liquidità risponde ad esigenze finanziarie immediate dell'azienda ed è funzionale agli obiettivi finanziari del piano di risanamento.

Quanto, invece, agli interventi sul debito, la manovra finanziaria tiene conto:

- degli effetti della manovra finanziaria relativa al patrimonio netto;
- del livello di indebitamento massimo sostenibile per ricostituire la condizione di equilibrio economico- finanziario nell'arco di piano;
- del fabbisogno al servizio del capitale circolante;
- della necessità di rendere le forme tecniche di indebitamento coerenti con la struttura del fabbisogno.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

I Principi precisano che la "*nuova finanza non deve sommarsi a sovraindebitamento né determinare una situazione di sovraindebitamento non riassorbibile nell'arco di Piano*".

Utili ed ulteriori indicazioni sono rinvenibili al par. 5.5 della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, nel quale si pongono quesiti all'imprenditore su come intenda fronteggiare il debito che deve essere coperto nei diversi anni attraverso i flussi al servizio dello stesso. Viene altresì richiesto l'impatto nei singoli anni di piano delle proposte alle parti interessate, che possono essere costituite da:

- nuovi riscadenzamenti o dilazione di una parte del debito pendente;
- stralcio di parte del debito;
- la sua conversione in *equity* o in strumenti finanziari partecipativi;
- nuove linee di credito;
- nuovi aumenti di capitale sociale a pagamento e nuovi finanziamenti anche postergati.

In ultimo, i Principi raccomandano di considerare nel piano la componente fiscale, al pari di quanto previsto nel decreto dirigenziale (par. 4.1.8 e 4.10).

10.9 Action plan

Nella redazione del piano deve essere fornita particolare attenzione all'*action plan*, definito come "*la descrizione, anche sintetica, delle principali azioni da porre in essere al fine di realizzare la strategia di risanamento individuata nel Piano*" (§ 8.1).

Obiettivo dell'*action plan* è quello di concretizzare le intenzioni strategiche ed esplicitare la valutazione in merito alla coerenza tra obiettivi, strategie identificate e modalità di raggiungimento delle stesse.

L'*action plan* deve descrivere:

- attività, ambiti e modalità di esecuzione;
- impatto delle azioni sull'organizzazione aziendale;
- responsabilità, intesa come indicazione dei soggetti ai quali compete l'esecuzione delle azioni;
- investimenti/disinvestimenti previsti;
- coerente tempistica di esecuzione;
- allocazione delle risorse necessarie per lo sviluppo delle azioni previste.

Uno strumento spesso utilizzato per individuare e gestire le tempistiche di esecuzione del piano è rappresentato dal Diagramma di Gantt, che consente un'efficace rappresentazione grafica dei tempi stimati per la realizzazione del piano (asse orizzontale) e delle azioni necessarie per una sua effettiva implementazione (asse verticale). Esso permette, in altre parole, di pianificare, coordinare e illustrare lo stato di avanzamento e l'interdipendenza delle specifiche attività previste nel piano, nonché di associare alle singole attività le risorse, le tempistiche e i costi previsti.

Le azioni identificate possono essere:

- le azioni sui ricavi, finalizzate a rendere possibile gli incrementi di fatturato eventualmente previsti;
- le azioni che prevedono il risparmio o la razionalizzazione di costi, volte ad ottimizzare l'intera struttura di costo dell'impresa;
- le azioni sulle attività immobilizzate, dirette alla realizzazione del piano di investimento;
- le azioni sul capitale circolante, finalizzate all'ottimizzazione dello stesso da ottenersi tramite il miglioramento delle sue componenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In relazione all'*action plan*, ai paragrafi 3) e 4) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, vengono individuati utili quesiti rivolti all'imprenditore:

- Quali sono i tempi e i relativi effetti in termini di ricavi, di costi e di investimenti delle iniziative da adottare e quali le relative funzioni aziendali responsabili? (par. 3.6);
- La stima dei costi variabili e dei costi di struttura è coerente con la situazione in atto e con i dati storici? Quali sono i risparmi dei costi variabili e fissi e come l'imprenditore intende conseguirli? Quali sono i possibili rischi che derivano dai risparmi di costo e come intende mitigarli l'imprenditore? (par. 4.4).

10.10 Dati prospettici

I Principi prevedono che la parte conclusiva del piano debba contenere una sintesi economico, finanziaria e patrimoniale nella forma degli schemi prospettici, preceduti dalla enunciazione delle ipotesi previsionali utilizzate e seguiti dalle eventuali analisi di sensitività.

In particolare, nel documento analizzato si legge che "*Il Piano deve muovere da grandezze economiche e segnatamente dai ricavi, esplicitando con sufficiente dettaglio i relativi costi.*

Nella declinazione finanziaria delle grandezze economiche va tenuto conto delle variazioni di capitale circolante netto e del fabbisogno per investimenti, per determinare i flussi liberi al servizio del debito (per capitale ed interessi), tenendo conto delle forme tecniche delle linee di credito (autoliquidante, di cassa, ecc.) e delle risorse derivanti dalla nuova finanza" (§ 9.1.2).

Il decreto dirigenziale, partendo dalla disponibilità di informazioni sull'andamento corrente dei ricavi, ordini, costi e flussi finanziari e sul raffronto con l'esercizio precedente, fornisce puntuali indicazioni in merito alla stima dei flussi finanziari, nonché alla declinazione finanziaria e patrimoniale delle grandezze economiche.

Il piano economico-finanziario deve presentare i medesimi criteri di valutazione adottati ai fini della redazione del bilancio di esercizio al fine di garantire la congruità della situazione patrimoniale, economica e finanziaria. I principi prevedono, in particolare, che il piano si componga dei seguenti prospetti:

- conto economico: deve illustrare le previsioni attinenti a tutte le componenti reddituali che andranno a formare i risultati attesi;
- stato patrimoniale: deve contenere le attività e le passività prospettiche, nonché l'evoluzione del patrimonio netto, al fine di determinare le fonti interne ed esterne e gli impieghi previsionali;
- piano finanziario: deve contenere le previsioni dei fabbisogni finanziari necessari a realizzare il piano (sintetizzabili in flusso finanziario della gestione operativa, degli investimenti, dei finanziamenti e dei mezzi propri), congiuntamente alle previsioni di copertura di tali fabbisogni per ogni periodo considerato;
- piano di tesoreria (*budget* di cassa): deve dare conto della dinamica di breve periodo delle entrate e delle uscite, sulla base di una scansione temporale preferibilmente mensile, quantomeno nel primo anno dell'orizzonte temporale del piano. È opportuno che il piano di tesoreria sia periodicamente aggiornato al fine di consentire un controllo costante dell'attendibilità del modello di tesoreria, nonché una corretta rappresentazione dei flussi di cassa di breve termine.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4. ESEMPI DI ANALISI DI SENSITIVITÀ (§ 9.8)

a. scostamenti dei volumi;
b. scostamenti rispetto alle stime dei prezzi di vendita;
c. variazione del mix produttivo;
d. livello degli invenduti e dei resi;
e. scostamenti nella produttività dei fattori produttivi;
f. grado di efficacia delle azioni relative alla produttività degli impianti e del lavoro;
g. scostamenti rispetto alle stime sulla ratio di insoluto a regime;
h. raggiungimento dei risparmi di costo derivanti dalle azioni previste;
i. scostamenti rispetto alle stime dei corsi di cambio, dei tassi di interesse o del tasso di inflazione;
j. eventi straordinari che, ad esito della analisi condotta, presentano un rischio rilevante di avveramento (fermo impianti, ritardi nelle consegne, cancellazione-sospensione di ordini già in portafoglio, accelerazione del grado di decadimento del ciclo di vita dei prodotti, effetti del rischio di perdita di risorse chiave, soccombenza in giudizi civili od amministrativi);
k. scostamenti dei tempi di incasso dei crediti commerciali, dei tempi di pagamento dei fornitori, di rigiro del magazzino.

Utili indicazioni in merito alla determinazione dei flussi finanziari sono rinvenibili al paragrafo 4) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, nel quale si prevede che tale determinazione avvenga come di seguito:

- attraverso il ciclo di conversione in flussi di cassa che tiene conto dei tempi di incasso dei ricavi, di pagamento dei costi e di rigiro del magazzino, precisando che i tempi devono essere coerenti con la serie storica dell'impresa e occorre che questa sia stata correttamente calcolata;
- deducendo dai flussi così determinati gli investimenti previsti (sia quelli di mantenimento che quelli relativi alle iniziative industriali) e il pagamento delle imposte (a cura dell'imprenditore);
- portando in conto l'effetto delle dismissioni di cespiti d'investimento e di altre operazioni straordinarie previste.

Quanto al piano di tesoreria, l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia al paragrafo 1.5) domanda all'imprenditore se esiste o meno un piano di tesoreria a sei mesi e, in difetto, l'imprenditore è tenuto a predisporre un prospetto delle stime delle entrate e delle uscite finanziare almeno a 13 settimane (c.d. *thirteen weeks cash flow*), il cui scostamento con l'andamento corrente dovrà essere valutato a consuntivo.

Poiché ogni valutazione previsionale è caratterizzata da un grado di rischio di avveramento, i Principi raccomandano che le assunzioni ipotetiche alla base del piano siano sottoposte ad analisi di sensitività. Queste possono essere considerate come simulazioni che hanno lo scopo di garantire la robustezza del piano, permettono di comprendere il grado di probabilità delle assunzioni alla base del piano e di evidenziare le conseguenze delle incertezze che lo caratterizzano, mostrando gli effetti sui dati economico, finanziari e patrimoniali derivanti da scenari più ottimistici (c.d. *best case* scenario) e più pessimistici (c.d. *worst case scenario*) rispetto a quello base (c.d. *base case scenario*). Lo sviluppo di analisi di sensitività dovrebbe prevedere che siano prioritariamente definite le variabili critiche (*key value driver*), che possono essere di tipo monetario e non monetario. Il criterio che porta all'individuazione delle variabili critiche nel processo di formulazione e continua revisione del piano, consiste nella selezione di quelle più rilevanti sull'impatto complessivo, ossia che pesano maggiormente sul risultato finale (*v. riquadro 4*). Gli *stress test*, invece, rappresentano una particolare tipologia di analisi di sensitività basata su si-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mulazioni che assumono andamenti particolarmente pessimistici. La finalità è quella di analizzare gli effetti derivanti da scenari peggiorativi sulle principali *assumptions* delle proiezioni per valutare se esso possa risultare percorribile sottostando ad ipotesi peggiori. Lo *stress test* presenta un risultato positivo quando, nonostante cambiamenti estremamente negativi nelle ipotesi, la capacità di rimborso prospettica si dimostra in grado di reggere la variazione di determinate variabili critiche.

Anche l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia tiene conto dell'importanza delle prove di resistenza, ponendo all'esperto il seguente quesito: il piano tiene conto, anche attraverso prove di resistenza (*stress test*), dei fattori di rischio e di incertezza ai quali è maggiormente esposta l'impresa? All'imprenditore, invece, viene richiesto se la generazione di flussi positivi al servizio del debito dipenda solo dalle iniziative industriali, precisando che, in caso affermativo, è opportuno che l'esito atteso delle iniziative industriali sia sottoposto a prove di resistenza specifiche.

I Principi precisano altresì che in caso di adozione di scenari il Piano deve mostrare gli indicatori chiave di performance che consentano di intercettare gli scostamenti rispetto agli obiettivi, nonché il livello (punto di rottura), violato il quale, in una valutazione *ex ante*, viene meno l'obiettivo del piano.

Ciò in coerenza con quanto indicato dall'articolo 87 del Codice della crisi, che individua il contenuto minimo del piano di concordato, tra cui "*le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati*" (v. riquadro 5).

Sul punto, il decreto dirigenziale al par. 3.7 pone un utile quesito all'imprenditore: Sono prospettabili iniziative alternative nel caso in cui le iniziative dovessero dimostrarsi inefficaci e si manifestassero scostamenti tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti?

I Principi dedicano, infine, una sezione *ad hoc* sugli indicatori di sostenibilità (ESG), evidenziando come le misure di natura finanziaria possono essere opportunatamente affiancate dall'impiego di indicatori di tipo non finanziario (o meglio, extra- contabile) al fine di una migliore visione sull'andamento dell'azienda.

5. INIZIATIVE IN CASO DI SCOSTAMENTI (§ 9.8.3)

- azioni alternative, in tutto o in parte eventualmente già individuate;
- cambiamento della strategia;
- modifica del modello di business;
- nei casi più gravi, ricorso a un diverso o ulteriore strumento di composizione della crisi rispetto a quello già adottato.

10.11 Esecuzione e monitoraggio del piano

A seguito della redazione del piano di risanamento, è necessario che l'organo amministrativo ponga in essere un'attenta attività di monitoraggio, necessaria per verificare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi fissati nel piano medesimo, nonché per l'adozione delle necessarie manovre correttive in itinere.

In questo contesto, un assetto societario adeguato ai sensi del riformato articolo 2086, Cc, può certamente fornire un valido sostegno per la realizzazione delle analisi da condurre durante l'esecuzione del piano nell'ottica di prevenire ulteriori situazioni di criticità e consentire all'organo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

amministrativo di attivarsi prontamente per rimuovere le difficoltà contingenti e salvaguardare la continuità aziendale, che rappresenta la finalità ultima del piano.

Ai fini del monitoraggio del piano si rende necessario specificare i parametri di riferimento per il risanamento, mediante la configurazione di un sistema di rappresentazione di *delta-KPI*, inclusivo non solo di riferimenti di natura economica, finanziaria e patrimoniale (per esempio, ricavi/EBITDA, FCFO, PN, CCN, PFN, PN/EBITDA, PFN/EBITDA), ma anche di natura qualitativa, da confrontare con gli aspetti industriali e organizzativi previsti nel piano (per esempio, cambi di strategia commerciale, andamento della concorrenza, variazioni nell'assetto organizzativo interno).

A tale fine, può essere di supporto la costruzione di un cruscotto aziendale che evidenzi le *performance* e i relativi scostamenti rispetto a quanto previsto. Inoltre, dall'*action plan* deve risultare la distribuzione delle responsabilità per il perseguimento degli obiettivi e delle azioni specifiche attribuite ai diversi soggetti interni ed eventualmente esterni all'azienda, in modo tale da rendere chiari i compiti di ciascuno nel perseguimento della più ampia strategia di risanamento dell'azienda.

Ai fini di un efficace processo di monitoraggio, è opportuno che il piano preveda:

- una chiara e puntuale definizione delle ipotesi alla base delle previsioni;
- la descrizione delle analisi di sensitività effettuate sulle ipotesi di base e la definizione della variabilità massima per il mantenimento delle performance nel perimetro di continuità aziendale;
- l'associazione tra ipotesi e responsabili organizzativi a cui spetta il monitoraggio.

Utili indicazioni in merito alla fase esecutiva del piano sono rinvenibili al paragrafo 1) della Sezione II dell'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, nel quale vengono posti i seguenti quesiti all'imprenditore:

- ha predisposto un monitoraggio continuativo dell'andamento aziendale?
- è in grado di stimare l'andamento gestionale anche ricorrendo ad indicatori chiave gestionali (*KPI*) che consentano valutazioni rapide in continuo?

10.12 Ruolo dei consulenti

Ai fini della redazione del piano di risanamento, l'imprenditore può decidere di farsi supportare da consulenti esterni, con i quali, raccomandano i Principi, dovrebbe essere disciplinato un contratto d'opera che individui tutte le caratteristiche della consulenza, il periodo in cui questa dovrebbe essere effettuata, il compenso e l'eventuale incarico per il monitoraggio dell'esecuzione del piano. Tra i consulenti è possibile individuare:

- *advisor* industriale/strategico, al quale spetta il compito di valutare la situazione aziendale identificando le azioni che potrebbero permettere all'azienda di superare le criticità e realizzare gli obiettivi strategici, supportando il *management* nel rappresentare le ipotesi industriali alla base del piano, la crescita del mercato di riferimento, comparazione delle ipotesi del piano rispetto alle dinamiche attese dal settore e analisi della sostenibilità del piano;
- *advisor* finanziario, che analizza il fabbisogno finanziario derivante dal piano, la composizione dei flussi di cassa prospettici e la coerenza tra impegni finanziari previsti, flussi di cassa disponibili e linee bancarie utilizzabili;
- altri consulenti, caratterizzati da competenze specialistiche in materia tributaria e giuslavoristica.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

10.13 Gruppi di imprese

Il tentativo di fuoriuscita dalla crisi può coinvolgere anche società appartenenti ad un gruppo di imprese in quanto controllate e assoggettate a direzione e coordinamento da parte di un unico soggetto economico. In tali circostanze, è utile dotare i piani delle singole realtà di una rappresentazione del piano a livello consolidato. La predisposizione di un piano di gruppo consente di comprendere e valutare l'interesse sociale di ciascuna realtà e dei suoi creditori, di avere una visuale sintetica degli effetti delle iniziative contenute nel piano, una definizione puntale di alcuni parametri finanziari (tipicamente i *covenants*), nonché un efficace monitoraggio del piano stesso.

L'analisi della situazione di partenza del gruppo consta di una ricognizione dei rapporti commerciali e finanziari tra le società del gruppo, seguita da un'analisi dell'assetto partecipativo del gruppo e delle opportunità di semplificazione. Anche l'Allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, al paragrafo 6) tratta dei gruppi di impresa, fornendo utili quesiti operativi, principalmente focalizzati sulla necessità di fornire evidenza dei rapporti economici, finanziari e patrimoniali infragruppo, nonché sulla dipendenza di alcune società dalla continuità aziendale della società in crisi.

10.14 Peculiarità dei piani sottostanti gli accordi transattivi, i concordati preventivi e la composizione negoziata

Qualora il piano di risanamento venga predisposto nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, occorre che lo stesso dia evidenza del pagamento dei creditori estranei all'accordo, i quali devono essere ragionevolmente individuabili nella situazione patrimoniale di partenza. Il piano deve, inoltre, consentire la stima dei flussi di cassa liberi al servizio del debito nei confronti dei creditori estranei, nei termini stabiliti dalla legge, sottoponendo tale stima a prove di resistenza coordinate con le analisi di sensitività del piano. I Principi precisano che, da un lato, i flussi destinati al pagamento dei creditori estranei devono avere una elevata probabilità di avveramento. Dall'altro lato, per il pagamento dei creditori aderenti e per il superamento della crisi il piano potrebbe esprimersi solo in termini di mera probabilità, a condizione che venga data corretta e compiuta evidenza del rischio afferente alla realizzazione del piano e delle relative conseguenze.

In caso di perdita del capitale sociale, occorre che il piano rechi una situazione patrimoniale prognostica al momento atteso per l'omologa a far data dal quale cessa la protezione dagli obblighi di ricapitalizzazione concessa dalla normativa concorsuale; ciò al fine di dare evidenza del superamento di una situazione rilevante ai sensi degli articoli 2447 e 2482 *ter*, Cc.

Il piano redatto nell'ambito dei concordati in continuità aziendale deve prevedere la stima dei flussi di cassa liberi al servizio dell'adempimento della proposta ai creditori concorsuali. L'entità di tali flussi deve fronteggiare l'effetto delle analisi di sensitività. In particolare, i flussi di cassa liberi al servizio del debito concorsuale devono avere una elevata probabilità di avveramento essendo la proposta ai creditori vincolante per il debitore.

Il piano deve altresì dare separata evidenza del fabbisogno finanziario sino alla presumibile data di omologazione, nonché dell'esigenza di eventuale nuova finanza nel medesimo periodo, anche al fine di consentire al professionista attestatore le valutazioni richieste in caso di finanziamenti prededucibili, e di verificare il complessivo fabbisogno finanziario, quanto meno sino all'omologa.

È utile che il piano presenti una scansione temporale mensile, quantomeno nella fase iniziale

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e sino all'omologa, e che tenga conto della stagionalità propria dell'attività d'impresa. Nella fase successiva, sino al termine previsto per l'adempimento, la scansione può essere meno frequente. Tuttavia, è opportuno che la scansione temporale sia tale da permettere di intercettare, dagli scostamenti rilevati, eventuali gravi deterioramenti della capacità di produrre flussi di cassa al servizio del debito in misura adeguata all'adempimento della proposta concordataria.

Qualora il piano preveda una continuità indiretta, attraverso il conferimento, la cessione, l'affitto o comunque il trasferimento a qualsiasi titolo dell'azienda o di un ramo di essa in una società controllata, sia preesistente che di nuova costituzione, il piano deve essere esteso ai dati prognostici della controllata medesima. (in generale sul tema si veda anche A. Danovi, *Risanamento e crisi d'impresa nel sistema italiano*, Giuffrè, 2021).

10.15 Piani di risanamento per le MPMI

Per rendere compatibile il *framework* dei Principi a tutte le realtà aziendali, nella sezione quattordici viene individuato il perimetro di applicazione per le aziende micro, piccole e medie (MPMI), come definite dalla normativa comunitaria (Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee 2003/361/CE, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, G.U. L. 124 del 20 maggio 2003, pagg. 36-41).

Poiché la struttura organizzativa delle MPMI si presenta più semplice, il reperimento di dati e di risorse finanziari e la redazione di un piano presentano maggiori complessità. Per questo motivo, i Principi hanno sviluppato, con approccio differenziale, delle tavole sinottiche che per le MPMI individuano l'applicabilità integrale, con modifiche o la non applicabilità dei contenuti del principio generale (si veda § 14).

Anche il piano di risanamento delle MPMI deve rispondere ai requisiti di tempestività, sistematicità, coerenza e attendibilità. In particolare, deve contenere:

- l'esplicitazione delle fonti utilizzate, la loro attendibilità e le eventuali criticità o carenze presenti nei dati, nonché i rischi potenziali che questi elementi rappresentano per l'attuazione del piano;
- la descrizione dell'azienda e dell'attività svolta, l'analisi delle strategie applicate ed in atto, in termini di combinazione prodotto/mercato/tecnologia e di posizione competitiva, dando rilievo alle situazioni in cui vi siano vincoli tecnici, contrattuali o di altra natura, o problematiche di reperimento delle risorse finanziarie e umane necessarie per l'attuazione del piano;
- la presentazione dei dati economico-finanziari di partenza e la diagnosi sullo stato e sulle cause della crisi;
- l'identificazione della strategia di risanamento in termini produttivi, commerciali ed organizzativi e la definizione del piano degli investimenti;
- la manovra finanziaria;
- l'*action plan*;
- il piano economico-finanziario e patrimoniale previsionale, composto da conto economico, stato patrimoniale, piano finanziario e piano di tesoreria;
- l'analisi di sensitività e *stress test*;
- eventuali specifiche sulla fase di applicazione e monitoraggio;
- eventuali indicazioni richieste dallo strumento normativo che eventualmente accompagna il piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

Gli aspetti finanziari del piano di risanamento

Mattia Iotti

SOMMARIO: 11.1 La crisi finanziaria – 11.2 L'analisi della crisi finanziaria: la base dati – 11.3 Le previsioni – 11.4 Gli obiettivi della valutazione

La valutazione degli aspetti finanziari del piano di risanamento attiene alla valutazione di sostenibilità del ciclo dell'attività aziendale in stati di crisi. Tale valutazione preventiva permette di avere un punto di partenza affidabile sulle possibilità fattuali di ritorno al valore del soggetto aziendale in risanamento, da realizzare con la soddisfazione dei terzi creditori e dei portatori del capitale di rischio.

Solo nella valutazione di comune utilità tra portatori di diversi interessi, da valutare con la sostenibilità finanziaria del piano di risanamento, si ha il rispetto del prerequisito logico del piano di risanamento, cioè che i portatori di interessi tra loro anche divergenti trovino nel risanamento la miglior soddisfazione possibile (almeno tra scenari alternativi valutabili) dei loro rispettivi interessi, composti in modo non- confliggente.

11.1 La crisi finanziaria

L'applicazione di un accordo di ristrutturazione e l'attuazione di un piano di risanamento presuppongono l'esistenza di una situazione patologica nella gestione aziendale tale da determinarne la crisi nelle sue diverse accezioni, comunque di gravità non irrisolvibile, tale quindi che sia possibile evitare l'insolvenza. Tale **situazione patologica della gestione**, sulla quale svariata letteratura ha puntato la propria attenzione, è variamente qualificata, tanto in senso di graduazione del "livello" di gravità della crisi, quanto in senso di analisi della genesi della crisi stessa.

In via generale, la situazione patologica della crisi – che è il presupposto logico per aversi necessità di un accordo di ristrutturazione e per l'attuazione del conseguente piano di risanamento – può essere determinata:

- da uno squilibrio economico;
- da uno squilibrio patrimoniale;
- da uno squilibrio finanziario;
- oppure, da due o più di queste concause, congiuntamente.

Il tema di questo contributo riguarda la risoluzione (e preventiva "valutazione") dello squilibrio finanziario, nell'ambito del piano di ristrutturazione; infatti, la variabile finanziaria, intesa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

quale "cinghia di funzionamento" dell'organismo/ azienda, è analisi indispensabile tanto per assicurare il funzionamento dell'azienda (nel ciclo investimenti/disinvestimenti, nel ciclo incassi/ pagamenti operativi, nel ciclo accensione/ rimborso dei finanziamenti), quanto per assicurare una prospettiva di continuità dell'azienda medesima.

La crisi finanziaria – che è evidenziata (in genere) da una difficoltà/impossibilità nel far fronte alle obbligazioni correnti (siano queste-relative al ciclo dei pagamenti operativi e/o al ciclo dei pagamenti finanziari dati dal servizio del debito) – rappresenta sovente l'elemento scatenante (o "emergente") della crisi, in quanto la difficoltà di far fronte ai pagamenti, quale vincolo imposto "dall'esterno", è vincolo "imposto" e non vincolo valutato discrezionalmente dagli amministratori, e quindi "evidente", anche reso noto ai terzi. Tuttavia, la crisi finanziaria si sostanzia (in modo meno percettibile, ma altrettanto vincolante) sulla difficoltà (finanziaria) connessa all'effettuazione di nuovi investimenti che sono (sovente) essenziali per garantire all'azienda quella prospettiva di continuità tecnico-commerciale necessaria a mantenere "viva" l'azienda nelle mutate condizioni del sistema socio-economico di riferimento.

SQUILIBRIO ECONOMICO, PATRIMONIALE, FINANZIARIO

Per "squilibrio" possiamo intendere una situazione patologica che determina un esito negativo di gestione della variabile oggetto d'indagine, quale, a titolo di esempio:

- la generazione di margini reddituali negativi o insufficienti (squilibrio **economico**);
- un eccesso di indebitamento e/o un'erosione del capitale di rischio (squilibrio **patrimoniale**);
- un'insufficiente generazione di flussi di cassa, in senso dinamico, o una situazione di carenza di liquidità, in senso statico (squilibrio **finanziario**).

È evidente come tali "squilibri" siano tra loro legati da rapporti di causa/effetto nel tempo. Per esempio un eccesso di indebitamento può determinare l'innalzamento del costo del capitale di debito che, a sua volta, determina una riduzione dei margini reddituali e insostenibilità finanziaria nel ciclo del pagamento del servizio del debito. Altro esempio riguarda lo squilibrio economico che, determinando margini reddituali negativi, determina a sua volta l'erosione patrimoniale (del capitale di rischio) e la difficoltà nel ciclo dei pagamenti (per "trascinamento" dello squilibrio economico verso lo squilibrio finanziario del ciclo degli incassi/pagamenti).

Relativamente al contesto normativo di definizione degli stati di crisi, possiamo osservare che è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 152 del 1° luglio 2022 il Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 che contiene modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14. Per quanto attiene gli aspetti finanziari, del piano di risanamento, sono confermate le definizioni contenute nell'articolo 2 del decreto, secondo cui deve intendersi per crisi "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi" mentre l'insolvenza è definito "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

A monte, gli squilibri come sopra sommariamente classificati hanno ragioni "di fondo" che necessitano di indagine per la risoluzione della crisi, che possiamo classificare (per quanto possibile) in **ragioni "endogene"** all'azienda (quindi date da cause "interne" di crisi) e in **ragioni "esogene"** all'azienda (quali cause "esterne"). Sovente, tuttavia, la crisi è data da un **sovrapporsi di cause** "interne" ed "esterne" e dall'incapacità dell'azienda di porsi in relazione con il cambiamento del contesto socio-economico di riferimento, cioè l'ambiente. Lo spazio di questo contributo è insufficiente per una ampia disamina del concetto di crisi e delle sue cause e si rimanda, quindi, alla letteratura di riferimento per gli approfondimenti.

Tali condizioni possono essere riassunte nelle mutate condizioni dell'offerta e della domanda, le prime per variazioni di tecnologie, prodotti offerti e relativi prezzi, le seconde per variazioni di gusti dei consumatori, prodotti richiesti e relativi prezzi. Analizzare, e dare solu-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione, alla crisi finanziaria (prevedendo quindi che il piano di risanamento consideri aspetti finanziari) diviene quindi essenziale, non solo in una prospettiva statica del piano (volta a "risolvere" la difficoltà di effettuare i pagamenti correnti), ma anche in una prospettiva dinamica, tanto dando soluzione alla difficoltà di effettuazione dei pagamenti correnti futuri, al pagamento futuro dei pagamenti oggi scaduti, alla effettuazione degli investimenti necessari al mantenimento sul mercato dell'azienda (al netto di eventuali disinvestimenti), oltreché considerando la capacità di far fronte al servizio del debito (scaduto e a scadere, già contratto, e a scadere, nel caso ancora da contrarre). La componente finanziaria del piano di risanamento ha quindi l'obiettivo di analizzare le cause (finanziarie) della crisi e le possibili soluzioni, prescindendo tuttavia dalle eventuali "cause prime", vale a dire le motivazioni economiche o, in senso lato di mercato, o socio- economiche, che ne sono la "causa prima" (o causa iniziale), o le concause, dello stato di crisi.

La rimozione delle "cause prime" diviene comunque essenziale per consentire la sostenibilità (futura) delle azioni di soluzione della crisi finanziaria (che, appunto, diventa il "sintomo" delle cause prime) e, quindi, del successo del risanamento.

11.2 L'analisi della crisi finanziaria: la base dati

Il piano di risanamento deve prevede, in primo luogo, l'analisi della crisi finanziaria. Tale analisi deve essere fondata su dati veritieri, resi disponibili dagli amministratori, verificati e verificabili (nel caso, facendo riferimento anche a fonti esterne e riscontri documentali).

ESEMPIO

Si consideri la necessità di verificare l'effettiva disponibilità liquida potenziale derivante dall'incasso dei crediti, che necessita quindi di circolarizzazione e verifica della solvibilità dei creditori dell'azienda; si consideri poi l'eventuale incremento di costo (e conseguente esborso monetario) conseguente a pagamenti dilazionati ai fornitori o all'erario (da gravare di costi per interessi di mora, eventuali penali, costi legali, costi interni/esterni connessi alle trattative di dilazione di pagamento, costi per registrazioni di transazioni/sentenze eccetera).

In altri termini, in primo luogo è necessario disporre di una **base affidabile**, **verificata e aggiornata** della situazione finanziaria aziendale. Tale base dati non è sovente disponibile dall'analisi dei soli dati contabili aziendali (che, infatti, registrano gli accadimenti aziendali in senso "storico" e "statico"); è quindi necessario predisporre un "punto di partenza" che consideri le disponibilità finanziarie alla data dell'analisi e la corrispondente situazione debitoria, scadenzata per natura del debito (per esempio, secondo la riclassificazione per c.d. pertinenza gestionale); tale distinzione può tenere utilmente in conto la distinzione tra debiti operativi, distinti in debiti commerciali e altri debiti operativi (quali debiti verso i dipendenti, debiti tributari e previdenziali eccetera) e debiti finanziari (distinti per forma tecnica di finanziamento, quali linee di credito per scoperti di conto corrente, linee di credito per anticipi commerciali, linee di credito a medio e lungo termine eccetera).

È opportuno che venga effettuata una distinzione tra **debito già scaduto** (con indicazione delle diverse date di scadenza non onorate, e i relativi importi) e **debito a scadere**, indicando anche le

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

eventuali azioni in essere, stragiudiziali o giudiziali (tanto di contestazione del credito da parte dell'azienda in risanamento, quanto di recupero del credito da parte dei creditori); tali analisi sono utili anche per effettuare le previsioni del piano di risanamento (fondando tali previsioni su dati oggettivi, distinti se possibile per singolo creditore).

Il debito a scadere deve essere "scadenzato" alle diverse date di pagamento (contrattualizzate o presumibili), in apposita tavola finanziaria.

Può essere utile (secondo i casi) prevedere anche la **classificazione dei debiti** secondo:

- l'ordine dei privilegi;
- il livello di rischio dell'azione di recupero del credito da parte dei creditori;
- il livello di strategicità del creditore per il buon esito del piano di risanamento;
- altri parametri stabiliti dagli amministratori (per esempio, la possibilità di intavolare trattative di riscadenzamento del debito, sulla base di accordi già in essere e/o in corso di predisposizione).

Deve essere sempre tenuta in considerazione l'adesione ai principi generali di legge, in tema di classificazione dei debiti/ effettuazione dei pagamenti, ove il piano di risanamento dovesse sortire esito negativo ed essere oggetto di valutazione da parte degli organi della liquidazione giudiziale.

L'analisi statica dei crediti e dei debiti (o, meglio, partite finanziaria attive e passive, espresse direttamente in moneta o convertibili in moneta) ha l'obiettivo di rendere disponibile agli amministratori una quantificazione monetaria dell'eventuale disequilibrio finanziario statico (cioè alla data di riferimento del piano); in altri termini, l'obiettivo è stabilire quale sia la quantità di pagamenti che non è possibile effettuare (situazione che si registra sovente nelle situazioni di crisi con riflesso finanziario) e sino a che punto tale disequilibrio finanziario possa essere gestito per effetto del piano di risanamento (o, meglio, della manovra finanziaria che è parte del piano di risanamento). A titolo esemplificativo si potrà proporre un pagamento in parte a vista del credito scaduto con parziale riscadenzamento del debito, potrà essere previsto il pagamento integrale del debito scaduto prevedendo un c.d. saldo e stralcio della posizione debitoria, oppure ancora potrà aversi conversione del debito a forma di partecipazione al capitale; si consideri, che ogni azione di "gestione" della posizione debitoria dovrà avere la valutazione dei rischi legali che da questa possono derivare, appunto in caso di eventuale dissesto dell'azienda.

Possiamo notare che il decreto, all'articolo 3 "*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*" espone la necessità di una tempestiva diagnosi e gestione attiva della crisi emergente, in quanto prevede che "*l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*" e, nell'ambito degli adeguati assetti organizzativi di cui all'articolo 2086 del Codice civile "*al fine di prevedere tempestivamente l'emersione tempestiva della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico- finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la non sostenibilità dei debiti e le l'assenza di prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di allarme di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare a seguire la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, comma 2* (vale a dire un test pratico per la verifica della fattibilità del risanamento specifico per le PMI la cui pubblicazione è prevista su una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel regi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stro delle imprese). La norma, quindi, fa proprio il principio aziendalistico della pianificazione strategica c.d. *forward looking*, per l'emersione tempestiva dei segnali di crisi che, nell'approccio dato dal Legislatore, appaiono fortemente incentrati sugli aspetti della sostenibilità finanziaria della gestione aziendale.

È importante poi osservare che il medesimo articolo 3 disciplina espressamente quali siano i segnali da considerare ai fini dell'emersione anticipata della crisi, che viene attuata tramite "segnali per la previsione" che sono: "*a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 novies, comma 1*" vale a dire le segnalazioni dei c.d. Creditori Pubblici Qualificati.

11.3 Le previsioni

L'analisi dei dati deve poi prevedere uno **sviluppo dinamico del ciclo della gestione** (finanziaria) dell'azienda; tale sviluppo dinamico si sostanzia nella predisposizione di un piano finanziario degli incassi e dei pagamenti che consideri le partite finanziarie attive e passive:

- date dall'attuale gestione aziendale (in fase di crisi e quindi "senza" le azioni di risanamento);
- che sono razionalmente ottenibili dalle azioni di risanamento pianificate e da porre in essere da parte degli amministratori (quindi, "con" il risanamento, da attuare per effetto dell'attuazione del piano di risanamento).

AZIONI DI RISANAMENTO

È razionale considerare che le azioni di risanamento debbano prevedere congiuntamente azioni di recupero di efficienza del ciclo reddituale aziendale (c.d. ritorno al valore) e azioni di stabilizzazione del ciclo finanziario (quali apporto di capitale di rischio, riscadenzamento del debito in essere eccetera).

È quindi necessario tenere distinte quanto possibile le poste finanziarie già determinate dall'attuale stato aziendale (e, quindi, da considerare date *ante* azione di risanamento, e quindi certe nel loro ammontare e nel tempo di manifestazione finanziaria) dalle poste finanziarie che saranno determinate dall'azione di risanamento (quindi da considerare *post* azione di risanamento e determinate da questa).

Si tratta quindi di poste da considerare soggette a una alea, maggiore o minore in funzione della affidabilità delle previsioni degli amministratori, e della eventuale presenza di garanzie accessorie, quali acquisizione di eventuali garanzie collaterali di garanzia (pegni, ipoteche, garanzie di firma eccetera).

In questo modo è possibile integrare gli aspetti finanziari del piano di risanamento "storici" (fondati su elementi di gestione derivante dalla gestione *ante* risanamento) con gli aspetti finan-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ziari del piano di risanamento "prospettici" (in quanto determinati dal piano di risanamento, quindi *post* risanamento).

Sul punto (e vista la finalità operativa del presente contributo) è da considerare che gli effetti finanziari *post* risanamento (quindi, incassi e pagamenti previsti per effetto dell'attuazione del piano di risanamento) non sono "calibrati" alla prima stesura del piano di risanamento che, come ogni attività in senso generale "progettuale" necessita di revisioni, riscontri, verifiche e "accettazioni" da parte dei soggetti coinvolti, fossero anche soli i portatori di capitale di rischio cui è richiesto un apporto finanziario aggiuntivo; è quindi razionale attendersi che la componente finanziaria del piano di risanamento potrà avere diverse revisioni e dovrà infine pervenirsi alla stesura "definitiva", da sottoporre alla approvazione degli organi interni all'azienda, e di eventuali terzi, anche in ossequio a eventuali norme di Legge applicabili ai casi concreti da sottoporre a risanamento.

Il Dlgs 83/2022, all'articolo 17 "*Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento*", espone che l'imprenditore debba presentare, "*un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare*", confermando l'utilità dello strumento di piano per l'effettuazione delle previsioni per accedere alla procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa.

11.3.1 Classificazione delle entrate e delle uscite

Per quanto attiene alle previsioni, queste devono tenere in conto una classificazione delle entrate e delle uscite di cassa distinte, oltreché per **data** di manifestazione finanziaria, anche per **natura** dell'incasso o pagamento; si devono quindi considerare gli incassi e i pagamenti dati dalle poste operative, distinte in:

- crediti e debiti commerciali e altri crediti e debiti operativi (con il relativo saldo);
- incassi da investimenti e disinvestimenti (di capitali immobilizzati);
- incassi o pagamenti (servizio del debito) di poste finanziarie (oltreché di eventuali apporti di capitale di rischio).

Per quanto attiene all'effettuazione delle **previsioni di incasso di poste operative**, queste possono essere effettuate in via analitica (quindi prevedendo e considerando i termini di incasso e pagamento per singolo creditore/debitore o per singola categoria omogenee di crediti/ debiti) sulla base delle scadenze contrattualizzate o praticate dall'azienda e dai suoi creditori, espresse in giorni, oppure in via sintetica, quindi "standardizzando" la previsione di incasso e pagamento sulla base di opportuni moltiplicatori (durata media dei crediti e dei debiti espressi in giorni per categorie omogenee di incasso/pagamento, durata media del ciclo di magazzino eccetera, sufficienza delle linee di credito concesse dagli istituti finanziatori).

Sul punto è da considerare come nelle fasi di risanamento (per effetto della valutazione dell'aumentato rischio dell'azienda in risanamento e per mitigazione dell'asimmetria informativa percepita dai soggetti terzi, oltreché per finalità speculative) potrà aversi una richiesta di **riduzione delle dilazioni di pagamento** concesse dai fornitori (che, in alcuni casi, chiederanno maggiori importi in pagamento anticipato/a vista o, persino, cesseranno le forniture per timore, pur infondato, di eventuali azioni revocatorie o generici "rischi" commerciali) e una conseguente azione dei clienti di "aumento" (auto-accordato) delle dilazioni medie (per debolezza contrattuale dell'azienda in risanamento).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Inoltre è da considerare l'eventuale variazione del **ciclo della durata del magazzino**, tanto nella fase della trasformazione, per esempio per eventuale aumento dei tempi di lavorazione in caso di riduzione di organico e/ o rallentamento dei tempi esterni di lavorazione per deterioramento di parte dei fornitori di lavorazioni esterne, quanto nella fase del *post* produzione, per esempio per riduzione dell'efficacia dell'azione commerciale con conseguente rischio (anche in termini di invenduto) nel ciclo del capitale circolante di magazzino. Per tale motivo è da considerare con particolare attenzione, non solo per gli aspetti finanziari, la gestione del rapporto con il personale dipendente e delle conseguenti relazioni con gli organismi sindacali (i cui eventuali deterioramenti hanno certamente effetto anche sul ciclo finanziario aziendale).

Da notare, inoltre, che le previsioni devono considerare, soprattutto in casi d'impresa caratterizzati da elevato livello di tensione finanziaria e/o elevata intensità di capitale e/o vincoli rigidi al reperimento di finanza aggiuntiva, la presenza di eventuali **picchi di stagionalità** e la possibilità di usufruire, in tali picchi, di linee di credito atte a supportare il ciclo di acquisto/ trasformazione/vendita. Le fasi di risanamento, sovente caratterizzate da contrazione del credito concesso (tanto da parte degli intermediari finanziari quanto da parte dei fornitori), possono soffrire di un maggior grado di difficoltà finanziaria ove l'attività d'impresa sia caratterizzata da tali picchi di stagionalità (per esempio le aziende turistiche); si ha quindi la necessità di effettuare previsioni finanziarie, in alcuni casi, anche con cadenza giornaliera "riducendo" il normale "passo" temporale di effettuazione delle previsioni, dall'orizzonte annuale/ trimestrale consueto, all'orizzonte mensile/settimanale (analitico).

Obiettivo dell'analisi è valutare se il ciclo finanziario della gestione operativa sia in grado di generare un flusso finanziario atto al risanamento; infatti, ove il flusso finanziario dell'attività operativa (c.d. *operating cash flow*) risultasse negativo anche in sede prospettica si avrebbe l'evidenza della difficoltà finanziaria dell'azienda in risanamento, cioè l'incapacità del ciclo operativo aziendale di generare flussi finanziari non solo tali da garantire il pagamento del debito pregresso ma nemmeno in grado di generare flussi finanziari operativi in sede previsionale. Se, infatti, il pagamento del debito pregresso può essere effettuato anche con massiccio ricorso ad apporti di capitale di rischio (e, quindi, tale eventuale criticità del piano può essere superata), l'eventuale non-sostenibilità del ciclo dell'*operating cash flow* evidenzia una difficoltà finanziaria prospettica (dell'attività operativa) che necessita di probabile ripensamento; infatti, appare non provata (salvo casi eccezionali, per esempio caratterizzati da rilevanti *capital gain* a termine del piano di risanamento sostenuti da apporti di debito finanziario e/o capitale di rischio, infra) la sostenibilità finanziaria del piano di risanamento in presenza di *operating cash flow* (costantemente) negativi. È opportuno, in ogni caso, rendere trasparenti le assunzioni del piano (in termini di tipo di previsione effettuata, analitica, sintetica, o mista tra le due, con i relativi valori/parametri di previsioni) ed effettuare simulazioni (*stress test*) per evidenziare gli stati limite di "caduta" del piano di risanamento, verificando (se possibile) il margine di sicurezza del piano (e le eventuali azioni di tutela dei terzi, quali garanzie collaterali escutibili in caso di manifestazione di scenari di piano "negativi").

Per quanto attiene l'effettuazione delle **previsioni di incasso di poste di investimento**, la valutazione è essenziale e pone complessità particolari. In primo luogo è possibile che l'attuale stato degli investimenti (a utilità pluriennale) non sia atto a supportare il risanamento dell'azienda; tale stato è probabile, in quanto la presenza di uno stato di crisi (da sottoporre a risanamento) ha spesso, almeno come concausa, una carenza degli "impianti" e delle "conoscenze" aziendali (intesi come complesso di beni materiali e immateriali) in relazioni alle condizioni "esterne" all'azienda (di offerta concorrente e di domanda o "d'ambiente").

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

NUOVI INVESTIMENTI

Con il risanamento si auspica (o persino si impone) la necessità di effettuare nuovi investimenti (materiali e/o immateriali) quale prerequisito stesso dalla realizzabilità del risanamento; vi è quindi la necessità di quantificare il conseguente impatto finanziario sul ciclo del pagamenti, per assorbimento finanziario degli investimenti in capitali immobilizzati, e di valutarne l'auspicato, e incerto, effetto sul ciclo dei conseguenti incassi, quindi quale effetto finanziario attivo; ovviamente, se l'effetto finanziario di un nuovo investimento di "supporto" al risanamento è infatti certo, in quanto è scadenzato il pagamento dell'investimento, è incerto l'effetto finanziario positivo conseguente, che è funzione della capacità di tale investimento di generare flussi finanziari (netti) operativi a servizio della sostenibilità del risanamento.

Gli investimenti finalizzati al risanamento possono essere valutati in via analitica nel loro effetto finanziario (anche qui prevedendo e considerando i termini di pagamento per singolo debitore o per singola categoria omogenea di debiti generati dagli investimenti) sulla base delle scadenze previste, espresse in giorni (sulla base dei contratti di fornitura degli investimenti, oppure in via sintetica, quindi "standardizzando" la previsione di pagamento).

Trattandosi di investimenti a utilità pluriennale, dovrà considerarsi un allineamento delle scadenze di pagamento di tali investimenti a una durata tale da consentire a questi investimenti l'esplicarsi dell'effetto positivo sulla gestione operativa/ reddituale (e, quindi, sugli incassi netti); per tale motivo di allineamento dei flussi finanziari, potranno essere considerate le opportune coperture finanziarie (con dilazioni di pagamento dai fornitori di investimenti, oppure prevedere l'attivazione di contratti di leasing o eventuale copertura con finanziamento a medio e lungo termine) che andranno considerate nel piano dei pagamenti (per quanto attiene al servizio del debito, nella tavola del servizio del debito del piano di risanamento), in previsione.

Per quanto poi attiene ai **disinvestimenti**, questi sono da considerare con particolare attenzione in quanto possono essere individuate possibili dismissioni di attività aziendali non strategiche, tali da rappresentare una riserva di liquidità utilizzabile al fine della stabilizzazione del ciclo finanziario aziendale.

La valutazione di "strategicità" o "non-strategicità" degli investimenti (quindi, utile o disutile liquidabilità di tali investimenti, per la conversione in moneta liquida dei relativi capitali) è tuttavia valutazione che compete agli amministratori nella individuazione investimenti; la valutazione relativa ai disinvestimenti deve porre attenzione nel non liquidare *asset* strategici la cui liquidazione, pur dando un effetto di cassa positivo immediato, può compromettere la sostenibilità prospettica del ciclo finanziario (e, quindi, la sostenibilità finanziaria del risanamento).

Dal punto di vista formale, si parla di investimenti (e disinvestimenti) in c.d. *fixed asset*; il saldo tra il flusso finanziario della gestione operativa (*operating cash flow*) più il saldo netto tra investimenti e disinvestimenti in *fixed asset* quantifica il flusso finanziario disponibile per il servizio del debito (c.d. *unlevered free cash flow*).

Per quanto attiene, infine, la considerazione delle **poste finanziarie** del piano di risanamento, tale analisi attiene alla valutazione di **sostenibilità** del servizio del debito contratto (tanto per quanto attiene il servizio del debito contratto alla data del piano, quanto il servizio del debito da contrarre in esecuzione del piano). Per l'analisi relativa deve essere prevista una tavola riepilogativa, per singola posta finanziaria a rimborso (aumentata del relativo costo per interessi, al fine di quantificare il servizio del debito) che permetta di valutare, periodo per periodo, l'uscita finanziaria connessa al servizio del debito. Il servizio del debito deve essere valutato se sia sostenibile

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

facendo ricorso al flusso finanziario c.d. *unlevered*, aumentato di eventuali riserve di liquidità maturate in periodi precedenti (riserve di liquidità) e/o apporti di capitale di rischio.

È da considerare, ancora in tema di sostenibilità del pagamento delle poste finanziarie, la possibilità di utilizzare riserve di affidamenti bancari disponibili. Si determina cosi il risultato finanziario del piano di risanamento, e quindi il flusso di cassa disponibile per i portatori di capitale di rischio (*free cash flow to equity*).

SCHEMA DI RENDICONTO FINANZIARIO DI LIQUIDITÀ (METODO INDIRETTO)	
+/−	Risultato netto
+	Ammortamenti
+	Svalutazioni
−/+	Proventi/Oneri finanziari
=	**Flusso di capitale circolante della gestione corrente (cash flow)**
−/+	Variazione dei crediti commerciali e diversi
−/+	Variazione delle rimanenze di magazzino
+/−	Variazione dei debiti commerciali e diversi
=	**Variazione voci capitale circolante netto (ccn)**
=	**Flusso di cassa dell'attività operativa (operating cash flow)**
+	Investimenti netti in immobilizzazioni immateriali
+	Investimenti netti in immobilizzazioni materiali
+	Investimenti netti in immobilizzazioni finanziarie
=	**Saldo attività di investimento**
=	**Eccedenza (fabbisogno) finanziario (unlevered free cash flow)**
+/−	Proventi/Oneri finanziari
+/−	Nuovi apporti e restituzioni di debiti
=	**Saldo dell'attività finanziaria**
=	**Eccedenza (fabbisogno) disponibile (free cash flow to equity)**
−	Pagamento di dividendi
+/−	Apporti e restituzioni di capitale di rischio
=	**Saldo delle operazioni a favore dei portatori di capitale di rischio**

11.4 Gli obiettivi della valutazione

Se è pacifico che la necessità di redazione di un piano di risanamento si ha in uno stato aziendale di crisi (che, quindi, necessita, in senso lato, di un "miglioramento"), è altrettanto pacifico che obiettivo del risanamento è ridurre detto stato di crisi.

La valutazione degli aspetti finanziari ha quindi come obiettivo verificare (*ex ante*), conseguire il monitoraggio (*in itinere*) e valutare (*ex post*) che il piano di risanamento abbia l'attitudine per:
1. evitare il peggioramento della situazione finanziaria aziendale e determinarne, secondo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

obiettivi strategici pianificati dagli amministratori, il "miglioramento" (in termini di riduzione del debito in valore assoluto o in rapporto al capitale investito, oppure in termini di riduzione/azzeramento del debito scaduto eccetera);
2. consentire la sostenibilità prospettica del ciclo finanziario aziendale, tanto in termini di generazione di flussi di cassa derivanti dall'attività operativa (*operating cash flow*), quanto in termini di flussi di cassa disponibili per il servizio del debito (*unlevered free cash flow*), quindi flussi finanziari sufficienti per fare fronte al debito contratto;
3. determinare il c.d. ritorno al valore dell'attività aziendale, in termini di flussi finanziari disponibili per i portatori di capitale di rischio (*free cash flow to equity*), nel breve termine (con distribuzione di dividendi) o nel lungo termine (con *capital gain*).

Non deve infatti essere dimenticato che la stesura del piano finanziario di risanamento ha un obiettivo iniziale da leggersi anche in negativo, vale a dire nella valutazione (*ex ante*) di potenziale non-sostenibilità delle azioni di risanamento pianificate e, quindi, di attuazione (tempestive) di azioni volte alla miglior dismissione (giudiziale o stragiudiziale) del patrimonio aziendale in stato di non- continuità del ciclo dell'attività d'impresa. Solo nel caso in cui i terzi creditori possano essere utilmente soddisfatti dall'attuazione del piano di risanamento (primo obiettivo del piano di risanamento) potrà aversi una soddisfazione anche dei portatori di capitale di rischio (secondo obiettivo del piano di risanamento) che avranno incentivo a immettere nuovo capitale a sostegno del risanamento aziendale solo ove tale capitale possa avere adeguata remunerazione del rischio assunto.

La valutazione degli aspetti finanziari del piano di risanamento è essenziale, in particolare in una prospettiva di continuità dell'attività aziendale (quindi di non dispersione del soggetto economico "azienda", con il suo ruolo sociale e i suoi rapporti di "rete" con clienti, fornitori, dipendenti, Stato eccetera) se e solo il piano è in grado di dimostrare ai portatori di capitale di rischio la convenienza della continuità aziendale, che può essere assicurata solo ove venga garantita (e verificata) una miglior soddisfazione dei portatori di capitale di terzi (garantita dalla strategia di risanamento, verifica con la redazione e validazione del piano di risanamento). Tale valutazione, anche preventiva, è forse la maggiore utilità nell'includere la valutazione degli aspetti finanziari nel piano di risanamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

La fattibilità dei piani: analisi di sensitività e stress test

Fabio Andreoli

SOMMARIO: 12.1 Il concetto di fattibilità nella predisposizione del piano – 12.2 Sensitività e stress test: definizioni, finalità e principi – 12.3 La sensitività come strumento di valutazione delle "riserve di elasticità" di cassa – 12.4 Le analisi di sensitività e l'individuazione dei covenants – 12.5 Gli orientamenti della giurisprudenza e l'impatto generato

Il requisito della fattibilità, alla luce del nuovo testo del Codice della crisi d'impresa dopo il Dlgs 83/2022, rappresenta, assieme al concetto di veridicità dei dati aziendali, il pilastro fondamentale attorno al quale deve essere costruito il piano volto al mantenimento del presupposto della continuità aziendale sia nell'ambito delle procedure concorsuali (concordato preventivo *ex* art. 87 CCI, piano di ristrutturazione soggetto a omologazione *ex* art. 64 *bis* CCI e accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 57 CCI), sia nei processi di *turnaround* stragiudiziali (piano di risanamento attestato *ex* art. 56 CCI). Questi due aspetti sono inscindibili tra loro e realizzano le condizioni di meritevolezza contrattuale necessarie per l'esercizio delle tutele del piano e dei suoi effetti nei confronti dei terzi.

12.1 Il concetto di fattibilità nella predisposizione del piano

Il concetto di fattibilità deve essere inteso, in sintesi, come idoneità a consentire il raggiungimento degli obiettivi che il debitore si propone nel rispetto delle condizioni di legge (si veda Assonime, circolare 7 febbraio 2013, n. 4).

Per poter valutare la fattibilità del piano, sia con riguardo alla fase di predisposizione sia a quella di attestazione, è necessario svolgere un'esauriente analisi delle cause della crisi dell'impresa al fine di comprendere se le manovre previste nell'*action plan* permettano o meno di rimuovere in via definitiva lo stato di crisi, consentendo il risanamento dell'intero compendio aziendale.

L'approfondimento sulle cause della crisi – necessario per individuare i punti di debolezza su cui intervenire in maniera incisiva nella descrizione delle linee strategiche di risanamento – deve pertanto essere rivolto sia ai fattori endogeni all'azienda sia a quelli esogeni (*si veda la tabella nella pagina che segue*).

Ovviamente, il requisito della fattibilità deve essere adeguatamente verificato da parte del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

professionista attestatore nella redazione della sua relazione con particolare riguardo, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, alla "*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*", e il relativo giudizio deve essere espresso in termini di "*probabilità di successo del piano*" ivi inclusa la valutazione dei rischi inerenti alla sua realizzazione.

Il giudizio da esprimere in tal senso non potrà pertanto limitarsi a un mero "visto", ma dovrà constare di una illustrazione descrittiva che accrediti la fattibilità, evidenziando in quale maniera e con quali tempistiche le risorse finanziarie future dell'impresa riusciranno verosimilmente ad assorbire l'esposizione debitoria anche avvalendosi di analisi di sensitività al fine di testare la tenuta delle azioni di risanamento nell'ambito di scenari meno favorevoli rispetto a quelli posti alla base dello sviluppo numerico di piano.

12.2 Sensitività e stress test: definizioni, finalità e principi

Per analisi di sensitività si intende quella tipologia di **analisi di natura prospettica** che permette al redattore del piano di verificare la "sensibilità" dei risultati aziendali rispetto alle previsioni di risanamento ipotizzate in sede di redazione del documento. In particolare, con tale tipologia di analisi è possibile verificare quale sia l'impatto che l'eventuale variazione di una determinata variabile comportamentale genera sulla struttura dell'impresa e sulla gestione aziendale considerata nel suo complesso.

Tale tipologia di analisi viene svolta soltanto in una fase successiva all'elaborazione dello scenario prospettico (scenario base) e lo strumento attraverso cui può essere impostata è rappresentato dalle **simulazioni di scenario**.

Verificata la sostenibilità dello scenario base, ipotesi prudente, è possibile ampliare lo studio attraverso la simulazione di due **ulteriori scenari** riconducibili a:

- *worst case*, peggiorativo rispetto la versione base, che preveda, per esempio, volumi o prezzi di vendita al di sotto di quelli previste negli altri scenari (base e *best*), incremento del prezzo di acquisto delle materie prime, incremento dei costi riconducibili alla produzione dei beni e servizi a causa di inefficienze legate allo stesso processo produttivo o rallentamento del ciclo monetario;
- *best case*, migliorativo rispetto la versione base, che preveda, per esempio, volumi o prezzi di vendita superiori a quelli previsti negli altri scenari (base e *worst*), una contrattazione decisamente favorevole relativamente gli acquisti delle materie prime o un ciclo monetario maggiormente virtuoso.

I risultati che scaturiscono dagli scenari definiti dalle tre possibili visioni sono tra loro molto diversi, ma tutti estremamente utili in quanto consentono al redattore del piano di apprezzare gli effetti economici, patrimoniali e finanziari generati dalla variazione delle *assumptions*. In particolare, occorre evidenziare come il *worst case* debba essere inteso quale limite oltre il quale il piano non può più essere ritenuto fattibile con conseguente perdita dei benefici annessi in termini di esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione dello stesso.

L'**analisi di sensitività** viene svolta attraverso l'impostazione di un modello di analisi dinamica che, partendo dalla situazione patrimoniale redatta alla data di riferimento, proietta nello sviluppo economico-patrimoniale- finanziario di piano gli effetti generati dalle modifiche apportate alle assunzioni di base.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Tale modello dovrà essere in grado di ricalcolare automaticamente l'impatto delle variazioni su tutte le variabili del piano (costi, margini operativi, imposte sul reddito, fabbisogno finanziario, proventi e interessi passivi) consentendo così di verificare in tempo reale la tenuta delle manovre correttive finalizzate al risanamento aziendale in maniera certamente più efficace rispetto all'impiego di semplici indici storico-statistici (*v. tabella a pagina seguente*).

FATTORI ENDOGENI ED ESOGENI

FATTORI ENDOGENI	
Crisi strategiche	Analisi relative a investimenti in attività non attinenti al core-business aziendale (immobili, società controllate operanti in settori non afferenti a quello principale).
Crisi manageriali	Analisi relative a: › capacità del management aziendale di sapersi adattare ai cambiamenti di mercato; › potenziali atti dolosi compiuti dal management a danno di tutti gli stakeholder.
Crisi competitive	Analisi relative a potenziali scelte sbagliate dei target di vendita.
Crisi dimensionali	Analisi relative a investimenti sovradimensionati rispetto alle capacità di assorbimento del mercato.
Crisi operative	Analisi relative all'errata marginalità dei propri prodotti dettate da presumibili mancanze nel monitoraggio della produzione.
FATTORI ESOGENI	
Crisi settoriali	Analisi relative a fattori di tipo macro-economico che impongono la revisione di gran parte delle aziende operanti in quel determinato settore (variazione di leggi, protocolli di sicurezza eccetera).
Crisi ecologiche	Analisi collegate a provvedimenti restrittivi o a pressioni della pubblica opinione in merito alla tutela del patrimonio pubblico o di particolari risorse appartenenti alla collettività.
Crisi catastrofiche	Analisi relative a eventi catastrofici e calamità naturali che colpiscono le aziende di una determinata area a prescindere dal settore di operatività.

In tal senso, sulla base delle variabili prese in considerazione, le simulazioni di scenario possono essere suddivise in:

› simulazioni di natura economica;
› simulazioni di natura patrimoniale-finanziaria.

È del tutto evidente come tali simulazioni non possano essere compiute in via disgiunta tra loro, quanto piuttosto la simulazione dovrà essere svolta contemplando contemporaneamente una modifica sia di variabili economiche sia di variabili patrimoniali-finanziarie proprio in funzione della stretta correlazione fra loro esistente (le variabili maggiormente significative afferenti a queste tipologie di simulazioni sono riassunte nel riquadro in questa pagina).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

SIMULAZIONI DI SCENARIO

SENSITIVITY DI NATURA ECONOMICA

Il **fatturato** rappresenta una variabile estremamente significativa che sovente risulta oggetto di previsioni di tendenziale crescita tenuto conto, da un lato, dei risultati storici fatti registrare dall'impresa e, dell'altro, della coerenza di tali ipotesi con l'andamento del mercato di riferimento. L'analisi di sensitività, in questo caso, potrebbe riguardare lo sviluppo ragionato di previsioni di crescita maggiormente conservative.

Il **rapporto acquisti, variazione di magazzino e costi fissi** rappresenta un fattore essenziale che varia in considerazione delle caratteristiche del settore di appartenenza e della tipologia di attività aziendale svolta (attività industriale o commerciale). Il miglioramento della marginalità operativa fondato sulla riduzione di costi rappresenta uno dei principali driver delle manovre di risanamento proprio perché non dipende da fattori esterni (al contrario del fatturato) bensì unicamente dalla volontà del debitore di migliorare il livello di efficienza.
L'analisi di sensitività potrebbe in questo caso riguardare l'effettiva riduzione dei costi prevedendo una stima maggiormente conservativa sui tempi di realizzazione delle medesime con conseguente ritardo nel conseguimento delle maggiori marginalità stimate.

Il **costo del lavoro** rappresenta anch'esso una variabile estremamente rilevante nel processo di risanamento strettamente correlata con le logiche di prodotto elencate in precedenza. In particolare, qualora l'impresa abbia stimato una crescita consistente del proprio fatturato dovrà essere attentamente valutata la necessità di procedere ad un rafforzamento della propria struttura organizzativa con conseguenti maggiori costi. L'analisi di sensitività potrebbe in questo caso riguardare il calcolo prudenziale di un maggior costo del lavoro legato

- a un incremento dei salari minimi previsti nell'arco di piano in ipotesi di rinnovo del Ccnl di riferimento, ovvero
- a un quantitativo di straordinari maggiore rispetto alle stime iniziali.

La stima degli **oneri finanziari** rappresenta uno degli elementi essenziali della manovra finanziaria a supporto del processo di risanamento. Qualora l'accordo finanziario sottostante al piano di risanamento preveda un meccanismo di over performance con conseguente incremento dei tassi di interesse al verificarsi di determinate condizioni, sarà opportuno che l'analisi di sensitività proceda a stimare gli effetti di tale eventuale incremento sui risultati economico-patrimoniali e finanziari futuri.

SENSITIVITY DI NATURA PATRIMONIALE-FINANZIARIA

La quantificazione della **struttura del capitale circolante aziendale** rappresenta un aspetto determinante nella redazione del piano soprattutto con riferimento alle assunzioni relative ai giorni medi di rotazione dei crediti/debiti commerciali e delle rimanenze di magazzino. L'analisi di sensitività potrebbe in questo caso riguardare lo sviluppo ragionato di previsioni maggiormente conservative al fine di tenere in considerazioni eventuali ritardi negli incassi ovvero un più lento smobilizzo delle rimanenze di magazzino.

Per quanto concerne la stima del livello di **investimenti** nell'arco temporale oggetto di piano è necessario disporre in primis di un track record storico degli investimenti medi sostenuti in ciascun esercizio e successivamente comprendere gli investimenti necessari a sostenere le assunzioni economiche prospettiche effettuate dal management aziendale. L'analisi di sensitività potrebbe in questo caso riguardare una revisione ragionata relativamente alla stima degli investimenti redatta su base storica.

La rimodulazione delle **fonti di finanziamento** rappresenta uno degli elementi essenziali della manovra finanziaria a supporto del processo di risanamento.
Le analisi di sensitività in questo caso risultano particolarmente utili per comprendere la sostenibilità delle rate di ammortamento del debito a medio-lungo termine, ovvero la necessità di prevedere rate bullet al termine dell'orizzonte temporale di piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.3 La sensitività come strumento di valutazione delle "riserve di elasticità" di cassa

Lo squilibrio finanziario, per le implicazioni che genera in ordine al mantenimento della continuità aziendale e per la rilevanza che assume nei rapporti con i terzi, rappresenta l'elemento che richiede i provvedimenti più immediati nel momento in cui si avvia un processo di risanamento.

Nella prima fase d'intervento spesse volte si assiste, in assenza di un *action plan* formalizzato ancorché definito almeno nelle sue linee essenziali, all'applicazione dei primi provvedimenti il cui impatto ha natura prettamente finanziaria.

Tali interventi, necessari per fronteggiare le criticità impellenti, sono generalmente adottati al di fuori del piano, inteso come tale il documento formale nel quale sono rappresentate "le azioni strategiche e operative tramite le quali un'azienda intende uscire dallo stato di crisi, ripristinando le condizioni di equilibrio economico e finanziario", in quanto lo stesso, di fatto, non esiste ancora.

Gli interventi emergenziali sulla liquidità, la cui entità dipenderà proprio dalla riserva di elasticità disponibile, sono generalmente messi in atto prima della predisposizione del piano. Il documento dovrà, comunque, descrivere gli interventi effettuati e quelli programmati lungo l'intero arco temporale coperto dalla manovra di risanamento per aumentare l'elasticità di cassa e ridurre conseguentemente il rischio di liquidità.

La sezione delle linee guida del piano avente a oggetto la **gestione della liquidità** rappresenta pertanto uno degli elementi sostanziali dell'intero documento per i seguenti motivi:

- si tratta di un'area nella quale è frequentemente possibile raggiungere un recupero di efficienza semplicemente migliorando la sincronizzazione tra entrate e uscite;
- consente di pianificare un riscadenzamento degli impegni nei confronti dei creditori in maniera maggiormente coerente con il ciclo finanziario conseguito dall'azienda ad esito del processo di *turnaround*;
- consente una esatta determinazione dei fabbisogni finanziari prospettici, contribuendo così alla impostazione di una corretta manovra finanziaria (consolidamento delle esposizioni, revisione dei tassi di interesse, pre-ammortamento).

Le considerazioni esposte sono fondamentali poiché durante le fasi di crisi il capitale circolante netto mostra tendenzialmente un'inevitabile propensione alla crescita, nonostante i correttivi posti in essere dal debitore, andando a ridursi soltanto verso la fine della fase critica.

Al di là, quindi, dei contenuti della manovra finanziaria in termini di erogazioni di nuova finanza e/o di stralci ovvero di consolidamenti di debiti con conseguente ridefinizione delle originarie scadenze, il risanamento risulta sostenibile in condizioni di rischio ordinarie soltanto se la riserva di elasticità disponibile è superiore a quella necessaria.

Nel caso in cui, al contrario, la riserva di elasticità disponibile sia inferiore a quella necessaria, il piano non risulta attestabile in quanto il rischio di mancata esecuzione che ne deriverebbe è superiore a quello ragionevolmente accettabile.

Il **progetto strategico** volto al risanamento deve essere, come anticipato in precedenza, "fattibile" garantendo il ripristino di una struttura finanziaria sufficientemente equilibrata e mantenendo il rischio aziendale entro livelli accettabili anche nella fase più acuta del ciclo di crisi.

Di fronte alle difficoltà che, ragionevolmente, si incontrano nel dimensionare la riserva di elasticità necessaria, si ritiene che le analisi di sensitività e gli *stress test* rappresentino gli strumenti adatti con cui il redattore del piano (e successivamente il professionista attestatore) può valutare in modo efficace se il processo di risanamento aziendale sia formulato in un contesto che gode di adeguata coerenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

È solo l'applicazione di questi strumenti che può consentire la stima della variazione dei valori del piano al verificarsi di scostamenti nelle ipotesi di fondo, e la conseguente comprensione della eventuale tenuta prospettica del piano sotto il profilo della sostenibilità economico- finanziaria (sul tema, evidenze empiriche sono presenti in A. Danovi, F. Magno, G Dossena, *Pursuing firm economic sustainability through debt restructuring agreements in Italy: an empirical analysis*, Sustainability, 2018)

Quanto sopra è previsto chiaramente dai Principi per la redazione dei piani di risanamento (paragrafo 9.8) approvati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili nel mese di settembre 2017, oltre che dalle Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi, predisposte dall'Università degli Studi di Firenze, dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e da Assonime, seconda edizione 2015.

La raccomandazione n. 8 di tale ultimo documento, afferma che:

› *"la solidità del piano aumenta in presenza di "ammortizzatori" (riserve di liquidità e/o patrimoniali) idonei a neutralizzare o attenuare gli eventuali scostamenti negativi che potrebbero verificarsi rispetto alle previsioni"* e

› *"è opportuno introdurre nel piano una esplicita analisi di sensitività (stress test) che dimostri quanto i risultati indicati siano sensibili alle variazioni dei parametri utilizzati. Ciò agevola il lavoro dell'attestatore nel formulare un giudizio che non sia eccessivamente condizionato alla variazione di tali parametri".*

Proprio con riferimento alle verifiche che devono essere svolte dal professionista attestatore in merito alle *what-if analysis* si richiama quanto previsto dai Principi di attestazione dei piani di risanamento (paragrafo 6.6) redatti a cura di Aidea, Iedcec, Andaf, Apri e Ocri e approvati il 6 giugno 2014 secondo cui *"le analisi di sensitività si estrinsecano nello stimare come si modifichino i valori del piano al verificarsi di variazioni nelle ipotesi di fondo, al fine di comprendere se il piano conservi o meno la propria tenuta prospettica sotto il profilo sia della sostenibilità economico finanziaria".*

SIMULAZIONE DI ALCUNE IPOTESI DI STRESS TEST

Ipotesi di stress (dati in euro/000)	**Anno X**	**Anno X + 1**	**Anno X+ 2**
1. Incremento costi variabili (materie prime, servizi, godimento beni di terzi)	(136)	(109)	(99)
2. Allungamento tempi di incasso dei crediti commerciali di 40 giorni	(117)	(168)	(123)
3. Soccombenza in contenzioso tributario pendente già stanziato a fondo rischi	–	–	(327)
Totale	**(253)**	**(277)**	**(549)**
Disponibilità liquide inizio periodo	10	–	–
Flusso di cassa netto della gestione previsto da piano (base case)	106	146	130
Differenza di cassa netta a seguito di stress test per esercizio	**(137)**	**(131)**	**(419)**
Differenza netta totale consolidata	(137)	(268)	(687)
Accordato linee di credito per cassa	500	500	500
Margine di sicurezza	**363**	**232**	**(187)**

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In definitiva tali analisi devono essere finalizzate a valutare il grado di elasticità disponibile (in termini di elementi effettivi e potenziali da definire attraverso un'adeguata mappatura) e la sua coerenza con i fabbisogni previsti in ipotesi di *stress* al fine di evitare che il processo di risanamento risulti *ab origine* irrealizzabile.

La tabella *in questa pagina* riporta una simulazione di alcune ipotesi di *stress test*. Lo *stress test* illustrato è stato sviluppato sulla base di tre distinte ipotesi, una di natura economica e due di natura puramente finanziaria, prevede il punto di rottura, in termini di tenuta prospettica del piano, al terzo anno.

Lo *stress test* svolto, tuttavia, tiene conto soltanto di elementi effettivi quali gli affidamenti bancari a breve termine già negoziati, pertanto rientranti nella disponibilità dell'impresa, mentre non tiene conto prudenzialmente di altre eventuali riserve potenzialmente rientranti nella disponibilità dell'impresa quali, per esempio, la definizione di una moratoria delle rate in linea capitale relative ai debiti bancari a medio-lungo termine.

Tali ultimi elementi, se confermati per un ammontare in grado di assicurare un'adeguata copertura almeno pari al margine di sicurezza negativo indicato con riferimento all'anno X + 2, renderebbero nuovamente attuale la sostenibilità del piano.

12.4 Le analisi di sensitività e l'individuazione dei covenants

La verifica del rispetto degli obiettivi di risanamento e del progressivo superamento dell'iniziale situazione di squilibrio (in linea con l'attestazione resa dall'esperto) è particolarmente importante – in ipotesi di piano di risanamento attestato *ex* articolo 56 CCI e accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 57 CCI – perché rappresenta il nesso tra il documento formale funzionale al risanamento e i relativi atti esecutivi al fine di mantenere esenti i secondi dalla revocatoria.

I creditori aderenti a uno o più accordi sottostanti al piano sono portatori di un evidente interesse, oltre che alla regolare esecuzione del contratto, alla conservazione degli effetti legali del piano e sono senz'altro incentivati a vigilare sull'operato del debitore e sulla persistente attualità della soluzione negoziale della crisi proposta originariamente.

Per tale motivo è emersa progressivamente la necessità di inserire negli accordi con i creditori (e nel piano), meccanismi che consentano il monitoraggio periodico dell'attività dell'imprenditore e dell'evoluzione della sua situazione patrimoniale, economica e finanziaria con l'evidente intento di far emergere tempestivamente gli scostamenti incompatibili con il programma di riequilibrio permettendo conseguentemente ai sottoscrittori dell'accordo di avvedersi per tempo della sopravvenuta inidoneità del piano a raggiungere l'obiettivo di fattibilità citato in precedenza.

Naturalmente, quanto sopra non costituisce il corollario di ogni modesto scostamento dalle previsioni iniziali, ma si verifica soltanto quando si va incontro a una modificazione *in pejus* (portata da una singola circostanza o dalla somma di una molteplicità di fattori concorrenti) davvero significativa, tale da oltrepassare il "punto di rottura" della tenuta del piano.

Al fine di agevolare la concreta individuazione di tale punto di rottura, in sede di redazione del piano (e nelle verifiche prodromiche al rilascio della relazione di attestazione) si procede allo svolgimento di analisi di sensitività e *stress test* avuto riguardo principalmente alle variabili descritte in precedenza al fine di fissare specifici indici patrimoniali, economici e finanziari (c.d. *covenants*) il cui superamento comporta l'insuccesso del processo di risanamento e il venir meno degli effetti giuridici premiali previsti dalla norma.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.5 Gli orientamenti della giurisprudenza e l'impatto generato

Il Codice della crisi ha provveduto ad uniformare in maniera trasversale i requisiti dei piani (veridicità dei dati e fattibilità) per tutte le fattispecie di risanamento, mantenendo tuttavia per ciascuna di queste le peculiarità in tema di effetti premiali e di controlli posti in essere dal tribunale.

Anche nel nuovo testo di legge non vi sono dubbi circa il fatto che nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti i requisiti essenziali del piano vengono vagliati dal tribunale nell'ambito del giudizio di omologa.

Con riferimento al piano di risanamento attestato continuano invece a permanere, in continuità con quanto previsto dalla legge fallimentare, dubbi interpretativi circa la tenuta degli effetti premiali – esenzione da revocatoria *ex* articolo 166, comma 3, lettera *d)* CCI – in assenza del vaglio preventivo da parte dell'autorità giudiziaria.

Sul piano sostanziale si pone dunque nuovamente il problema di individuare il perimetro di validità degli accordi in esecuzione dei piani di risanamento.

Per individuare il perimetro di efficacia di tali accordi occorre fare riferimento al dettato normativo secondo cui le condizioni per ottenere l'esenzione da azione revocatoria risultano esistenti ogni qualvolta vi sia un *"piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria"* sul quale il professionista attestatore dovrà esprimersi in termini di veridicità dei dati di riferimento e di fattibilità giuridica ed economica del medesimo.

Il mancato riferimento al controllo giudiziario del tribunale durante la fase di predisposizione dei piani attestati di risanamento ha indotto la dottrina a domandarsi se fosse possibile effettuare un controllo postumo ed entro quali limiti.

Il problema si acuisce in virtù del dettato normativo che, collocando l'eventuale intervento giudiziale nell'ambito della esenzione da revocatoria, relega sul piano temporale il controllo (eventuale) del tribunale solo nel contesto della verifica incidentale del piano rispetto agli atti soggetti ad azione revocatoria.

In tal senso deve evidenziarsi l'orientamento della Suprema Corte con la sentenza 5 luglio 2016, n. 13719 che, confutando la tesi della valenza oggettiva degli atti revocabili secondo la quale, se assistiti da un piano attestato, gli atti non sarebbero mai censurabili, ha stabilito il principio della sindacabilità del piano attestato di risanamento prevedendone una verifica in concreto delle finalità perseguite e della conformità al dettato normativo dell'articolo 67, comma 3, lettera *d)* legge fallimentare.

La verifica deve essere effettuata con uno sguardo retrospettivo e deve essere volta ad escludere sostanzialmente che il piano risulti velleitario *ab origine*; in tal senso il tribunale, ponendosi in ottica anteriore all'esecuzione degli atti attuativi del piano, valuta l'idoneità del piano con riferimento alle modalità e ai tempi di adempimento, al risanamento della situazione finanziaria dell'impresa garantendo all'imprenditore una concreta prospettiva di risanamento dell'esposizione debitoria (in tal senso Tribunale di Verona 22 febbraio 2016 e Tribunale di Roma 22 aprile 2013).

Le fattispecie emerse nella giurisprudenza di merito dovrebbero ritenersi tuttavia scongiurate nel momento in cui il debitore, in sede di redazione del piano (e successivamente il professionista incaricato di redigere la relazione di attestazione) si avvale dell'ausilio delle analisi di sensitività al fine di dimostrare come – sin dall'origine – il processo di risanamento debba ritenersi ragionevolmente fattibile anche al verificarsi di determinati scenari peggiorativi rispetto al base case di piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

La fiscalità dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione

Gian Paolo Colnago

SOMMARIO: 13.1 La fiscalità in capo al debitore – 13.2 La fiscalità in capo al creditore Regime ai fini Ires – 13.3 Gli aspetti Iva

Analizziamo di seguito i principali aspetti fiscali concernenti i piani di risanamento (di cui all'articolo 56 del Codice della crisi) e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (di cui all'articolo 57 della stessa legge). Il nostro esame riguarderà sia il soggetto debitore, promotore dell'istituto, sia i soggetti creditori coinvolti, soffermandoci sulle tematiche concernenti le imposte dirette e l'Iva.

Per completezza, e in via preliminare, rammentiamo che:

- con il Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, è stato approvato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155. Il Codice è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 14 febbraio e, per quanto qui interessa, entrerà in vigore, per effetto di successive proroghe, il 15 luglio 2022. La Parte I, Titolo IV, disciplina gli "*accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento"* (articolo 56) e gli "*accordi di ristrutturazione dei debiti*" (articolo 57). La nuova normativa si renderà applicabile agli accordi intervenuti dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice;
- il Codice è oggetto di modifiche ed integrazioni ad opera del Dlgs 83 del 17 giugno 2022, di attuazione della Direttiva UE/2019/1023, su ristrutturazione e insolvenza;
- in ogni caso, il Dlgs 14 del 2019 non contiene alcuna nuova disposizione in merito agli aspetti fiscali qui esaminati e, pertanto, le considerazioni di seguito svolte manterranno la loro attualità anche successivamente alla sua entrata in vigore;
- inoltre, con il Dl 24 agosto 2021, n. 118, convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147, sono state introdotte disposizioni in tema di *"composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa",* che in parte riprendono le norme fiscali di favore analizzate nel presente contributo. In particolare, l'articolo 14, comma 5 (trasfuso nell'articolo 25 *bis*, ad opera del citato Dlgs n. 83 del 17 giugno 2022), stabilisce che dalla pubblicazione nel Registro imprese del relativo contratto o accordo si applicano l'articolo 88, comma 4 *ter* (in tema di sopravvenienze attive) e l'articolo 101, comma 5 (in tema di perdite su crediti) del Tuir, disposizioni fiscali di seguito analizzate nel presente contributo. Si evidenzi che la norma non richiama invece espressamente l'articolo 26 del Dpr 633/1972 (in tema di emissione di note credito Iva).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

13.1 La fiscalità in capo al debitore

13.1.1 Il provento derivante dalla riduzione del debito

Per affrontare compiutamente gli aspetti fiscali ai fini delle imposte dirette, riteniamo opportuno descrivere sinteticamente i potenziali riflessi contabili e di bilancio delle operazioni poste in essere in applicazione degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati.

Intendiamo riferirci al Principio contabile 19, emanato dall'Organismo italiano di contabilità (Oic) e dedicato ai "*Debiti*", come modificato e integrato dal documento pubblicato in data 29 dicembre 2017 dallo stesso Oic, intitolato "*Emendamenti ai principi contabili nazionali*".

In tale principio contabile, in particolare nell'Allegato A, vengono specificamente esaminati i riflessi contabili delle operazioni di ristrutturazione del debito, tra le quali sono espressamente compresi sia gli accordi di ristrutturazione *ex* articolo 182 *bis* che i piani di risanamento *ex* articolo 67, comma 3, lettera *d)* legge fallimentare.

Le sintetiche previsioni dell'Oic sono state esaurientemente commentate dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (Cndcec) nel proprio documento intitolato "*Aspetti contabili della ristrutturazione dei debiti alla luce del nuovo Oic 19*" del dicembre 2018.

Per quanto qui interessa, sono fornite utili indicazioni in merito alla classificazione in bilancio dei proventi e dei costi che possono originare dalle descritte operazioni e alla loro competenza, ivi compresi i costi di transazione.

ONERI DI RISTRUTTURAZIONE

Come precisato dal Cndcec nel citato documento, gli oneri di ristrutturazione, quali le spese legali e notarili, i compensi professionali per la predisposizione e l'attestazione del piano, i compensi per l'attività di due diligence, devono essere considerati come costi di transazione, in quanto direttamente attribuibili ad acquisizione, emissione o dismissione di un'attività o passività finanziaria.

In particolare, il Cndcec evidenzia che nel caso di ristrutturazione dei debiti, il debitore può conseguire dei benefici normalmente consistenti in riduzione del debito per sorte capitale, riduzione del tasso di interesse e/o aumento della durata del prestito.

Quando vi sia una **variazione sostanziale** dei termini contrattuali del debito esistente o di parte dello stesso (normalmente nel caso di variazioni del debito per sorte capitale), contabilmente si procede all'eliminazione del debito originario con contestuale rilevazione di un nuovo debito. In tale ipotesi:

- per le società che applicano il metodo del costo ammortizzato ai sensi dell'articolo 2426, comma 1, numero 8) Cc, il valore di iscrizione iniziale del nuovo debito segue le regole ordinarie per esse previste. La differenza tra detto valore di iscrizione e l'ultimo valore contabile del debito originario costituisce un utile o perdita da rilevare a conto economico nei componenti finanziari. I costi di transazione sono rilevati a conto economico come parte dell'utile o perdita connessa all'eliminazione;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

COMPENSAZIONE INDIRETTA

Il testo dell'Oic - come letteralmente riportato e in prima battuta - sembrerebbe consentire una compensazione tra l'utile derivante dalla sostituzione del debito e i costi di transazione. Sul punto, il citato documento del Cndcec ritiene, condivisibilmente, che il principio contabile intenda riferirsi a una c.d. "compensazione indiretta" tra proventi finanziari (voce C16 di conto economico) e oneri finanziari (voce C17). Non è pertanto ammessa la registrazione contabile di un valore netto del beneficio.

- per le società che non applicano il costo ammortizzato – le società che redigono il bilancio in forma abbreviata (articolo 2435 *bis* Cc) e le micro imprese (articolo 2435 *ter*) hanno facoltà di iscrivere in bilancio i debiti al valore nominale – il debitore iscrive un utile tra i proventi finanziari, come differenza tra valore di iscrizione iniziale del nuovo debito e l'ultimo valore contabile del debito originario, e i costi di transazione sono rilevati nello stesso esercizio in cui si riceve il beneficio.

In presenza, invece, di **mutamenti non sostanziali** e quindi di mantenimento in bilancio del debito originario:

- le società che applicano il criterio del costo ammortizzato debbono rettificare il valore contabile del debito, per riflettere la rideterminazione dei flussi finanziari stimati. La differenza tra valore attuale rideterminato del debito alla data della revisione della stima e il suo precedente valore contabile è rilevata a conto economico negli oneri o proventi finanziari. I costi di transazione sostenuti rettificano il valore contabile del debito e sono ammortizzati lungo la durata del debito;
- per le società che non applicano il costo ammortizzato, il beneficio per il debitore (dovuto alla riduzione del tasso di interesse o all'aumento della durata) è rilevato per competenza, lungo la durata residua del debito, e i costi di transazione sono contabilizzati come risconti attivi, nei limiti dei benefici ottenuti dalla riduzione del valore economico del debito.

Evidenziamo, per completezza, che i soggetti che applicano i principi contabili internazionali seguono un trattamento contabile sostanzialmente analogo a quello previsto dall'Oic 19, con applicazione del principio del costo ammortizzato. In particolare, il principio contabile Ifrs 9 stabilisce che una variazione sostanziale dei termini di una passività finanziaria esistente, o una parte di essa, deve essere contabilizzata come estinzione della passività finanziaria originaria e rilevazione di una nuova passività finanziaria. La differenza tra il valore contabile della passività estinta e di quella assunta deve essere rilevata a conto economico. Il principio contabile Ifrs 9 si discosta, invece, dal principio contabile Oic 19 per quanto riguarda il trattamento della conversione del debito in capitale, prevedendo l'estinzione della passività a fronte di un corrispettivo rappresentato dagli strumenti rappresentativi del proprio capitale sociale, con imputazione a conto economico dell'eventuale differenza tra valore nominale del debito estinto e il *fair value* di tali strumenti di capitale.

Quanto, infine, all'**esercizio di competenza** dei proventi derivanti dalle operazioni in commento, l'Oic precisa che gli effetti rilevano dal momento a partire dal quale l'accordo diviene efficace tra le parti. In particolare, tale data coincide con quella in cui:

- l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 182 *bis* viene pubblicato presso il Registro delle imprese. Qualora la sua efficacia sia subordinata all'omologa da parte del tribunale, rileva la data dell'omologa;
- nel piano di risanamento attestato *ex* articolo 67, comma 3, viene formalizzata l'adesione dei creditori all'accordo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

13.1.2 Regime ai fini Ires

Ciò posto, passiamo più in dettaglio a esaminare i riflessi tributari, ai fini delle imposte sui redditi, degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento in capo al debitore.

Al riguardo, evidenziamo che i proventi derivanti dalla riduzione in linea capitale dei debiti rientrano certamente nell'ampia definizione di **sopravvenienza attiva** prevista dall'articolo 88, comma 1 Tuir, secondo cui "*si considerano sopravvenienze attive ... la sopravvenuta insussistenza ... di passività iscritte in bilancio in precedenti esercizi*".

Peraltro, il successivo comma 4 *ter* dell'articolo 88, stabilisce che:

- non si considerano sopravvenienze attive le riduzioni di debiti in sede di concordato fallimentare o preventivo liquidatorio, ovvero di procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni;
- non costituiscono sopravvenienza attiva – ma soltanto entro certi limiti – le riduzioni dei debiti in sede di concordato di risanamento, di accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'articolo 182 *bis* legge fallimentare, di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3 della stessa legge pubblicato nel Registro imprese, ovvero di procedure estere equivalenti.

In particolare, i proventi emergenti da queste ultime operazioni non sono considerati sopravvenienze attive, e quindi **non** sono **soggetti a tassazione**, per la parte del loro ammontare che eccede:

- le perdite fiscali pregresse e di periodo, senza considerare il limite dell'80% previsto dall'articolo 84 Tuir. Rilevano anche le perdite trasferite al consolidato fiscale nazionale non ancora utilizzate;
- la deduzione di periodo e l'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica (Ace) di cui al Dl 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214;
- gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati indeducibili in un determinato periodo d'imposta, ai sensi dell'articolo 96 Tuir, riportabili a nuovo e utilizzabili nei successivi periodi d'imposta, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo 96 (si tratta delle eccedenze riportabili che si sono formate nel periodo d'imposta in cui viene rilevata la sopravvenienza attiva e in quelli precedenti; il riferimento al comma 4 dell'articolo 96 deve oggi essere inteso al comma 5 dello stesso articolo, a seguito delle modifiche apportate dal Dlgs 142/2018).

Pertanto, possiamo sinteticamente evidenziare che l'articolo 88, comma 4 *ter*, stabilisce **due distinti regimi fiscali** in funzione del regime di composizione della crisi prescelto dall'imprenditore (*si veda la tabella seguente*).

DETASSAZIONE PIENA O PARZIALE?

Istituto	Regime fiscale (articolo 88 Tuir)
› Concordato fallimentare › Concordato preventivo liquidatorio › Procedure estere equivalenti	La sopravvenienza attiva non è tassata (comma 4 *ter*, primo periodo)
› Concordato di risanamento › Accordo ristrutturazione debiti › Piano attestato › Procedure estere equivalenti	La sopravvenienza attiva non è tassata per la parte che eccede le perdite fiscali, il potenziale beneficio Ace e gli interessi passivi non deducibili riportabili a nuovo (comma 4 ter, secondo periodo)

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La norma attualmente in vigore è il risultato di una serie di modificazioni al Tuir originario succedutesi nel tempo. In particolare:

- l'articolo 55 Tuir, fin dalla sua emanazione (poi trasfuso nell'articolo 88), prevedeva che non costituivano sopravvenienze attive la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo (è interessante esaminare la *ratio* di tale disposizione, come riportata nella relazione ministeriale al Tuir, secondo cui le menzionate procedure presuppongono la cessazione dell'esercizio dell'impresa. Il concetto di sopravvenienza – secondo il Ministero – presuppone invece la continuazione dell'impresa e la determinazione del reddito in base al bilancio);
- successivamente, con Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134, è stata introdotta la detassazione della sopravvenienza attiva emergente in sede di concordato di risanamento, accordo di ristrutturazione dei debiti, piano attestato e procedure estere equivalenti, ma solo limitatamente alla parte del provento che eccede le perdite fiscali pregresse e di periodo;
- con il Dlgs 14 settembre 2015, n. 147, è stato espressamente previsto che, ai fini della disposizione di cui al punto precedente, occorre fare riferimento alle perdite fiscali pregresse senza considerare il limite di utilizzabilità delle perdite stesse (pari all'80% del reddito imponibile). Inoltre, è stata ridotta la detassazione della sopravvenienza, limitandola alla parte che eccede anche gli interessi passivi non dedotti e riportati a nuovo (secondo le disposizioni dell'articolo 96 Tuir) e le perdite fiscali trasferite al consolidato e non ancora utilizzate;
- la legge 11 dicembre 2016, n. 232, infine, ha ulteriormente ridotto la potenziale detassazione, introducendo anche il limite delle deduzioni di periodo e delle eccedenze pregresse dell'Ace.

Quanto alla **motivazione** sottostante al difforme trattamento fiscale (detassazione piena piuttosto che parziale) riservato alle sopravvenienze attive che emergono nell'ambito delle diverse procedure indicate, rispettivamente, nel primo e nel secondo periodo dell'articolo 88, comma 4 *ter*, essa va ricercata nella loro diversa finalità. Se infatti le prime concernono fattispecie aventi funzione liquidatoria dell'impresa, le seconde presuppongono invece la prosecuzione dell'attività aziendale. Per quest'ultime, il legislatore ha quindi inteso comunque riconoscere un beneficio fiscale, ma nella misura strettamente necessaria a evitare che la riduzione dei debiti determini il sorgere di un carico fiscale che, in assenza delle procedure di risanamento, non sarebbe emerso.

In altri termini, la *ratio* della disposizione di cui al secondo periodo dell'articolo 88, comma 4 *ter* Tuir, è quella di:

- da una parte, evitare che l'effetto positivo conseguente alla riduzione dei debiti sia parzialmente vanificato dal sorgere di un corrispondente debito per imposte sui redditi;
- dall'altra, impedire che l'impresa destinata a proseguire l'attività, oltre a conseguire il beneficio della non imponibilità della sopravvenienza attiva, possa utilizzare a compensazione di redditi futuri le perdite fiscali e le altre deduzioni (eccedenze di Ace e di interessi passivi) formatesi negli anni della crisi.

Va da sé che tale diversa disciplina fiscale potrà anche far preferire l'adozione di una forma di risanamento rispetto a un'altra (sul tema G. Andreani, *Il tax planning decide il tipo di concordato*, "Il Sole 24 Ore", 8 ottobre 2018). Si pensi all'ipotesi di un piano concordatario in continuità, il quale può assumere la forma della continuità diretta od indiretta.

La prosecuzione dell'attività avviene a opera del debitore, nel primo caso, e a opera di un soggetto terzo che subentra nella gestione dell'azienda, nel secondo. Mentre il concordato in continuità diretta rientra certamente tra le procedure previste dal secondo periodo dell'articolo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

88, comma 4 *ter* del Tuir, con riferimento al concordato in continuità indiretta occorre verificare se è previsto o meno il proseguimento dell'attività d'impresa in capo al debitore.

PER APPROFONDIRE

Si confronti la risposta all'interrogazione parlamentare n. 5- 00047 del 20 settembre 2018, relativa al trattamento fiscale delle diverse tipologie di concordato preventivo nell'ambito delle procedure fallimentari. Si soffermano sulla ratio della disposizione in commento, in senso conforme, anche l'agenzia delle Entrate nelle risposte a interpello 23 novembre 2018, n. 85 e 19 dicembre 2018, n. 120 e autorevole dottrina (Assonime, circolari 15/2013 e 17/2016; M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano 2020).

In quest'ultima ipotesi, le sopravvenienze attive risulterebbero totalmente detassate, dal momento che non potrà verificarsi quell'utilizzo futuro delle deduzioni (perdite, Ace e interessi passivi) che la norma vuole scongiurare (in tal senso la citata risposta a interrogazione parlamentare 20 settembre 2018).

In questo contesto, vi è anche chi ha osservato che sia l'accordo di ristrutturazione che il piano di risanamento attestato potrebbero avere funzione liquidatoria.

Tuttavia, non pare vi sia margine per estendere in via interpretativa, a tali procedure, l'applicazione della disciplina di cui al primo periodo dell'articolo 88, comma 4 *ter* (G. Provaggi, *Le sopravvenienze attive da riduzione del debito nelle procedure concordatarie e paraconcorsuali*, "Corriere tributario" 2/2016).

Con specifico riferimento ai piani di risanamento attestati, si evidenzia che il trattamento tributario di favore si rende applicabile solo qualora essi siano stati pubblicati nel Registro delle imprese (nelle risposte a interpello 10 maggio 2021, n. 319, e 29 luglio 2021, n. 522, l'agenzia delle Entrate ha fornito taluni chiarimenti sul punto, individuando la necessaria correlazione tra il manifestarsi della sopravvenienza e la sussistenza di detto requisito).

Ancora relativamente all'**ambito oggettivo** della norma in commento, si è visto che essa si rende applicabile anche alle procedure estere equivalenti a quelle disciplinate dalla legge italiana. Tali procedure devono essere previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni (sotto il profilo meramente letterale, tale condizione è esplicitamente prevista dal primo periodo del citato comma 4 *ter*, ma non riproposta nel secondo periodo). A titolo esemplificativo, può ritenersi equivalente a un accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 *bis* la procedura di ristrutturazione societaria prevista dal diritto statunitense denominata Chapter 11 (si confronti, in tal senso, la relazione illustrativa al Dlgs 147/2015).

Venendo quindi a esaminare, nello specifico, le disposizioni contenute nell'articolo 88, comma 4 *ter*, secondo periodo, osserviamo quanto segue.

In via preliminare, occorre domandarsi quali **componenti di reddito** siano soggette alla disciplina in esame, tenendo conto di quanto sopra riportato in merito ai riflessi contabili delle operazioni di ristrutturazione del debito.

Se, da un lato, rientrano certamente nell'ambito applicativo dell'articolo 88 le sopravvenienze conseguite per effetto della parziale o integrale rinuncia da parte dei creditori alla linea capitale o agli interessi già maturati, dall'altro riterremmo applicabile la norma in oggetto – più in generale – a tutte le fattispecie nelle quali, secondo corretti principi contabili, occorra procedere alla cancellazione del debito originario con contestuale rilevazione in bilancio di un nuovo debito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Quanto poi alle **modalità applicative** della norma in commento, al fine di determinare l'importo della sopravvenienza attiva non tassabile, si evidenzia che:

- in prima istanza, occorre individuare il reddito imponibile di periodo, senza tener conto della sopravvenienza attiva derivante dalla riduzione dei debiti. Qualora esso fosse positivo e in assenza di eccedenze di perdite, Ace e interessi passivi, l'intera sopravvenienza attiva è esclusa da tassazione. Se invece il risultato lordo di periodo fosse negativo (perdita fiscale), la quota di sopravvenienza attiva non tassabile è limitata alla parte che eccede tale perdita;
- in presenza di perdite fiscali riportabili a nuovo, l'intero loro importo concorre a ridurre la parte della sopravvenienza attiva non soggetta a tassazione. Se quindi l'importo complessivo delle perdite a nuovo fosse pari o superiore alla sopravvenienza (già ridotta dall'eventuale perdita fiscale di esercizio), essa è totalmente soggetta a tassazione;
- ai fini della determinazione del reddito imponibile di periodo, possono essere utilizzate le perdite fiscali pregresse senza applicare il limite previsto dall'articolo 84 del Tuir (ossia anche in misura superiore all'80% del reddito imponibile) e ciò nei limiti della quota della sopravvenienza attiva soggetta a tassazione per effetto della consumazione delle perdite medesime. Come precisato dall'agenzia delle Entrate (risposte a interpello 23 novembre 2018, n. 85 e 19 dicembre 2018, n. 120), occorre dare chiara evidenza nella dichiarazione dei redditi dell'utilizzo delle perdite pregresse ai fini del computo della sopravvenienza da detassare, in quanto non più riportabili negli esercizi successivi;
- anche relativamente agli interessi passivi la cui deducibilità è rinviata a esercizi successivi, è consentito l'intero loro utilizzo ai fini della quantificazione del reddito imponibile di periodo, a prescindere dai limiti stabiliti dall'articolo 96 del Tuir (cfr. le citate risposte a interpello 85 e 120 del 2018, nonché la risposta 27 maggio 2019, n. 160; come per le perdite pregresse, deve essere data chiara evidenza in dichiarazione del consumo degli interessi passivi, non più riportabili negli esercizi successivi);
- per quanto concerne le perdite fiscali trasferite al consolidato e non ancora utilizzate, rilevano esclusivamente le perdite trasferite dalla società interessata all'operazione di ristrutturazione del debito e non anche quelle maturate in capo ad altre società del gruppo (cfr. le risposte a interpello85 del 2018 e 160 del 2019).

Evidenziamo, infine, che l'ultimo periodo del comma 4 *ter* dell'articolo 88 in commento stabilisce che le descritte disposizioni si applicano anche ai proventi conseguiti dal debitore nelle ipotesi di rinuncia ai crediti vantati dai soci, nonché in quelle di conversione del credito in partecipazioni (cfr. la citata risposta a interpello 85/2018, oltre alla risposta 30 dicembre 2021, n. 887).

Rammentiamo, al riguardo, che ai sensi del comma 4 *bis* dell'articolo 88, dette operazioni comportano l'emersione di una sopravvenienza attiva in misura pari all'eventuale differenza tra il valore nominale del credito e il suo valore fiscale in capo al socio rinunciante (si tratta di una sopravvenienza attiva ai soli fini fiscali, stante la natura patrimoniale della rinuncia al credito; per il socio creditore, la rinuncia incrementa il valore fiscale della partecipazione nei limiti del valore fiscale del credito oggetto di rinuncia; cfr. articolo 94, comma 6 Tuir).

***13.1.3** Regime ai fini Irap*

Come si è visto, i proventi derivanti dalla riduzione dei debiti nell'ambito degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento sono classificabili nell'ambito dei proventi finanziari (voce C.16 del conto economico), restando pertanto esclusi dal computo della base imponibile ai fini Irap.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si evidenzia, inoltre, che trattandosi di componenti di reddito che derivano dalla rettifica di un debito e che quindi riguardano l'aspetto meramente finanziario, non si rende a essi applicabile il c.d. "**principio di correlazione**", in base al quale risulterebbero comunque attratti alla base imponibile i proventi non classificati in voci di conto economico rilevanti ai fini Irap qualora correlati a componenti rilevanti di periodi d'imposta precedenti o successivi.

13.2 La fiscalità in capo al creditore Regime ai fini Ires

Relativamente al soggetto creditore coinvolto in un accordo di ristrutturazione del debito o in un piano attestato, assume rilevanza il disposto dell'articolo 101, comma 5 del Testo unico delle imposte sui redditi, il quale prevede che le perdite su crediti sono deducibili:

- se risultano da elementi certi e precisi e, in ogni caso,
- se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, ai sensi dell'articolo 182 *bis* legge fallimentare o un piano attestato, ai sensi dell'articolo 67, comma 3 della stessa legge, o è assoggettato a procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni.

La norma in commento stabilisce anche un **riferimento temporale** a decorrere dal quale il debitore può dirsi assoggettato ai descritti istituti. In particolare, per quanto qui interessa:

- per gli accordi di ristrutturazione, dalla data del decreto di omologazione dell'accordo stesso;
- per i piani attestati, dalla data della sua iscrizione nel Registro delle imprese;
- per le procedure estere equivalenti, dalla data di ammissione.

NOTA BENE

L'iscrizione del piano nel Registro delle imprese rappresenta una mera facoltà per il debitore.

Ai sensi del successivo comma 5 *bis*, per i crediti vantati nei confronti dei debitori assoggettati alle suddette procedure, la deduzione della perdita è ammessa nel periodo di imputazione in bilancio, anche qualora tale imputazione avvenga in un periodo d'imposta successivo a quello a decorrere dal quale il debitore si considera assoggettato alla relativa procedura. Ciò, peraltro, a condizione che l'imputazione a conto economico non avvenga in un periodo d'imposta successivo a quello in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si sarebbe dovuto procedere alla cancellazione del credito dal bilancio.

Da quanto sopra emerge che:

- la perdita su crediti è deducibile fiscalmente se e nella misura in cui è imputata a conto economico (a tal fine rilevando anche eventuali svalutazioni dei crediti già imputate a conto economico in precedenti esercizi);
- il contribuente può decidere liberamente di imputare e dedurre la perdita nel periodo intercorrente tra la data di avvio della relativa procedura e il momento in cui il credito deve essere cancellato dal bilancio secondo corretti principi contabili;
- qualora, nel corso del citato periodo, la perdita sia imputata a conto economico in un de-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

terminato esercizio sociale, la deduzione fiscale ne consegue automaticamente, ma anche obbligatoriamente (cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano 2020);

- la norma sembra attribuire rilevanza all'oggettiva condizione di crisi dell'impresa e non a quella soggettiva dei singoli creditori, di talché autorevole dottrina ritiene che anche i creditori che non abbiano sottoscritto l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 182 *bis* siano legittimati a dedurre le perdite sui crediti vantati nei confronti del debitore che abbia ottenuto l'omologazione dell'accordo (cfr. *Consorzio Studi e ricerche fiscali del Gruppo Intesa- Sanpaolo*, circolare 28 novembre 2012, n. 4);
- relativamente al termine ultimo per la deducibilità della perdita, il Principio contabile Oic 15 "Crediti" stabilisce che il credito debba essere cancellato dal bilancio quando si estinguono i diritti contrattuali sui relativi flussi finanziari. In particolare, come previsto dall'Oic 19 "Debiti", l'obbligazione contrattuale in capo al debitore si estingue a decorrere dal momento a partire dal quale l'accordo diviene efficace tra le parti. Tale data coincide, per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, con quella in cui l'accordo viene pubblicato presso il Registro delle imprese, ovvero, qualora sia subordinato all'omologa da parte del tribunale, con la data dell'omologa.

Per i piani di risanamento attestato occorre invece riferirsi alla data di formale adesione dei creditori.

13.2.1 Regime ai fini Irap

Avendo riguardo alle società commerciali, le perdite su crediti sono espressamente escluse dal computo della base imponibile ai fini Irap, ancorché classificabili nella voce B.14) del conto economico. Restano parimenti indeducibili le svalutazioni dei crediti, in quanto classificabili nella voce B.10) lettera d), non rilevante nella determinazione del valore della produzione.

13.3 Gli aspetti Iva

Per quanto qui interessa, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 3 *bis* dell'articolo 26 del Dpr 26 ottobre 1972, n. 633, come da ultimo modificato ed integrato dall'articolo 18 del Dl 25 maggio 2021 n. 73, convertito nella legge 23 luglio 2021, n. 106, il soggetto passivo che abbia emesso e registrato ai fini Iva una fattura per un'operazione da esso effettuata, ha diritto di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla **variazione in diminuzione**, debitamente registrandola nei libri Iva, per il mancato pagamento del corrispettivo, in tutto o in parte, da parte del cliente, a causa di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato *ex* dell'articolo 182 *bis* legge fallimentare, ovvero di un piano attestato *ex* dell'articolo 67, comma 3, lettera *d)* della stessa legge, pubblicato nel Registro delle imprese. Ai sensi del successivo comma 5, il debitore che abbia già registrato l'operazione di acquisto ai fini Iva, deve conseguentemente registrare la variazione, nei limiti della detrazione originariamente operata.

Si evidenzia che le modifiche apportate all'articolo 26 per effetto del menzionato Dl 73/2021 riguardano le "procedure concorsuali" avviate successivamente alla data di entrata in vigore di tale decreto e non comportano, invece, novità per le procedure oggetto del presente contributo (per un approfondimento, cfr. la circolare dell'agenzia delle Entrate 29 dicembre 2021, n. 20/E, e la circolare Assonime 15 marzo 2022, n. 10).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ciò posto, per quanto concerne il diritto, in capo al creditore, di emettere una **nota di credito** al fine di recuperare l'Iva in relazione alla riduzione, in tutto o in parte, del proprio credito per effetto dell'accordo di ristrutturazione ovvero del piano attestato, osserviamo quanto segue:

- il riferimento a tali procedure è stato introdotto dal Dlgs 21 novembre 2014, n. 175, con lo scopo di coordinare la disciplina delle perdite su crediti ai fini delle imposte sui redditi e dell'Iva (cfr. la relazione illustrativa al Dlgs 175/2014);
- a seguito della stipula di un accordo di ristrutturazione omologato ovvero di un piano attestato registrato, il fornitore che abbia emesso fattura in relazione a un'operazione non pagata dal debitore, ha la possibilità di recuperare la relativa Iva (cfr. circolare 30 dicembre 2014, n. 31/E), a partire dalla data, rispettivamente, del decreto di omologa ovvero di pubblicazione nel Registro, senza quindi dover attendere la conclusione di tali procedure (a differenza di quanto avveniva per le procedure concorsuali avviate fino al 26 maggio 2021, per le quali la norma pro- tempore in vigore richiedeva espressamente che fossero «rimaste infruttuose»);
- la nota di credito deve essere emessa entro la data di presentazione della dichiarazione Iva relativa all'anno in cui si è verificato il presupposto per operare la variazione in diminuzione, coerentemente con i termini ordinari per l'esercizio della detrazione (in tal senso, circolare dell'agenzia delle Entrate del 17 gennaio 2018, n. 1/E);
- la detrazione della relativa imposta può essere operata nella liquidazione del periodo con riferimento al quale è stata emessa la nota di credito o, al più tardi, nella dichiarazione Iva annuale di riferimento (cfr. agenzia delle Entrate, circolare del 29 dicembre 2021, n. 20/E)

Quanto poi agli **adempimenti** in capo al debitore che abbia ottenuto la riduzione dei propri debiti e abbia ricevuto la nota di credito, si è detto che ai sensi dell'articolo 26, comma 5, è tenuto a registrarla e, conseguentemente, a far concorrere la relativa Iva alla liquidazione di periodo.

Invero, erano sorte talune incertezze sul punto, in quanto l'agenzia delle Entrate aveva avuto modo di chiarire che nelle ipotesi di procedure concorsuali (quali il fallimento o il concordato preventivo), il debitore aveva l'obbligo di registrare la nota credito ricevuta, ma non di versare all'Erario la relativa Iva (cfr. risoluzione 12 ottobre 2001, n. 155/E e circolare n. 8/E del 7 aprile 2017, in tema di fallimento; risoluzione 17 ottobre 2001, n. 161/E e risposta a interpello 30 ottobre 2018, n. 54 in tema di concordato preventivo).

Tali interpretazioni sono state fatte proprie dal legislatore che, con il già citato articolo 18 del Dl 73/2021, ha introdotto un ulteriore periodo al menzionato comma 5 dell'articolo 26, prevedendo che l'obbligo di registrare la nota credito e di far concorrere l'Iva alla relativa liquidazione non si applica per le "procedure concorsuali" avviate successivamente alla data del 26 maggio 2021.

Al riguardo, segnaliamo che anche precedentemente a detta disposizione l'agenzia delle Entrate aveva, in via interpretativa, escluso che l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano attestato potessero essere ricondotti alla nozione di procedure concorsuali.

In particolare, era stato chiarito che in ipotesi di piano attestato *ex* articolo 67, comma 3 legge fallimentare, il debitore ha l'obbligo non solo di registrare la nota di variazione in diminuzione, ma anche di procedere al riversamento della relativa Iva all'erario (cfr. la risposta a interpello 17 dicembre 2018, n. 110, che prende le mosse dalla circolare 8 aprile 2016, n. 12/ E). Le motivazioni addotte dall'agenzia delle Entrate si rendono parimenti applicabili anche all'ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 182 *bis* legge fallimentare (cfr. risposta a interpello 13 maggio 2021, n. 340).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

Attestazioni e professionista indipendente

Gilberto Montecchi

SOMMARIO: 14.1 Piano di risanamento attestato – 14.2 Accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari" – 14.3 Accordi di ristrutturazione dei debiti "agevolati" – 14.4 Accordi ad efficacia estesa – 14.5 Convenzione di moratoria – 14.6 Transazione fiscale (e contributiva) – 14.7 Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione – 14.8 Conclusioni

L'articolo 2 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, alla lettera o), definisce il "**professionista indipendente**" come "*il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa*".

L'articolo 67, terzo comma, lettera d), della legge fallimentare - che costituiva, in quanto richiamata da tutte le altre, la norma di riferimento in ordine ai requisiti professionali e di indipendenza che doveva possedere il professionista attestatore - prevedeva che il professionista indipendente, designato dal debitore, fosse "*iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b)" e che "il professionista [era] indipendente quando non [era] legato all'impresa e a coloro che [avevano] interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista [doveva] essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del Codice civile e non [doveva], neanche per il tramite di soggetti con i quali [era] unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo*".

Con riguardo ai titoli professionali per essere designato quale attestatore indipendente, oltre all'iscrizione nel registro dei revisori legali, la disposizione della legge fallimentare richiedeva il possesso dei requisiti previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo 28, ossia essere avvocato, dottore commercialista o ragioniere commercialista, ovvero essere uno studio professionale associato o una società tra professionisti, i cui soci appartenessero a tali categorie professionali (in tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, doveva essere designato il professionista responsabile dell'attestazione). Restavano, pertanto, esclusi gli esperti contabili e i soggetti che potevano

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

essere nominati curatori fallimentari ai sensi della lettera c) dell'articolo 28 della legge fallimentare (cioè "*coloro che [avessero] svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non [fosse] intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento*"). Ad ogni buon conto, si osserva come - nella pratica - il doppio requisito dell'iscrizione nel registro dei revisori legali e nell'albo professionale rendeva l'attività di attestatore appannaggio pressoché esclusivo dei commercialisti.

La nuova norma, ferma restando l'iscrizione nel registro dei revisori legali, fa invece riferimento all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese disciplinato dagli articoli 356 e seguenti del Codice.

Si tratta dell'albo, che sarà istituito presso il Ministero della Giustizia, *"dei soggetti che su incarico del giudice svolgono, anche in forma associata o societaria, funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dal presente codice"*.

Oltre che per svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, l'iscrizione in tale albo sarà necessaria, a regime, per assumere l'incarico di professionista indipendente.

Possono ottenere l'iscrizione nell'albo i soggetti che, oltre ad aver assolto specifici obblighi di formazione, sono in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, primo comma, lettere *a), b)* e *c)*, ossia:

a) gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;
b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;
c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Rispetto alla situazione precedente, potranno dunque essere nominati curatore, commissario giudiziale o liquidatore anche i consulenti del lavoro che siano iscritti nell'albo per cui se ne ricava che gli stessi, purché siano revisori legali, potranno assumere anche gli incarichi di professionista indipendente.

Dovrebbero invece continuare a restare esclusi gli esperti contabili in quanto, pur se il riferimento è all'albo "dei dottori commercialisti e degli esperti contabili", l'ordinamento professionale – articolo 1, terzo comma, lettera *d)* – prevede che per *"l'incarico di curatore, commissario giudiziale e commissario liquidatore nelle procedure concorsuali"* è riconosciuta competenza tecnica per l'espletamento delle relative attività ai soli iscritti nella Sez. A dell'albo, ossia ai dottori commercialisti e ai ragionieri commercialisti.

Si segnala, inoltre, che – attraverso l'ottenimento dell'iscrizione nell'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice della crisi e dell'insolvenza – anche i professionisti che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative (nell'articolo 28 della legge fallimentare il riferimento è alle sole società per azioni), dando prova di adeguate capacità imprenditoriali, se iscritti nel registro dei revisori legali, potranno essere incaricati di rilasciare le attestazioni di legge.

Ai fini del primo popolamento dell'albo, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui al già citato articolo 358, comma 1, lettere *a), b)* e *c)* che documentano di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

essere stati nominati, alla data di entrata in vigore del Codice della crisi, in almeno due procedure negli ultimi quattro anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali. Condizione per il mantenimento dell'iscrizione nell'albo sarà l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale.

Quanto invece ai requisiti di indipendenza, la definizione di «professionista indipendente» contenuta nell'articolo 2 del Codice, rispetto alla precedente disposizione, aggiunge che l'attestatore (il termine "attestatore" – si segnala anche, nella prassi, l'utilizzo del termine "asseveratore" – viene qui utilizzato come sinonimo di "professionista indipendente"), oltre a non aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stato membro degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, non deve aver posseduto partecipazioni in essa. Si tratta di una precisazione del tutto ovvia nel momento in cui deve essere valutata l'indipendenza come *status* mentale al fine dell'obiettività di giudizio.

Si rileva come i requisiti del professionista attestatore divergano da quelli previsti dall'articolo 3 del decreto legge 118/2021 per ottenere l'iscrizione negli elenchi degli esperti tenuti dalle CCIAA regionali ai fini della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa. La definizione di "**esperto**", essendo stata inserita la composizione negoziata nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è ora contenuta nella lettera *o-bis)* dell'articolo 2 del Codice. Si tratta del *"soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata"*.

Il Codice conferma, tra gli **strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza** (definiti dalla lettera *m-bis)* dell'articolo 2 come *"le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi"*) – che comprendono anche il concordato preventivo e le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento – sia il piano attestato di risanamento, sia l'accordo di ristrutturazione, classificando entrambi come "accordi", con i primi che sono definiti "strumenti negoziali stragiudiziali" ed i secondi che rientrano tra gli "strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione".

Questi ultimi comprendono anche gli accordi di ristrutturazione agevolati, quelli ad efficacia estesa, le convenzioni di moratoria (che, a dire il vero, non richiedono l'omologazione) e la transazione fiscale e contributiva.

Sono, inoltre, introdotti (articolo 64 *bis*) i piani di ristrutturazione soggetti a omologazione (una disamina dei diversi strumenti è presente in A.

Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento dell'impresa*, Giuffrè, 2014).

14.1 Piano di risanamento attestato

Con riguardo al piano di risanamento attestato, l'articolo 56 del Codice ne conferma la natura negoziale stragiudiziale (il che comporta la *non consecutio* in caso di successiva apertura di una procedura concorsuale), introducendo la previsione del contenuto minimo del piano, non presente nella legge fallimentare.

Viene, infatti, precisato che il *"piano deve avere data certa e deve indicare:*

a) la situazione economico- patrimoniale e finanziaria dell'impresa;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

b) le principali cause della crisi;
c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative;
d) gli apporti di finanza nuova;
e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto".

L'obiettivo del piano deve essere il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed il riequilibrio della sua situazione finanziaria.

Si tratta dunque di un istituto destinato alle ipotesi di continuità aziendale per cui se ne deve escludere l'applicazione nei casi di insolvenza irreversibile. L'istituto deve intendersi riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale in quanto i suoi effetti, che sono l'esenzione da revocatoria e dai reati di bancarotta preferenziale e semplice, ne escludono l'utilità negli altri casi. Il piano può essere pubblicato [*rectius:* iscritto] nel registro delle imprese su richiesta del debitore (l'iscrizione viene normalmente richiesta quando ricorrono le condizioni per ottenere i conseguenti benefici fiscali).

Rispetto alla normativa attuale, è ora previsto che il piano attestato debba essere "rivolto" ai creditori. Tale previsione potrebbe essere interpretata nel senso di escludere l'applicabilità di tale istituto (la conseguenza negativa potrebbe essere la mancata copertura da revocatoria e dai reati di bancarotta preferenziale e semplice) a quei piani che siano redatti e fatti attestare senza che vi siano alla base delle convenzioni con il ceto creditorio.

Pur se si tratta di casi rari, non mancano – nell'applicazione del vigente articolo 67, comma 3, lettera *d),* della legge fallimentare – esempi "virtuosi" di piani attestati non "imposti" dai creditori bensì predisposti dall'impresa in una fase precoce della crisi ed ancora in autonomia finanziaria, al fine di dare corso al risanamento nell'ambito di un istituto "protetto" e dunque in un contesto di corretta gestione imprenditoriale.

Il piano di risanamento attestato si fonda, infatti, di regola *anche* su accordi con i principali creditori diretti a ristrutturare l'indebitamento, ma ciò non è essenziale secondo la norma attualmente vigente. Il piano, infatti, può basarsi anche soltanto sulla dismissione di cespiti non necessari all'imprenditore e/o sull'adozione di una ristrutturazione industriale che non prevede interventi sul passivo. Si tratta di un effetto, forse nemmeno voluto, che – salvo diverse interpretazioni – potrebbe finire per limitare l'applicabilità dell'istituto.

Fondamento dei piani attestati di risanamento è l'attestazione del professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità economica e giuridica del piano.

Circa le attività che il professionista deve svolgere al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, nulla cambia rispetto a quanto avviene oggi.

Le due attestazioni previste nel caso di piano attestato di risanamento rientrano, infatti, tra quelle c.d. "generali" sulla fattibilità del piano e sulla veridicità dei dati aziendali, con la seconda che è strumentale alla prima.

L'attestatore potrà – anzi, dovrà – dunque basare la propria attività sulla base delle *best practice* in materia (che saranno sicuramente riviste ed aggiornate a fronte della riforma), tra le quali si segnalano:

› i "**Principi di attestazione dei piani di risanamento**", predisposti da Accademia Italiana di Economia Aziendale, Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari, Associazione Professionisti Risanamento Imprese ed Osservatorio Crisi e Risanamento delle

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Imprese, ed approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in data 16 dicembre 2020 (revisione della I edizione del settembre 2014), la cui rilevanza ha trovato riconoscimento in varie pronunce giurisprudenziali di merito;

- il "**Principio internazionale sugli incarichi di *assurance* (ISAE) n. 3400 – L'esame dell'informativa finanziaria prospettica**" *(International Standard on Assurance Engagements*, ISAE, n. 3400 *"The examination of prospective financial information"* dell'International Auditing and Assurance Standards Board, IAASB, pubblicato in lingua inglese dall'International Federation of Accountants, IFAC, e tradotto in italiano dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, con la collaborazione di Assirevi e con il permesso di IFAC);
- le "**Linee-guida per il finanziamento delle imprese in crisi**", predisposte da Università degli Studi di Firenze – Dipartimento di Scienze Giuridiche, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e Associazione fra le Società Italiane per Azioni – Assonime, seconda edizione 2015;
- i "**Principi per la redazione dei piani di risanamento**", predisposti da Accademia Italiana di Economia Aziendale, Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari, Associazione Professionisti Risanamento Imprese ed Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese, con il recepimento delle osservazioni del Gruppo di Lavoro Area Procedure Concorsuali del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, la cui versione aggiornata (rispetto alla I edizione del 2017) è stata pubblicata il 26 maggio 2022.

Sulla base di tali *best practice* risulta come l'attestatore deve rilasciare un esplicito giudizio sulla veridicità dei dati aziendali che è strumentale al giudizio di fattibilità del piano, con la conseguenza che il perimetro di controllo è circoscritto alla base dati su cui si fondano le previsioni del piano, potendosi anche verificare situazioni in cui siano riscontrati dati non veritieri, senza che per questo sia inficiata la veridicità complessiva dei dati sui quali è costruito il piano. Tale attività di verifica è quindi diversamente articolata, a seconda delle dimensioni dell'azienda, del suo assetto amministrativo- contabile e dell'ambiente di controllo e non costituisce una revisione contabile completa, essendo finalizzata unicamente all'espressione del giudizio di veridicità e fattibilità del piano nel suo insieme.

L'attestatore non deve quindi esprimere un giudizio sui bilanci precedenti, né sulla correttezza della gestione in tali esercizi.

Data la diversa natura del lavoro e tenuto conto dei tempi normalmente limitati a disposizione dell'attestatore, l'applicazione dei principi di revisione sarà solo parziale (in tale contesto risulta particolarmente importante una corretta valutazione del rischio di errori significativi). L'attestatore deve verificare che il piano contenga una chiara descrizione delle caratteristiche dell'azienda e del contesto in cui opera.

Nel verificare la base dati contabile, l'attestatore si deve concentrare particolarmente sulle poste patrimoniali, verificandone i criteri di valutazione.

L'attestatore deve poi verificare se nel piano siano state correttamente individuate le cause della crisi per appurare se le misure previste siano in grado di rimuoverle.

L'indicazione delle cause della crisi – che compete al debitore – rileva, infatti, ai fini della comprensione e dell'analisi dei dati aziendali e la loro corretta individuazione deve essere verificata ai fini dell'espressione del giudizio sulla fattibilità. Ciò vale sia per i piani liquidatori, sia per quelli in continuità anche se rispetto a questi ultimi occorre che l'attestatore presti maggiore

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

attenzione nel complesso vaglio cui è chiamato, posto che solo una corretta individuazione delle cause della crisi consente di definire in modo adeguato il tipo d'intervento da compiere.

L'attestatore dovrà, quindi, valutare se il piano contenga un'adeguata disamina dei principali indicatori economici e finanziari per consentire l'individuazione delle cause dell'insorgenza del declino e della crisi e del loro livello di gravità.

Con riguardo alla fattibilità del piano, l'attestatore deve verificare che le principali assunzioni poste a fondamento della strategia di risanamento siano esplicitate nel piano e valutarne la fondatezza, verificando altresì che, tra di esse, sia presente, se significativa, la stima della evoluzione della domanda di mercato per i principali prodotti/servizi dell'azienda e dei relativi prezzi di riferimento.

L'attestatore controllerà l'evoluzione prevista dei rapporti commerciali del debitore con i principali clienti, fornitori e aziende *partners*, in termini di reazioni alla situazione di crisi aziendale e della possibilità di un loro recupero/miglioramento e accerterà che nella descrizione delle assunzioni strategiche siano rappresentate le tendenze recenti e le possibili dinamiche future caratterizzanti il settore economico di riferimento.

La strategia di risanamento deve presentare una significativa discontinuità rispetto ai fattori che hanno determinato la crisi (da cui l'importanza di una corretta diagnosi) e deve basarsi su ipotesi tra loro coerenti, a loro volta fondate su informazioni provenienti da fonti attendibili.

Secondo quanto riportato nei Principi di attestazione dei piani di risanamento, l'attestatore deve approcciarsi con un atteggiamento di «scetticismo professionale» proporzionale alla gravità della crisi». Egli verificherà che il piano sia tradotto in programma d'intervento *(action plan)* che evidenzi le azioni previste, i tempi di realizzo e i responsabili aziendali di ciascuna azione.

Dovrà inoltre accertare se le ipotesi sulle grandezze economiche e finanziarie siano compatibili con la strategia formulata e se le previsioni di flussi economici e finanziari abbiano una loro coerenza interna, rispetto ai dati consuntivi, ed esterna, rispetto ai dati di mercato.

La verifica dei dati di piano richiede un'indagine sui dati previsionali, il cui avveramento è incerto. Per la verifica della ragionevolezza dei dati prospettici, i Principi di attestazione dei piani di risanamento fanno riferimento al sopra citato ISAE 3400 che suddivide i dati previsionali in base al grado di oggettività e d'incertezza degli elementi prospettici, distinguendoli tra *forecasts* (previsioni) e *projections* (proiezioni o previsioni ipotetiche). Per *forecast* s'intende un dato relativo a eventi futuri che il *management* si attende che si verificheranno o relativo ad azioni che il *management* medesimo intende intraprendere (si tratta di dati prospettici condizionati da elementi ragionevolmente oggettivi o fondati sugli eventi futuri più probabili). Le *projections* sono, invece, dati previsionali elaborati sulla base di assunzioni ipotetiche, relativi ad eventi futuri e ad azioni del *management* che non necessariamente si verificheranno. È principalmente su queste ultime che l'attestatore dovrà concentrare le proprie valutazioni critiche al fine di verificare la tenuta del piano.

L'attestatore dovrà invece rifiutare di esprimersi su dati prospettici fondati su ipotesi soggettive e prive di supporto logico.

L'attestatore completerà le proprie verifiche in ordine alla fattibilità del piano mediante adeguate analisi di sensitività (*stress test*), cioè simulazioni che consentano di valutare come si modificano i valori del piano al verificarsi di variazioni delle sue assunzioni (di particolare importanza è la verifica del rispetto dei *covenants* di solito presenti negli accordi con le banche).

Il giudizio di fattibilità si sostanzia dunque in una valutazione prognostica circa la realizza-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

bilità dei risultati attesi riportati nel Piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione.

14.2 Accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari"

Per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari" previsti dall'articolo 57 del Codice, aventi una natura che può essere definita "para- concorsuale", la novella – rispetto all'attuale articolo 182 *bis* F. Fall. – precisa che gli stessi *"devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico- finanziario che ne consentono l'esecuzione"*, fissando anche qui il contenuto del piano con richiamo alle modalità indicate nell'articolo 56 per i piani di risanamento attestati.

Il quarto comma dell'articolo 57 prevede che il *"professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3"*, ossia: "a) *entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;* b) *entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione"*.

È stato quindi sancito normativamente quanto ormai pacificamente riconosciuto da tutti gli operatori, ossia, da un lato, che gli accordi devono essere fondati su di un piano (la norma parla di "piano economico- finanziario", ma più propriamente deve trattarsi di un piano industriale, completo della componente qualitativa) e, dall'altro lato, che il professionista indipendente non deve solo attestare l'attuabilità dell'accordo in ordine alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge, ma anche la fattibilità del piano su cui è basato l'accordo stesso.

Nella sostanza, anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari", con riguardo all'attività ed alle attestazioni che è chiamato a rilasciare il professionista indipendente, non vi sono particolari novità. Con l'articolo 58 del Codice è stato esplicitato che se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, l'attestazione deve essere rinnovata (e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori che sono parte degli accordi) in caso di modifiche sostanziali degli accordi. È previsto inoltre che, qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta quelle idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indipendente il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel Registro delle Imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata in quanto entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al Tribunale.

14.3 Accordi di ristrutturazione dei debiti "agevolati"

Quanto precede vale anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti "agevolati" di cui all'articolo 60 del Codice. Gli accordi "agevolati" prevedono la riduzione alla metà, ossia al 30%, del *quorum* dei creditori aderenti all'accordo, e sono ammessi a condizione che il debitore non proponga la moratoria dei crediti estranei e non richieda le misure protettive temporanee. Quan-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

to all'attestazione, gli accordi "agevolati" non richiedono nulla di diverso rispetto agli accordi "ordinari".

14.4 Accordi ad efficacia estesa

Passando agli accordi ad efficacia estesa di cui all'articolo 61 del Codice, che non devono essere basati su piani aventi carattere liquidatorio (salvo il caso dell'accordo ad efficacia estesa solo nei confronti di intermediari finanziari ai sensi del quinto comma), si osserva sul punto come la lettera *d)* del secondo comma dell'articolo 61 preveda la necessità che i *"creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale"*. La norma non prevede espressamente che tale miglior soddisfacimento sia attestato da un professionista indipendente, a meno che non si voglia ritenere che tale attestazione debba essere contenuta in quella "generale" sulla veridicità dei dati aziendali, sulla fattibilità economica e giuridica del piano e sull'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

14.5 Convenzione di moratoria

Con riguardo alla convenzione di moratoria di cui all'articolo 62 del Codice, in base alla lettera *d)* del secondo comma dell'articolo 62, occorre che *"un professionista indipendente, abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui alla lettera c)"*, ossia che "*vi siano concrete prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale"*.

Come si vede, nel caso della convenzione di moratoria la novella richiede espressamente, al contrario di quanto accade per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, che sia attestata la convenienza per i creditori coartati rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

14.6 Transazione fiscale (e contributiva)

Ultimo istituto stragiudiziale rientrante tra gli accordi è la transazione fiscale (e contributiva) prevista dall'articolo 63 del Codice. La novità più importante riguarda il fatto che, ai sensi del comma 2 *bis* di tale norma, "*Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli articoli 57, comma 1, e 60, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*".

L'attestazione del professionista indipendente diventa dunque centrale posto che il Tribunale su questa deve basarsi nel momento in cui deve decidere di omologare un accordo senza l'a-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

desione dell'Amministrazione finanziaria. Il primo comma dell'articolo 63 richiede, infatti, che la relazione del professionista indipendente *"relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale"*.

14.7 Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

Con l'ultimo decreto correttivo è stato inserito nel Codice anche il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione con il quale l'imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi o di insolvenza può prevedere il soddisfacimento dei creditori, previa suddivisione degli stessi in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, distribuendo il valore generato dal piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 Cc e – salvo per i crediti di lavoro dipendente – alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, purché la proposta sia approvata dall'unanimità delle classi. Anche per questo strumento è previsto (articolo 64 *bis*, comma 3) che un *"professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano"*.

14.8 Conclusioni

L'importanza delle attestazioni rese dal professionista indipendente nell'ambito degli strumenti negoziali stragiudiziali è stata dunque, per quanto sopra esposto, confermata dal legislatore anche nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Con riguardo al concordato preventivo, durante lo svolgimento dei lavori delle varie commissioni era stata ventilata la possibilità che la figura dell'attestatore fosse eliminata, demandando i suoi compiti al commissario giudiziale. Alla fine, però, la figura dell'attestatore è stata mantenuta anche nel concordato, venendo così ulteriormente confermata la centralità di tale figura in tutto il sistema di regolazione della crisi d'impresa.

Si segnala, da ultimo, come tra le modalità di conclusione delle trattative nell'ambito della composizione negoziata, l'articolo 23, comma 1, lettera *c),* del Codice, quando sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'impresa, vi sia la conclusione di *"un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324"* e che, con *"la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza"*. Dato che gli effetti sono l'esenzione da revocatoria (articolo 166) e dai reati di bancarotta (articolo 324), ossia i medesimi – in ambito stragiudiziale – del piano attestato, appare evidente come all'esperto siano demandati compiti che, al di fuori della composizione negoziata, sarebbero quelli propri del professionista indipendente nell'ambito del piano attestato di risanamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

I reati penali nelle procedure di regolazione della crisi

Francesco Ardito

SOMMARIO: 15.1 Dalla legge fallimentare al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 15.2 Struttura del Titolo IX del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 15.3 Reati nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nei piani attestati e nella liquidazione coatta amministrativa – 15.4 Reati nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e nella procedura di composizione della crisi

15.1 Dalla legge fallimentare al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

L'approvazione del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice) costituisce l'epilogo di una complessa attività legislativa con la quale è stata radicalmente mutata la concezione delle procedure concorsuali: dalla natura punitiva-liquidatoria delle procedure concorsuali, in particolare del fallimento, in quanto finalizzate alla liquidazione del patrimonio del debitore e al conseguente soddisfacimento dei creditori, si è passati alla continuità dell'attività d'impresa quale valore da tutelare (natura conservativa-protettiva) perché la distruzione di un soggetto economico non sempre (anzi, quasi mai) porta maggiore ricchezza, attraverso la distribuzione del ricavato della sua liquidazione di quanto se ne possa ricavare dal suo risanamento e dal conseguente riposizionamento sul mercato.

Se gli interventi precedenti, pur incidendo in modo significativo e profondo sull'assetto complessivo della materia, non si erano però spinti sino ad un completo superamento della disciplina di cui al Rd 16 marzo 1942, n. 267 (L. Fall.), il Dlgs 14/2019 ha affidato a un nuovo *corpus* normativo la disciplina organica delle procedure concorsuali per l'impresa e per il debitore-persona fisica.

Sul piano penalistico il quadro generale delle incriminazioni è rimasto sostanzialmente invariato e gli interventi, sporadici e contingenti, che si sono avuti solo a partire dal 2009, hanno lasciato sostanzialmente inalterato il quadro sanzionatorio anche perché si trattava di interventi finalizzati essenzialmente ad adeguare il diritto penale alle innovazioni che avevano caratterizzato la disciplina civilistica[1]. Un immobilismo che è proprio anche del nuovo Codice della crisi

1 In particolare: l'estensione delle disposizioni penale della legge fallimentare all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza (articolo 95 del Dlgs 8 luglio 1999, n. 270); la novella del reato di bancarotta fraudolenta impropria in occasione della riforma dei reati societari; la riforma del delitto di ricorso abusivo al credito (articolo 218 L. Fall.) ad opera della legge 28 dicembre 2005, n. 262; la scomparsa, in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

d'impresa e dell'insolvenza, tant'è che la *Relazione illustrativa*[2] si preoccupa di precisare che *"la legge delega esclude la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo; per quanto si sia in presenza di una rivisitazione generale della materia cui è sotteso un diverso modo di porsi del legislatore di fronte al fenomeno dell'insolvenza, manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare".*

Ma si tratta di un immobilismo che ha generato un'anacronistica discrasia tra la disciplina civilistica e il correlativo sistema sanzionatorio penale scolpita dall'inedito principio di continuità delle fattispecie criminose[3] "*quasi che i rapporti tra i paradigmi di incriminazione possano essere definiti a tavolino dal legislatore, e non debbano invece impostarsi sul raffronto tra gli archetipi astratti consegnati dal diritto positivo*"[4] .

Al di là delle modifiche lessicali conseguenti all'abbandono dei termini "*fallimento", "procedura fallimentare", "fallito"* e loro derivati che vengono sostituiti, rispettivamente, con le espressioni "*liquidazione giudiziale", "procedura di liquidazione giudiziale"* e *"debitore assoggettato a liquidazione giudiziale"* e loro derivati (articolo 349 Codice), per il resto gli interventi operati con il Dlgs 14/2019, perlopiù di piccola ortopedia giuridica e finalizzati essenzialmente ad evitare cortocircuiti pratici, costituiscono in realtà una rinunzia da parte del legislatore a intervenire in maniera strutturale sulle singole figure criminose al fine di rendere armonico il sistema nei suoi diversi profili.

Uno iato tra i due piani (quello civilistico-concorsuale e quello penalistico) che sarà certamente fonte di incertezze dal punto di vista ermeneutico e applicativo, anche perché la mancanza di una visione d'insieme del fenomeno dell'insolvenza, rende difficile il dialogo tra i due settori dell'ordinamento e, nello stesso tempo, appare del tutto anodino, se non proprio insensato, rimettere all'interprete la ricerca di un punto di coerenza fra i singoli frammenti del sistema. Il rischio concreto è di sublimare gli atavici effetti della bancarotta[5] mentre il Codice si muove in senso inverso lungo il crinale della conservazione dell'impresa tanto da relegare, anche topograficamente, la liquidazione giudiziale all'ultimo posto nella sequenza delle procedure concorsuali.

E ancora. Questa asistematicità tra il diritto concorsuale e le fattispecie penalistiche si riflette

---

forza del Dlgs 12 settembre 2007, n. 169 di alcuni istituti, quali la riabilitazione del fallito, il fallimento con procedura sommaria e l'amministrazione controllata, ha comportato l'abrogazione implicita totale o parziale delle norme (articoli 241, 221 e 236 L. Fall.) che vi facevano riferimento; l'introduzione dell'articolo 217 bis, ad opera del Dl 30 luglio 2010, n. 78 convertito nella legge 30 luglio 2010 n. 122, in forza del quale non sono inquadrabili nelle fattispecie di bancarotta preferenziali e semplice i pagamenti e le operazioni realizzate nella prospettiva di un piano di risanamento, di un accordo di ristrutturazione ovvero di un concordato preventivo; l'articolo 19 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 prevede, poi, specifiche ipotesi di reato dei debitori e dei membri dell'organismo di composizione della crisi, affiancato all'imprenditore nella redazione del piano di ristrutturazione dei debiti da proporre ai creditori; infine, il Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto l'articolo 236 bis L. Fall. ovvero una specifica norma volta a sanzionare la condotta fraudolenta del cosiddetto "professionista attestatore", chiamato a svolgere la funzione certificativa nell'ambito delle nuove figure di composizione della crisi d'impresa.

2 In http://documenti.camera.it.

3 Nella Relazione illustrativa, cit., è espressamente precisato che "le norme riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare".

4 CAVALLINI, Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza? in Dir.pen.proc., 2019, p. 1333.

5 CAVALLINI, Il diritto della crisi e il codice "dimezzato": nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?, cit., p. 1334.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

in negativo sul principio della proporzione-ragionevolezza della sanzione penale: non si può chiamare a rispondere l'imprenditore solo per non aver impedito la crisi d'impresa, alla luce di una generalizzata posizione di tutela del patrimonio dell'azienda, tanto più che la crisi non può più essere semplicemente ricondotta alla colpa dell'imprenditore ma, anzi, vi è la consapevolezza della frequente estraneità dai fattori della crisi delle condotte o delle omissioni dell'imprenditore. Invece, in forza del principio di proporzione- ragionevolezza che valorizzi il nucleo di disvalore della condotta tipica, l'imprenditore dovrebbe essere responsabile solo per aver intenzionalmente diminuito la garanzia creditoria attraverso modalità di condotte appropriative e artificiose oppure per aver colposamente aggravato il passivo.

È lecito, quindi, chiedersi come mai il legislatore, nell'ambito di una riforma così ampia, non abbia voluto superare la distanza fra i due piani e quale sia il vero motivo di questa scelta. Se la volontà del legislatore fosse stata quella di fare affidamento sulla capacità di auto-assestamento del sistema, allora ci troveremmo dinanzi ad un legislatore miope perché non sembra proprio che l'interprete possa, salvo a non essere in possesso di virtù taumaturgiche, superare e risolvere contraddizioni di natura sistemica interne al diritto positivo. La verità forse è più semplice di quanto si possa immaginare nel senso che il momento in cui la frattura tra il sistema sanzionatorio penalistico e la base civilistica è così ampia e profonda e il legislatore non se l'è sentita di colmarla, la vera motivazione di questa scelta (o meglio, non scelta) non può che essere individuata nella mai sopita funzione palingenetica (tanto cara al legislatore) della sanzione penale, vista l'incapacità di rinvenire altri strumenti per contenere fenomeni di malcostume.

Per cui se il diritto civile fallimentare ha subito una stagione di grande fermento in virtù di una serie di riforme che ne hanno modificato la tradizionale fisionomia nella direzione della razionalizzazione e modernizzazione dell'impianto complessivo delle procedura concorsuali, le fattispecie penali sono rimaste immutate, pur se forgiate su modelli economici, storici e sociali orami tramontati, perché il legislatore si è posto in una posizione di tranquillità: quelle fattispecie, quell'armamentario sanzionatorio, che addirittura sottopone alle sanzioni del reato di bancarotta anche fatti posti in essere in situazioni nelle quali l'insolvenza non sussiste o, comunque, non è stata giudizialmente dichiarata, assicura una funzione general preventiva che però non è propria della sanzione penale e tutela, secondo l'impostazione del legislatore, valori e beni giuridici che sono in realtà diversi ed estranei rispetto a quelli propri della fattispecie penale, anzi che sono completamente estranei alla teoria costituzionale dei beni[6] .

15.2 Struttura del Titolo IX del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il Titolo IX del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, intitolato "*Disposizioni penali*" è suddiviso in cinque Capi, aventi rispettivamente a oggetto i *"Reati commessi dell'imprenditore in liquidazione"* (articoli da 322 a 328), i *"Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale"* (articoli da 329 a 340), le *"Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrati-*

6 Sulla teorica dell'illecito penale fondato costituzionalmente, MUSCO, L'illusione penalistica, Milano, 2003, p. 55 e ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

va" (articoli da 341 a 343), i *"Reati commessi nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento"* (articoli 344 e 344[7]), e, infine, il *"Disposizioni di procedura"* (articoli 346 e 347).

La *Relazione illustrativa*[8] precisa che *"si tratta di norme che riproducono sul piano delle condotte incriminate le corrispondenti previsioni della legge fallimentare"*: gli articoli da 322 a 326 corrispondono agli articoli da 216 a 222 L. Fall. e puniscono allo stesso modo le condotte del fallito e dell'imprenditore in liquidazione giudiziale; analogamente gli articoli 329 e 340 riproducono gli articoli 223 e 224 L. Fall.; rispetto all'articolo 236 *bis* L. Fall. è stata meglio precisata la condotta incriminata, specificando il contenuto delle informazioni rilevanti la cui omissione costituisce reato.

Invece, non hanno trovato ingresso nel Codice le disposizioni di all'articolo 235 L. Fall. in materia di omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari che, peraltro, si ritenevano già implicitamente abrogate a seguito della legge 18 agosto 2000, n. 235 in tema di informatizzazione dei protesti cambiari che ha radicalmente rimosso l'obbligo di cui all'articolo 13 L. Fall. di trasmissione degli elenchi al presidente del tribunale.

15.3 Reati nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, nei piani attestati e nella liquidazione coatta amministrativa

Il Capo III del Titolo IX del Codice disciplina i reati che sono suscettibili di essere realizzati nelle ulteriori procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza, quali il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani attestati e la liquidazione coatta amministrativa.

La disarmonia legislativa tra disciplina civilistica e penalistica che è già stata evidenziata in relazione alla liquidazione giudiziale, si accentua ancor di più per gli altri istituti, in particolare in riferimento al concordato preventivo che ormai si differenzia in maniera netta rispetto alla liquidazione giudiziale (ieri fallimento) perché si pone nell'ottica di gestire il dissesto dell'impresa al fine di consentire la prosecuzione e il risanamento dell'attività, tant'è che la componente liquidatoria è ormai residuale rispetto a quella preminente della continuità aziendale.

A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione. Il presupposto per l'accesso alle procedure diverse dalla liquidazione non è l'insolvenza dell'impresa, bensì la crisi della stessa e ciò determina l'irragionevolezza di una equiparazione a fini penalistici di tale ipotesi e il caso in cui l'impresa risulti dichiarata in liquidazione giudiziale (fallita).

Pertanto, la circostanza che l'impresa che può avere accesso al concordato preventivo è un soggetto non in stato d'insolvenza, ma solo in crisi, implica che il legislatore ho voluto estendere la possibilità di far ricorso a soluzione alternative alla liquidazione anche quando le difficoltà economiche e finanziarie non presentano ancora il carattere della irreversibilità, ma lo squilibrio patrimoniale si trova in uno stato di potenziale rimediabilità: non pare ragionevole assoggettare

7 L'articolo 345 che aveva introdotto la fattispecie delittuosa del "Falso in attestazione dei componenti dell'OCRI", costruita sulla falsariga del "falso in attestazione", è stato abrogato dall'articolo 40 del decreto recante modifiche al Codice della crisi in attuazione della c.d. Direttiva Insolvency, approvato il 15 giugno 2022 dal Consiglio dei Ministri, come conseguenza dell'abrogazione delle procedure di allerta e composizione della crisi, la cui entrata in vigore era già stata posticipata, prima dell'abrogazione, al 31 dicembre 2023 dall'articolo1, primo comma letter d) del Dl 24 luglio 2021, n. 118, convertito dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147 (cosiddetto primo correttivo).

8 In http://documenti.camera.it.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

alla medesima cornice edittale di pena condotte che sono prive del disvalore tipico della bancarotta, considerato il mutato presupposto di ammissione al concordato preventivo.

In una prospettiva *de jure condito* il primo comma dell'articolo 341 Codice sanziona con la reclusione da uno a cinque anni *"l'imprenditore, che, al solo scopo di ottenere l'apertura della procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o il consenso alla sottoscrizione della convenzione di moratoria, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti"*[9].

La fattispecie è posta a tutela delle procedure conservative, anche se recente giurisprudenza l'ha qualificata come reato plurioffensivo contro l'amministrazione della giustizia e contro il patrimonio dei creditori[10]].

Soggetto attivo del reato è solo l'imprenditore commerciale e non può esserne estesa l'applicazione anche ai titolari di funzioni organiche nell'ambito di imprese sociali, perché ciò si porrebbe in contrasto con il principio del divieto di analogia in materia penale[11]. Ma si tratta di una disparità di trattamento del tutto incomprensibile e irragionevole dal momento che gli organi gestori della società possono chiedere l'ammissione al concordato preventivo per conto delle società che rappresentano e, quindi, realizzare le stesse condotte dell'imprenditore, pur non essendo ricompresi fra i possibili autori della fattispecie penale[12].

L'elemento materiale del reato è costituito da due distinte condotte: l'attribuzione di attività inesistenti prima dell'ammissione alla procedura e la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti successivamente all'ammissione e prima delle deliberazioni dei creditori. È evidente che le due condotte hanno finalità diverse: la prima ad essere ammessi alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli stessi alla sottoscrizione della convenzione di moratoria; la seconda ad influire sulla formazione delle maggioranze.

---

9 La norma è sostanzialmente identica all'articolo 236 L. Fall.

10 Cassazione, 26 gennaio 2002, n. 3736 in Riv.pen., 2000, p. 694 secondo cui il delitto di cui all'articolo 236, comma 1 L. Fall. "è, plurioffensivo, contro l'amministrazione della giustizia e contro il patrimonio dei creditori. Tutela, da una parte, la regolarità e la legalità della procedura, diretta e controllata dall'autorità giudiziaria che deve verificare la legittimità formale e di merito e, quindi, la convenienza economica della proposta di concordato che postula la verità della situazione patrimoniale riportata nella prescritta documentazione. Tutela dall'altra parte, l'interesse dei creditori a non essere tratti in inganno da atti di frode e determinati dall'errore indotto all'approvazione della proposta che, intervenuta a maggioranza all'interno dell'adunanza di essi, che opera, ex articolo 177 della legge, come organo intermedio della procedura, è momento strumentale e necessario rispetto alla successiva fase di omologazione – articoli 174-181".

11 Cassazione, 2 giugno 1989, n. 14773 in Riv.trim.dir.pen.econ., 1991, p.137. In una successiva decisione la Suprema Corte, pur non affrontando in maniera diretta la problematica, ha comunque attribuito il reato al socio di una società in nome collettivo (Cassazione 3736/2000, cit.).

12 CALETTI, Gli articoli 236 e 237 L. Fall.: i reati nelle procedure concorsuali diverse dal fallimento, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), Diritto penale dell'economia, cit., p. 2166; 322; SOANA, I reati fallimentari, cit., p. 432; MUSCO-ARDITO, Diritto penale fallimentare, cit., p. 219. A parere di GUIDI, Le sanzioni penali in materia di concordato preventivo tra vecchia e nuova disciplina, in PACCHI-GUERRINI-DE FLAMMINEIS (a cura di), Disposizioni penale nel codice della crisi d'impresa, cit., p. 121 la ratio di tale limitazione potrebbe essere rinvenuta nella circostanza che, per gli amministratori e gli altri soggetti apicali della società, sono già previste nell'ordinamento figure delittuose che puniscono l'esposizione di dati falsi nel bilancio e nelle altre comunicazioni sociali (ad esempio, le false comunicazioni sociali di cui all'articolo 2621 Cc. Ma, va osservato, che non è affatto scontato che le condotte di cui all'articolo 341 primo comma Codice siano riconducibili nello schema di tipicità del reato di falso in bilancio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Per ciò che concerne l'attribuzione di attività inesistenti, normalmente viene compiuta nello *"stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività"* che l'imprenditore deve presentare ai sensi dell'articolo 39 primo comma Codice, ma può anche avvenire successivamente a tale momento, mediante atti o dichiarazioni aggiuntive, però comunque prima del decreto con cui il tribunale ammette il ricorrente alla procedura di concordato preventivo; la simulazione dei crediti inesistenti ha ad oggetto i crediti vantati da terzi verso l'imprenditore.

Il secondo comma dell'articolo 341 Codice estende alla procedura del concordato preventivo alcune incriminazioni tipiche della liquidazione giudiziale, tramite la tecnica del rinvio.

In particolare, la lettera *a)* prevede l'applicabilità degli articoli 329 e 330 Codice (bancarotte improprie fraudolente e semplici) agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società che accedono al concordato; la lettera *b)* del secondo comma dell'articolo 341 Codice estende le disposizionirelative alle bancarotte fraudolente e semplici, il ricorso abusivo al credito, la denuncia di creditori inesistenti all'institore dell'imprenditore che *"nella gestione affidatagli si sia reso colpevole"* (articolo 333 Codice); la lettera *c)* del comma 2 dell'articolo 341 Codice estende i reati del curatore di cui agli articoli 334 e 335 Codice al commissario giudiziale del concordato; infine, la lettera *d)* del comma 2 dell'articolo 431 Codice rende applicabili le disposizioni riguardanti le domande di ammissione di crediti simulati e le distrazioni senza concorso con l'intraneo e il mercatodi voto ai creditori, mediante il rinvio agli articoli 338 e 339 Codice.

Appare evidente la contraddittorietà sotto il profilo del soggetto attivo: il mancato richiamo agli articoli 322 e 323 fa sì che l'imprenditore individuale non può mai essere assoggettato a responsabilità penale per bancarotta nel concordato preventivo. Si tratta di una discrasia di trattamento, indubbiamente grave, ma rispetto alla quale la giurisprudenza di legittimità ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale[13].

Il terzo comma dell'articolo 341 Codice prevede che le disposizioni di cui al comma, lettere *a), b)* e *c)* si applicano *"nel caso di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa o di convenzione di moratoria, nonché nel caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo48, comma 5".*

La norma presenta differenze rispetto al corrispondente comma 3 dell'articolo 236 L. Fall.

Innanzitutto, il riferimento agli *"accordi di ristrutturazione",* contenuto nell'articolo 236 L. Fall., viene sostituito con gli "*accordi di ristrutturazione ad efficaci estesa"* generalizzata di cui all'articolo 61, commi da uno a quattro, Codice che ricalcano il modello del concordato in continuità[14].

---

13 Cassazione, 6 ottobre 1999, n. 12897 in De Jure in cui la Suprema Corte precisa che "quanto alla pretesa disparità di trattamento degli amministratori di società rispetto agli imprenditori individuali va osservato che la Corte di Cassazione nella sentenza n. 10517 del 7 dicembre 1983, Totaro citata ha dichiarato la questione manifestamente infondata e la Corte Costituzionale (CC 18 maggio 1989 n. 268 in Riv. trim. dir. pen. economia 1989 p. 551) la ha ritenuta infondata. L'articolo 236 comma 2 n. 1 L. Fall. punisce a titolo di bancarotta i fatti seguiti da concordato preventivo o da amministrazione controllata, ma non reprime, quando vi è decreto di ammissione ad una delle due procedure considerate, i fatti di bancarotta propria, ossia realizzati dall'imprenditore individuale. La disparità di trattamento voluta dal legislatore, in verità, trova più di una giustificazione ragionevole e plausibile diverse essendo le posizioni tra i due soggetti e le conseguenze dell'esercizio dell'azione penale sull'impresa. In effetti, come è stato autorevolmente sostenuto, la bancarotta impropria appare, sotto un profilo morale, più grave della bancarotta propria, nel senso che l'imprenditore individuale danneggia, o mette in pericolo, oltreché gli interessi dei creditori, il proprio patrimonio, mentre il soggetto attivo della bancarotta impropria pone a rischio o diminuisce soltanto il patrimonio della società. Inoltre le società commerciali sono, di regola, economicamente più importanti delle imprese individuali, onde il danno sociale causato dalla bancarotta impropria, specie ai dipendenti ed ai terzi, oltre che alla economia pubblica è maggiore".

14 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa cosiddetta "generalizzata" possono essere conclusi con

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Viene in questo modo ampliato il novero delle condotte punibili che, in aggiunta agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari di cui al quinto comma dell'articolo 61 Codice (cosiddetti *accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa speciale*), ora può essere posta in essere anche alle condotte poste in essere nell'ambito degli accordi di ristrutturazione di cui ai commi da uno a quattro dell'articolo 61 Codice.

Per ciò che concerne le convenzioni di moratoria, erano già contemplate nel terzo comma dell'articolo 236 L. Fall. e continuano ad essere menzionata nell'articolo 341 comma 3 Codice, anche se l'istituto, disciplinato dall'articolo 62 Codice, non è più circoscritto, come avveniva in base all'articolo 182 *septies* L. Fall., alle convenzioni stipulate con le banche o intermediari finanziari, ma si estende ad ogni convenzione di moratoria conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente 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 non comporti la rinunzia al credito.

Venendo ora alla omologazione degli accordi di ristrutturazione, si tratta di una fattispecie disciplinata dall'articolo 48, quinto comma Codice, secondo cui *"il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57, comma 1, 60 comma 1, e 109 comma 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria".*

L'articolo 342 Codice, che si pone in continuità con l'articolo 316 *bis* L. Fall., stabilisce al primo comma che *"il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4* [piani attestati di risanamento]*, 57, comma 4* [accordo di ristrutturazione dei debiti]*, 58 commi 1 e 2* [rinegoziazione degli accordi e modifiche del piano]*, 62, comma 2, lettera d)* [convenzioni di moratoria] *, 87, comma 3* [piani di concordato]*, 88, commi 1 e 2* [proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi]*, 90, comma 5* [proposte di concordato concorrenti]*, 100, commi 1 e 2* [richiesta di autorizzazione al pagamento di crediti pregressi nel caso di concordato con continuità aziendale]*, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro".*

La norma fa entrare nel sistema dei reati concorsuali il professionista attestatore, cioè un soggetto estraneo alla struttura organizzativa e amministrativa dell'impresa in crisi ma che comunque riveste un ruolo di rilievo nelle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale, con la finalità di salvaguardare l'interesse dei creditori a ricevere dall'attestatore informazioni esaustive circa la veridicità e sostenibilità dei piani e degli strumenti di superamento della crisi d'impresa; interesse che costituisce il presupposto per una consapevole adesione al piano presentato dall'imprenditore.

I commi 2 e 3 dell'articolo 342 Codice prevedono due circostanze aggravanti: la prima, ad ef-

qualunque tipologia di creditori, senza vincoli quanto alle caratteristiche soggettive dell'indebitamento ma con vincoli oggettivi (accordi di carattere non liquidatorio e che prevedano il soddisfacimento dei creditori in misura "significativa e prevalente"con il ricavato della continuità aziendale, la maggioranza qualificata del 75% dei creditori aderenti appartenenti alla categoria di riferimento, ecc.). In presenza di tali condizioni, l'accordo vincola anche i creditori che non vi partecipino.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fetto comune (aumento della pena sino a un terzo), riguarda le ipotesi in falso nelle attestazioni e nelle relazioni sia commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri; la seconda, ad effetto speciale (aumento della pena sino alla metà), riguarda l'ipotesi in cui dal fatto consegue un danno per i creditori.

L'articolo 343 Codice nel dettare disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, al primo e secondo comma, riproduce l'articolo 237 L. Fall. attraverso l'ennesimo ricorso alla tecnica del rinvio. Il primo comma stabilisce che *"l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza a norma degli articoli 296 e 297 è equiparato alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente titolo* [cioè del Titolo IX]"; il comma 2, tramite un rinvio recettizio, estende le disposizioni sui reati del curatore (articoli 334, 335 e 336 Codice) al commissario liquidatore.

La versione originaria dell'articolo 342 Codice non riproduceva anche il comma 3 dell'articolo 237 L. Fall. che, aggiunto dall'articolo 100, secondo comma, Dlgs 16 novembre 2015, n. 180, di attuazione della direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, stabiliva che *"nel caso di risoluzione, si applicano al commissario speciale di cui all'articolo 37 del decreto di recepimento della direttiva 2014/59/ UE e alla persone che lo coadiuvano nell'amministrazione della procedura le disposizioni degli articoli 228, 229 e 230".*

Si è trattato di una vera e propria dimenticanza[15] cui il legislatore ha posto rimedio con l'articolo 34, comma 1, Dlgs 26 ottobre 2020, n. 147 che, a decorrere dal 1° settembre 2021, secondo quanto stabilito dall'articolo 42, primo comma, Dlgs 147/2020 medesimo, ha introdotto un comma 3 all'articolo 343 Codice che, nell'ipotesi di risoluzione, estende al commissario speciale e ai suoi coadiutori, le fattispecie delittuose del curatore (articoli 334, 335 e 336 Codice).

15.4 Reati nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e nella procedura di composizione della crisi

Il Capo IV del Titolo IX prevede due fattispecie incriminatrici, segnatamente il delitto di falso nella procedura di esdebitazione (articolo 344 Codice) e di falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI (articolo 345 Codice), quest'ultima abrogata dall'articolo 40 del decreto legislativo n. 83 del 17 giugno 2022 recante modifiche al Codice della crisi.

In riferimento alla prima fattispecie, il primo comma dell'articolo 344 Codice riproduce, sia per struttura che per sanzioni (la reclusione da sei mesi a due anni e la sanzione dal € 1.000,00 a € 50.000,00), l'articolo 16 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (così come modificata dalla legge 22/2012) regolante la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Il secondo che, invece, ha un vero e proprio contenuto di novità, introduce la responsabilità penale a carico del debitore incapiente che abbia prodotto documentazione falsa o contraffatta al fine di accedere alla procedura di esdebitazione ovvero, una volta ammesso a tale beneficio, non adempia agli obblighi informativi a suo carico. Dal canto suo, il terzo comma, sulla scia di quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 16 legge 3/2012, sanziona penalmente (con la reclusione da uno a tre anni e la multa da € 1.000,00 a € 50.000,00) il componente dell'organi-

15 BRICHETTI, Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare, cit., p. 89.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

smo di composizione della crisi che attesti il falso con riguardo alla consistenza del patrimonio del debitore, estendendone la punibilità anche con riferimento alla procedura di esdebitazione del sovraindebitato incapiente di cui all'articolo 283 Codice.

In sostanza, l'articolo 344 Codice incrimina le condotte di falso commesse al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento o al cosiddetto concordato minore (articolo 344, primo comma lettere *a), b)* e *c)* Codice); le condotte di effettuazione di pagamento in violazione del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore omologato (lettera *c)*); le condotte di aggravio della posizione debitoria (lettera *d)*); infine, quelle di non rispetto intenzionale dei contenuti del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore (lettera *e)*)[16].

Nell'eventualità che il socio ponga in essere condotte di falso o di aggravio della posizione debitoria le quali, qualora venga dichiarato in liquidazione giudiziale, integrano il reato di bancarotta, il possibile concorso di norme tra l'articolo 344 Codice e 322 e ss. Codice sembra possibile risolversi in forza della clausola di riserva di cui al primo comma dell'articolo 344 Codice, che esclude l'applicabilità dello stesso quando il fatto costituisce più grave reato, facendo propendere per l'applicazione esclusiva del reato di bancarotta.

Con la seconda fattispecie il legislatore aveva introdotto una nuova figura incriminatrice, sanzionando reclusione da due a cinque anni e la multa da € 50.000,00 a € 1000,000, *"il componente dell'organismo di composizione della crisi di impresa che nell'attestazione di cui all'articolo 19, comma 3,* [che] *espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati".*

Nello specifico, l'articolo 345 Codice puniva il componente dell'OCRI che avesse reso dichiarazioni false sui dati aziendali del debitore che intendeva presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo.

Il secondo comma prevedeva la circostanza aggravante ad effetto comune (aumento della pena sino al terzo) qualora il fatto fosse stato commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri; mentre il terzo comma, la circostanza aggravante ad effetto speciale (aumento della pena sino alla metà) qualora il fatto avesse determinato un danno per i creditori.

16 Non è stata riproposta la fattispecie di cui alla lettera c) dell'articolo 16 legge 3/2012 che prevede la punizione per il debitore "che omette l'indicazione dei beni dell'inventario di cui all'articolo 14 ter, comma 3, legge 3 del 2012, nella domanda al tribunale di liquidazione del suo patrimonio".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 16

Accordi di ristrutturazione dei debiti – i dati empirici

Gianluca Leotta, Gaetano Bentivegna

sommario: 16.1 L'accordo di ristrutturazione dei debiti nella normativa vigente – 16.2 Le statistiche – 16.3 I dati a livello territoriale – 16.4 Esito delle procedure – 16.5 Conclusioni

16.1 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella normativa vigente

Nell'impostazione originaria della Legge Fallimentare (*i.e.* L.F.), gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentavano per il debitore, unitamente ai concordati preventivi e ai piani attestati per il risanamento, uno strumento alternativo al fallimento che permetteva di evitare il verificarsi di tutti gli effetti - soprattutto personali e penali, oltre che civili - che si sarebbero realizzarsi[1] a seguito dalla dichiarazione di insolvenza.

In tale prospettiva, la normativa previgente prevedeva, per l'imprenditore in stato di crisi, la possibilità di chiedere, a determinate condizioni, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti[2], il cui accordo, sul piano negoziale, poteva assumere un contenuto assai vario[3].

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si caratterizzavano dunque per essere dei contratti stipulati tra un imprenditore in stato di crisi e una maggioranza qualificata dei suoi creditori, aventi ad oggetto la ristrutturazione dei debiti dell'impresa[4].

Nella prassi, tale istituto costituiva per l'imprenditore in crisi uno strumento tramite il quale creare tempi e spazi per un confronto con i creditori volto a definire tanto le azioni atte al ripagamento del debito quanto le misure strategico-operative necessarie per il risanamento del *business*. Tuttavia, studi[5] svolti nel decennio 2006 - 2016 volti ad analizzare l'operatività dello strumento in

1 Prof. G. Fauceglia, Avv. C. Trentini, Dott. E. Stasi, Dott. E. Daniele, Commento all'art.182 *bis* R.D. 267/1942, Wolters Kluwer.

2 Stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti.

3 Art. 182 *bis* R.D. n. 267/1942.

4 C.A. Giovanardi – L.M. del Majino, *Diversi percorsi per la gestione della crisi: il piano attestato, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo*, in Emersione e gestione della crisi d'impresa, Wolters Kluwer, 2022.

5 L. M. Cocco, E. Cavezzali, U. Rigoni, G. Simion, *Ristrutturazione del debito e rinascita aziendale: un'analisi empirica sulla soluzione italiana alla crisi d'impresa*, 2019. Si veda anche A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento dell'impresa*, Giuffrè, 2014; A. Danovi, V. Conca, L. Riva, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis della legge fallimentare. Un'analisi empirica*, in Economia e Management 4/2016.
Studi più recenti hanno poi contribuito ad un confronto con il concordato preventivo. Si veda in proposito A.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

questione hanno rilevato che gli accordi di ristrutturazione dei debiti non sono stati ampiamente utilizzati dai creditori in crisi, sia per via della difficile soluzione degli accordi sia perché tale istituto mal si conciliava con la ristrutturazione di aziende tendenzialmente in maggior stato di *distress*.

Come noto, negli ultimi anni il tema della ristrutturazione dell'azienda in crisi ha trovato nuovo vigore, specialmente dopo la recente crisi economica, ed è stato oggetto di profonde analisi tanto da parte delle istituzioni europee, che dal mondo accademico, che hanno condotto il legislatore nazionale a riformare il quadro della disciplina fallimentare nazionale.

In tale prospettiva, si inserisce il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito anche solo "CCI"), introdotto nel nostro ordinamento giuridico dal D.Lgs. n. 14/2019, che ha riformato l'intera disciplina della crisi d'impresa e delle procedure concorsuali, rappresentando un'importante svolta nella tutela dell'impresa, del debitore, sia esso individuale o collettivo, e delle ragioni creditorie.

Il CCI nella sua attuale formulazione ha quindi recepito e innovato gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ivi compresi gli accordi di ristrutturazione dei debiti (ivi disciplinati dall'art. 57 e ss.), al fine di garantirne una maggiore applicazione da parte degli imprenditori, anche non commerciali e diversi dagli imprenditori minori, in stato di crisi o di insolvenza.

L'art. 57 CCI, confermando quanto già previsto dalla precedente normativa, prevede che gli accordi di ristrutturazione dei debiti debbano essere conclusi con creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, recependo, sotto tale profilo, l'orientamento dottrinale secondo cui gli accordi di ristrutturazione sono strumenti utilizzati prevalentemente da società che non versano in uno stato di crisi qualificabile come irreversibile.

Ed infatti, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche nel CCI, rappresentano uno strumento giuridico per la soluzione della crisi che assicuri, in tutto o in parte, il soddisfacimento dei creditori[6], il cui obiettivo è quello di anticipare quanto più possibile l'insolvenza e l'emersione dello stato di crisi, salvaguardando la continuità dell'impresa medesima. Tale impostazione se da un lato consente all'imprenditore di poter valorizzare la propria autonomia negoziale nella predisposizione e negoziazione di accordi con i creditori, dall'altro dovrebbe favorire, almeno in linea teorica, l'utilizzo di tale strumento nella prassi commerciale.

16.2 Le statistiche

L'osservazione dei dati empirici più recenti evidenzia che, nel corso del triennio 2020 – 2022, si è registrata una diminuzione dei fallimenti e dei concordati preventivi mentre è aumentato il numero degli imprenditori che hanno fatto ricorso ad altri strumenti alternativi, come gli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* L.F. [7] (ora *ex* art. 57 CCI).

In particolare, i dati analizzati mostrano come le società che hanno richiesto l'accesso alle misure di regolazione della crisi d'impresa *ex* art. 182 *bis* L.F. (ora *ex* art. 57 CCI), nel triennio caratterizzato dalla crisi pandemica da COVID - 19, sono 170.

Danovi et al., *Business Continuity in Times of Distress: Debt Restructuring Agreements and Compositions with Creditors in Italy*, in QEF banca d'Italia n. 570/2020; e, A. Danovi, I. Donati, I. Forestieri, T. Orlando, A. Zorzi, *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, Il diritto fallimentare delle società commerciali, vol. 6-2021.

6 A. Munari, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2012.

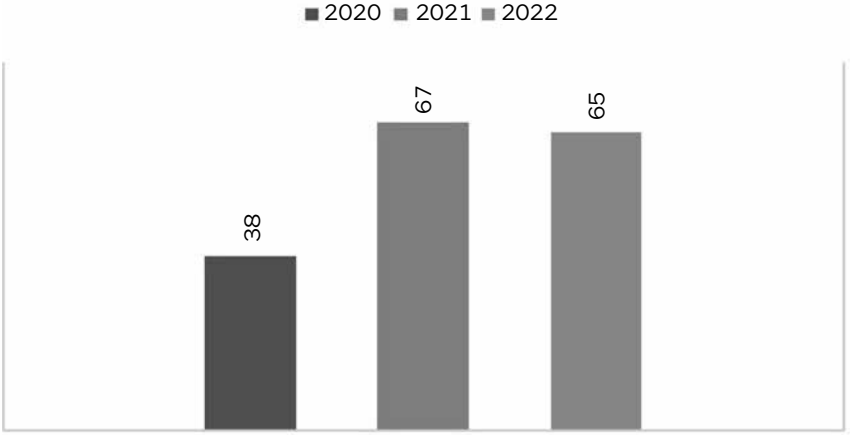
7 *Cfr*: Cerved Group osservatorio 4Q marzo 2021 N°43.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

I dati sono stati formulati sulla base di un dataset contenente le richieste formulate dai creditori su tutti i Tribunali nazionali. L'analisi dei dati ha fatto emergere un dato significativo, giacché ciascuna richiesta, se da un lato evidenzia i costi per la ristrutturazione di un'impresa, dall'altro mette in risalto anche i benefici che dalla stessa possono derivare talvolta salvaguardando gli *assets* aziendali e talvolta contenendo i livelli occupazionali, con la prospettiva di preservare la continuità aziendale.

Dall'analisi empirica svolta sul triennio 2020-2022, è emerso che il numero delle società che hanno presentato domanda di concordato misto (*i.e.* domande finalizzate all'accesso al concordato *c.d.* pieno, piuttosto che a un accordo di ristrutturazione dei debiti) è raddoppiato dal 2020 al 2021, mentre nei primi sei mesi dell'anno 2022, sulla base dei dati a disposizione[8], il numero è il medesimo rispetto a quello dell'anno precedente:

ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO - TRIENNIO 2020-2022



L'incremento delle suddette domande è sicuramente attribuibile ad una situazione di generale difficoltà economica/finanziaria delle imprese, dettata, da un lato, dalla pandemia, che ha inevitabilmente inciso sull'attività commerciale di tutte le imprese a livello nazionale e internazionale, e, dall'altro, dalla scarsità delle materie prime (come l'alluminio) e dal loro difficile reperimento sul mercato, circostanza che ha compromesso negativamente la produttività delle imprese e la loro capacità di far fronte alle richieste contrattuali. I ritardi e la ridotta qualità dei materiali consegnati dai fornitori hanno comportato, soprattutto nel settore industriale, una perdita importante di clientela che ha, a sua volta, inciso negativamente sull'equilibrio economico – finanziario delle imprese.

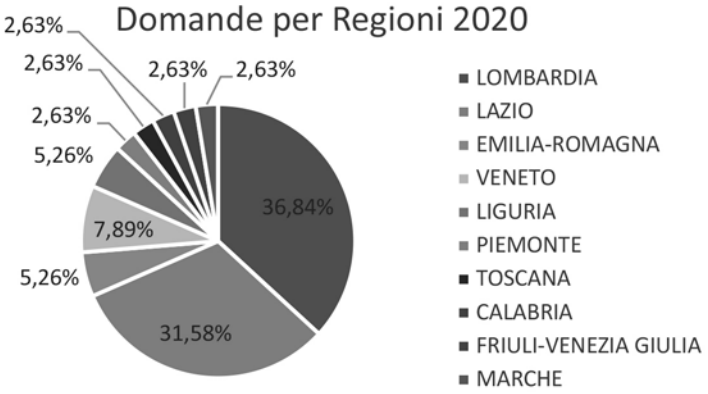
16.3 I dati a livello territoriale

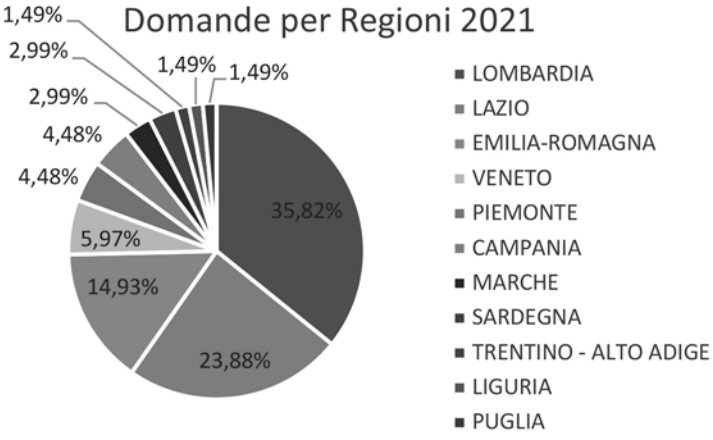
L'analisi svolta sulla base del dataset a disposizione, mostra come nel 2020 le società che hanno presentato domanda sono localizzate per più del 60% nelle regioni della Lombardia e del

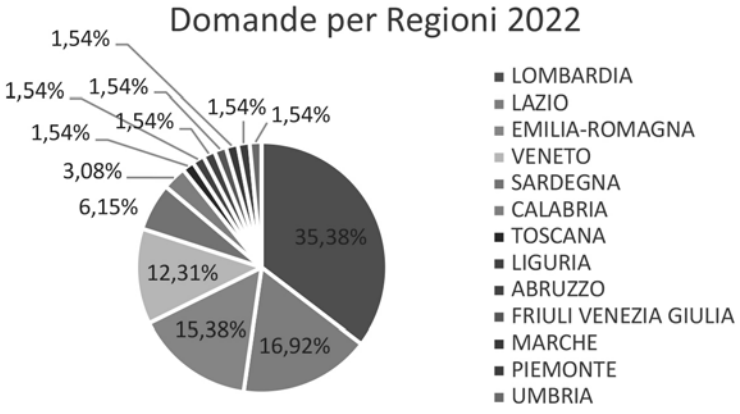
8 *Cfr.* Portale dei Creditori, Fallco, anno 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Lazio, con una sensibile diminuzione nella regione Lazio nel corso dell'anno 2021 e un ulteriore diminuzione al 16,92% nel corso dell'anno 2022[9].



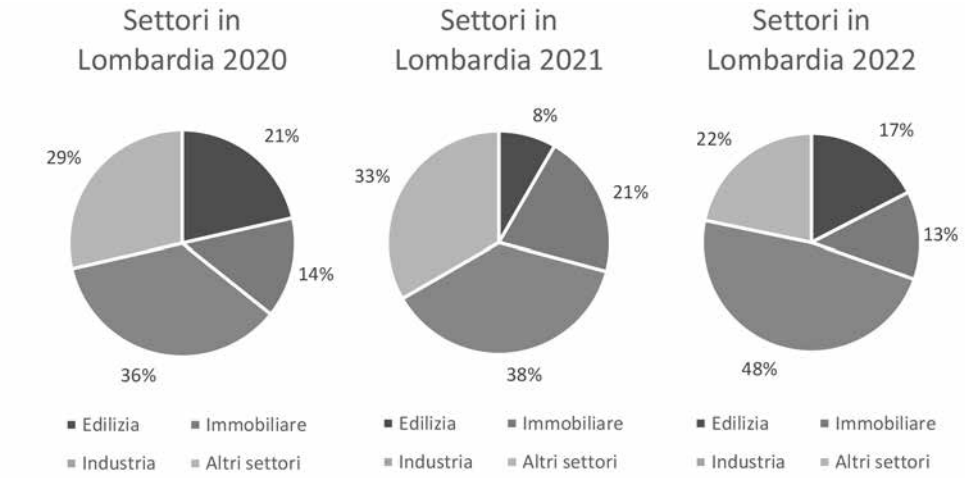




9 *Cfr.* Portale dei Creditori, Fallco, anno 2022.

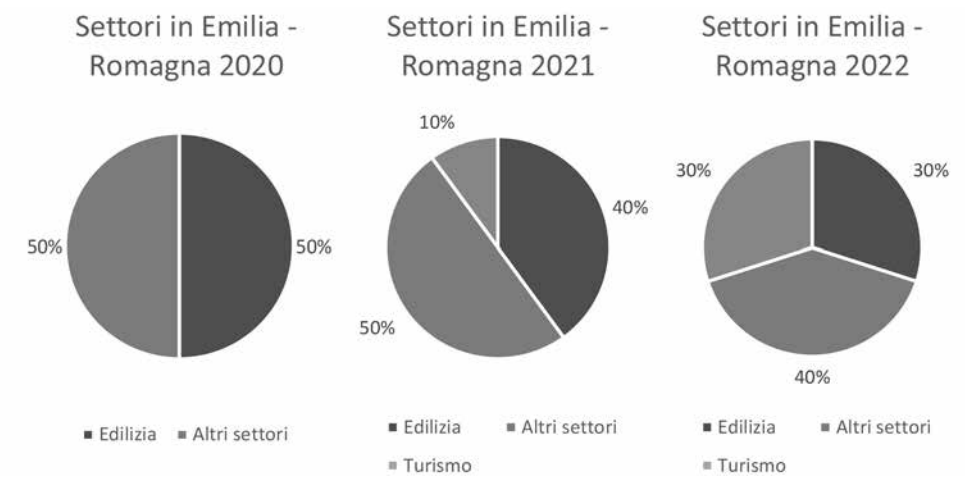
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A livello statistico, la regione Lombardia registra una costante di circa il 35% delle domande su tutto il triennio 2020 – 2022 presentate da parte di società che appartengono per lo più ai settori industriale, edile e immobiliare.



Fonte di preoccupazione, è anche il grande incremento delle domande presentate nell'Emilia – Romagna nel biennio 2021-2022.

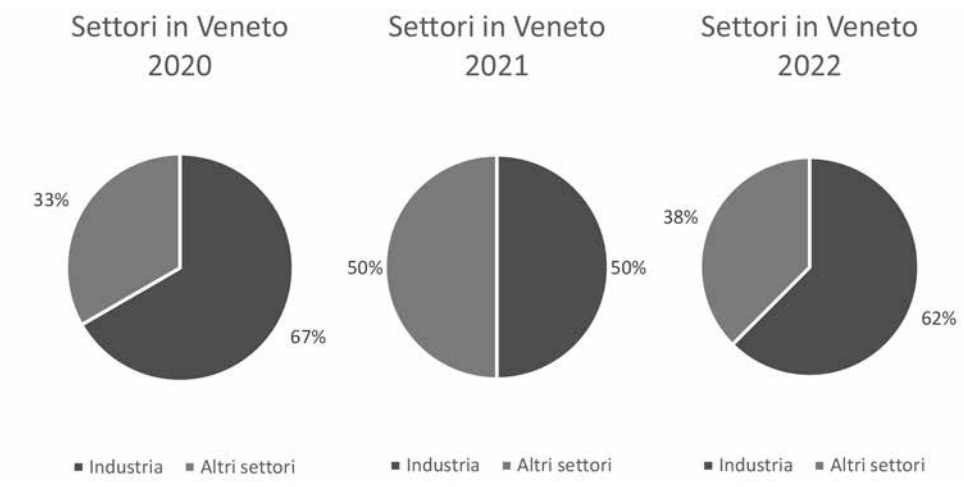
In questo caso, l'incremento di domande è conseguenza di una crisi che ha inciso particolarmente nei settori dell'edilizia e del turismo, come confermano i dati empirici, atteso che nel 2021 le società appartenenti a questi settori rappresentano il 50% di quelle che hanno presentato le domande, mentre nel corso dell'anno 2022 esse rappresentano il 60%.



Del pari, si registra un aumento di domande anche per le imprese collocate nella regione del Veneto, considerando che i dati relativi all'anno 2022 sono ancora parziali e la percentuale è già

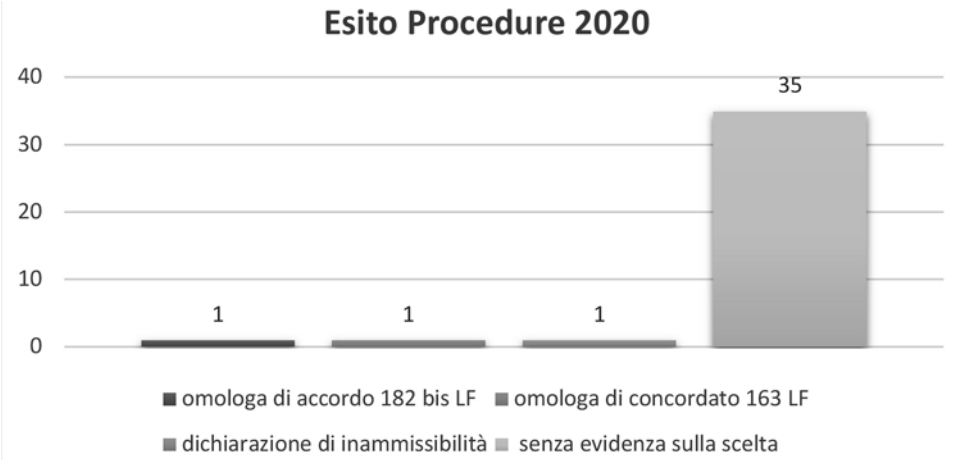
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

più che raddoppiata. Questo aumento è certamente identificabile nella difficoltà di reperire materie prime, come l'alluminio, essendo le società venete, perlomeno quelle che hanno presentato le domande, appartenenti per la maggior parte al settore industriale.



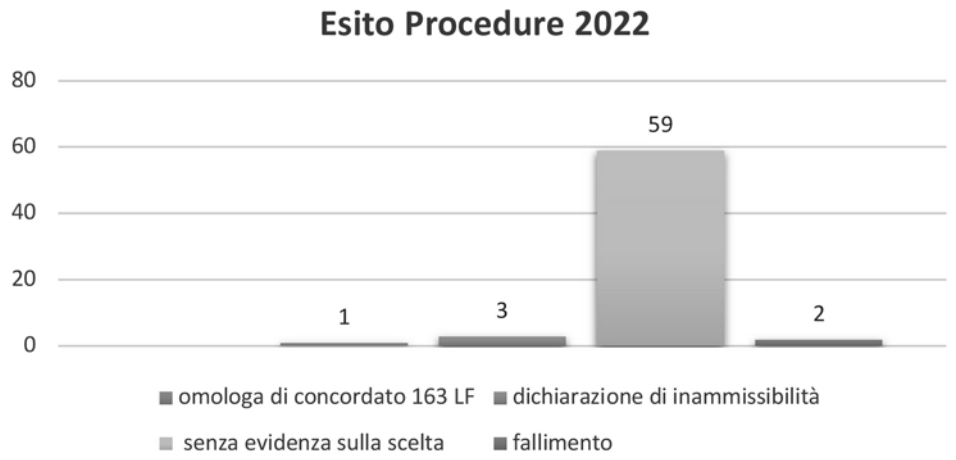
16.4 Esito delle procedure

Sotto il profilo dell'esito delle procedure avviate alla stregua delle domande presentate, si può rilevare che i dati a disposizione sono talvolta parziali e/o incompleti, considerate anche le tempistiche processuali che contraddistinguono le procedure in esame. Per tale ragione, sulla base dei dati analizzati per il triennio 2020 - 2022, si rileva un altissimo numero di procedure del cui esito non si ha ancora evidenza[10]:



10 *Cfr.* Portale dei Creditori, Fallco, anno 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE



L'analisi dei dati mostra, come una percentuale delle domande finalizzate a richiedere l'omologa degli accordi di ristrutturazione vada a buon fine, mentre altra parte sia stata dichiarata inammissibile o, in altri casi, siano sfociate nel fallimento delle imprese.

I suddetti esiti e i tassi di realizzabilità delle domande presentate sono dovuti, al pari degli anni precedenti, a diversi fattori, tra i quali *i)* la storicità dell'azienda, *ii)* le dimensioni aziendali e *iii)* il livello di *distress* economico/finanziario.

A tal riguardo, i dati empirici analizzati mostrano come le imprese inseriti in un *network* consolidato e che disponga di un *know-how* più strutturato dato il più prolungato periodo di attività alle spalle, hanno una maggiore capacità sul piano negoziale di concludere gli accordi di ristrutturazione, rispetto alle nuove imprese, che presentano una maggiore difficoltà di superare il *distress* finanziario.

Rispetto agli anni precedenti il 2020, l'unica variabile che, secondo gli studi svolti, dovrebbe contribuire ad incrementare la realizzabilità degli accordi in esame, soprattutto per le domande

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

presentate successivamente al 15 luglio 2022, è rappresentata dal nuovo quadro normativo, il cui fine, come *supra* anticipato, è quello di incentivare la ripresa economica/finanziaria delle società, garantire la continuità delle imprese e valorizzare sempre più il ricorso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, evitando quindi la liquidazione giudiziale.

16.5 Conclusioni

La crisi dell'azienda è una delle possibili fasi della vita di un'impresa. Contrariamente a quanto lo stesso termine può suggerire, la crisi aziendale può costituire anche un punto di rinascita del *business*, sia operativo che finanziario. La dottrina sul punto ha in diverse occasioni evidenziato come le ristrettezze finanziarie ed economiche imposte dalla crisi d'azienda possano spingere il *management* a reindirizzare le risorse rimaste verso i loro migliori usi, massimizzando il valore dell'impresa[11].

Dalle analisi empiriche a disposizione e dai campioni analizzati nel corso del triennio 2020 – 2022 è possibile giungere ad alcune conclusioni. I risultati dell'analisi empirica, infatti, forniscono un quadro piuttosto definito del tema.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentano un istituto giuridico ai quali le imprese sempre più spesso fanno ricorso, come mostrano i dati illustrati, al fine di recuperare e/o sanare le proprie criticità economiche – finanziarie e, allo stesso tempo, garantire, il più delle volte, la continuità aziendale.

Gli imprenditori tendono sempre più a salvaguardare la continuità d'impresa, mediante politiche volte a finalizzare accordi con i creditori, con i quali le imprese tentano di contenere la dispersione degli *asset* aziendali nel corso della fase negoziale ed evitare politiche incentrate sul taglio drastico dell'occupazione e dei costi aziendali, mirando in tal modo a una ripresa più rapida del *business*.

Rispetto agli anni precedenti il 2020, tra le variabili che, secondo gli studi svolti, sembrano aver contribuito ad incrementare il ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti, specie nell'anno 2022, un ruolo rilevante è svolto dal nuovo quadro normativo.

Il legislatore sembra aver voluto valorizzare questa circostanza, sia attraverso la regolamentazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti *tout court* sia attraverso la tipizzazione di alcune forme di accordi "a condizioni più agevolate", peraltro già previste nella previgente normativa, come ad esempio gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, *ex* art. 182 *septies* L.F. (ora art. 61 CCI) e gli accordi di ristrutturazione agevolati, *ex* art. 182 *novies* R.D. n. L.F. (ora art. 60 CCI).

La valorizzazione del ricorso agli accordi di ristrutturazione e, più in generale, degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa sarà determinata anche dalle nuove regole processuali introdotte dal CCI, il quale dispone "*il procedimento unitario*", volto ad esaminare nell'ambito dello stesso procedimento in via prioritaria la domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale.

Tuttavia, occorrerà esaminare nella prassi l'impatto della nuova normativa in termini di possibilità di accesso, ma soprattutto di omologazione e capacità di esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, al fine di comprendere la percentuale di utilizzo e "riuscita" degli stessi, tenendo conto, tra le altre cose, del ruolo fondamentale che all'interno degli stessi rivestiranno le diverse figure professionali coinvolte.

11 L. M. Cocco, E. Cavezzali, U. Rigoni, G. Simion, *op. cit.*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE V

Concordato preventivo con continuità aziendale

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

Il nuovo concordato preventivo: fattibilità del piano e criterio di non deteriorità

Stefano Ambrosini

SOMMARIO: 1.1 La fattibilità del piano come sua non manifesta inadeguatezza – 1.2 Le "attitudini" prescritte dalla legge per il piano in continuità – 1.3 L'interesse "generale" versus quello del creditore opponente – 1.4 Il criterio del trattamento non deteriore dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale – 1.5 Il (non indispensabile) requisito della convenienza/preferibilità del concordato – 1.6 Conclusioni

1.1 La fattibilità del piano come sua non manifesta inadeguatezza

Nella legge Fallimentare – come progressivamente modificata fino al 2019 – la fattibilità del piano di concordato[1] e la necessità di scrutinarla ad opera di un esperto indipendente sono postulate dal terzo comma dell'art. 161, ai sensi del quale – com'è a tutti noto – il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti della norma devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. *d),* che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Nel Codice della crisi del 2019, modificato dal decreto correttivo del 2020[2], il termine "fattibilità" è assai più ricorrente, comparendo esso – affiancato all'aggettivo "economica" – anzitutto negli artt. 47 e 48, dedicati, rispettivamente, all'apertura del concordato preventivo e all'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

---

1 In materia v. da ultimo, anche per riferimenti, A. Moscariello, Il controllo del tribunale sulla 'fattibilità economica' del piano di concordato preventivo con continuità aziendale, in Dir. fall., 2019, II, pp. 213 ss., e C. Costa, Il controllo di fattibilità del concordato preventivo tra vecchia disciplina e nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, ivi, 2020, I, pp. 331 ss. In precedenza, fra i molti lavori in argomento, R. Amatore, Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo, in Dir. fall., 2012, I, pp. 109 ss.; A. Jorio, Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice, in Giur. comm., 2012, II, 1107 ss.

2 Sulla disciplina del concordato preventivo a tutt'oggi contenuta nel codice della crisi v., fra i primi contributi, G. Fichera, Il concordato preventivo con continuità aziendale, in AA.VV., Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, nella collana "i quaderni di in executivis", a cura di C. D'Arrigo, L. De Simone, F. Di Marzio e S. Leuzzi, 2019, pp. 209 ss., e S. Ambrosini, Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale), in Ilcaso.it, 25 febbraio 2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In alcune disposizioni successive, invece, si parla *tout court* di "piano fattibile" (art. 85, c. 2), o di "fattibilità del piano" (art. 87, c. 2), senza aggettivazioni di sorta.

L'espressione "fattibilità economica" ricorre poi, notoriamente, anche al di fuori della disciplina concordataria: basti pensare alla norma sugli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56, c. 4) e agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57, c. 4); e in entrambi i casi l'espressione è correttamente riferita al piano che sta alla base dei predetti accordi e non già a questi ultimi.

In progresso di tempo la giurisprudenza ha fornito del concetto in esame una nozione sempre più restrittiva, che ha finito per coincidere con la manifesta inattitudine del piano concordatario a conseguire i propri obiettivi[3] : il che ha comportato una minor pregnanza del controllo giudiziale su tale requisito rispetto a una determinata giurisprudenza di merito degli esordi, connotata, per così dire, da un certo grado di "invadenza".

Questo opportuno chiarimento in sede nomofilattica ha indotto alcuni partecipanti al dibattito in corso, fra cui chi scrive[4], a domandarsi se non fosse preferibile adottare espressamente, da parte del legislatore, la definizione di matrice giurisprudenziale, apparendo il ricorso al sintagma "fattibilità" non esattamente irrinunciabile e anzi foriero di persistenti ambiguità interpretative.

Nel riformulare l'art. 47 il legislatore del 2022 (stando allo schema di decreto legislativo A.G. n. 374)[5] ha in primo luogo confinato il requisito della fattibilità del piano all'ambito del concordato liquidatorio (c. 1, lett. *a),* giacché non se ne trova traccia nella successiva lett. *b)* in tema di concordato in continuità (e la scelta è ribadita, come si vedrà, con riguardo allo scrutinio in sede di omologazione, salvo tuttavia prevedere il contrario l'art. 87, c. 3, in merito al contenuto dell'attestazione); in secondo luogo, ha opportunamente stabilito che tale fattibilità del piano va intesa, sempre in ambito liquidatorio, *"come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati".*

Quest'ultima formulazione riecheggia quasi *verbatim* il tenore dell'art. 7, c. 2, lett. *b)*[6], ove è prescritto – stavolta in via generale e quindi anche con riferimento al concordato in continuità – che, ai fini della trattazione prioritaria delle domande diverse da quella di liquidazione giudiziale, il piano *"non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati".* E proprio l'anzidetta previsione denota la volontà del legislatore di richiedere che ogni tipo di soluzione concordataria sia caratterizzata dalla fattibilità del piano necessariamente intesa in questa nuova e più circoscritta accezione.

---

3 Fra le altre Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3863, in Ilcaso.it.

4 Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro "tabù" da sfatare nel concordato preventivo che verrà, in Ristrutturazioni aziendali, 7 marzo 2022.

5 Per una prima, ma puntuale, ricognizione delle novità v. S. Leuzzi, Appunti sul concordato preventivo ridisegnato, in www.dirittodellacrisi.it, 5 maggio 2022.

6 La disposizione in parola rientra nei principi generali del codice della crisi, su cui si vedano, in luogo di altri, R. Rordorf, I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in AA.VV., Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il Dl 118/2021. Liber amicorum per Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, pp. 45 ss., e G. D'Attorre, La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in AA.VV., La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, pp. 247 ss. (ai quali può aggiungersi S. Ambrosini, I "princìpi generali" nel codice della crisi d'impresa, in Ilcaso.it, 26 gennaio 2021).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.2 Le "attitudini" prescritte dalla legge per il piano in continuità

Se la locuzione "obiettivi prefissati" di cui si è detto poc'anzi sembra rimandare ai risultati che di volta in volta il singolo piano si propone di raggiungere in ragione delle peculiarità del caso concreto, per il concordato in continuità è la legge stessa a esplicitare tali obiettivi, declinandoli in modo diverso a seconda del soggetto chiamato a verificarne il perseguimento.

Ed invero, l'art. 47, alla lett. *b),* richiede che il piano sia idoneo (*recte*: non manifestamente inidoneo) alla "*soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali*"; mentre il successivo art. 87 stabilisce al terzo comma che il professionista indipendente deve attestare che il piano in continuità "*è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale*".

Come si vede, la prima norma mira a scongiurare iniziative scopertamente abusive e a tutelare la soddisfazione dei creditori: non – si badi – il (teorico) miglior soddisfacimento degli stessi, ma ciò che concretamente il debitore ha proposto in termini di entità e di tempi della *recovery*. E sul medesimo piano, a livello di interessi protetti, l'art. 47 colloca l'obiettivo della conservazione dei valori aziendali, con un'espressione che inevitabilmente rimanda all'art. 1, Dlgs 270/1999, dove si parla di "finalità conservative del patrimonio produttivo"[7] ma non anche – e non *pour cause* – di soddisfazione dei creditori.

La seconda previsione codicistica testé menzionata riveste un'importanza centrale, dal momento che nell'art. 87, c. 3, si rinviene la declinazione dei precetti-chiave in tema di continuità aziendale, che vanno oltre quello di fattibilità del piano (autonomamente prescritta dalla disposizione in esame, unitamente alla veridicità dei dati aziendali, senza distinzioni fra tipologie di concordati) e che costituiscono il nucleo stesso dell'attestazione in rapporto alla risanabilità dell'impresa[8] e alla tutela minima del ceto creditorio.

Coerente con i differenti ruoli in questione risulta il fatto che il tribunale possa e debba "accontentarsi", in base all'art. 47, della non manifesta inidoneità del piano e che l'attestatore sia invece tenuto a verificarne l'effettiva attitudine a realizzare le suddette finalità.

Quanto poi alla fase finale della procedura, il tribunale è chiamato, in sede di omologazione, ad una determinata verifica nell'ipotesi di piano in continuità e a una di diverso tipo negli altri casi. Ed infatti, il primo comma dell'art. 112 richiede, alla lett. *f),* che il piano in continuità "non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza"; mentre in base alla successiva lett. *g)* è prescritto, "in ogni altro caso", lo scrutinio in ordine alla fattibilità del piano, che si ribadisce anche qui espressamente doversi intendere "come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati".

---

7 Sul tema la letteratura – com'è noto – è vasta. Nella trattatistica più recente cfr., anche per riferimenti: S. Ambrosini, L'amministrazione straordinaria, in AA.VV., Crisi d'impresa e procedure concorsuali, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, III, Torino, 2016, pp. 4016 ss.; F. Di Marzio – F. Macario, Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, in AA.VV., Trattato delle procedure concorsuali, diretto da A. Jorio e B. Sassani, V, Milano, 2017, pp. 601 ss.; A. Danovi – G. Acciaro, 2021 (a cura di), L'amministrazione straordinaria, Il sole 24 Ore, pp. 21 ss.

8 Su questo concetto cfr., fra gli scritti più recenti e puntuali, E. Ricciardiello, Sustainability and going concern, in Ristrutturazioni aziendali, 13 ottobre 2021; V. Minervini, La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". Prime riflessioni, ivi, 17 ottobre 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.3 L'interesse "generale" *versus* quello del creditore opponente

Si è poc'anzi ricordato come, ai sensi dell'art. 47, c. 1, lett. *b)*, la domanda di accesso al concordato in continuità "*è comunque inammissibile*" se il piano è, *prima facie* e sulla base del parere del commissario giudiziale, se già nominato, manifestamente inidoneo alla conservazione dei valori aziendali (e con essi, implicitamente, anche dei posti di lavoro), oltre che alla soddisfazione dei creditori.

Di regola, i due obiettivi tendono a coincidere, giacché la preservazione dei valori aziendali consente, normalmente, un più elevato livello di *recovery* dei creditori.

Può tuttavia accadere che uno o più creditori, al fine di scongiurare l'omologazione del concordato[9] contro cui si siano espressi, eccepiscano il difetto di convenienza della proposta. Per questa eventualità l'art. 112, c. 3, stabilisce che il tribunale debba omologare il concordato ogniqualvolta risulti che il credito dell'opponente è destinato a essere soddisfatto in misura – non già necessariamente superiore, bensì semplicemente – non inferiore rispetto a quanto accadrebbe nella liquidazione giudiziale. La domanda di concordato approvata dai creditori, quindi, non deve superare, ai fini dell'omologazione, il test di convenienza, ma (almeno) quello di "neutralità" degli effetti per i creditori opponenti in rapporto allo scenario alternativo indicato dalla legge.

Il problema tuttavia, come si è sovente constatato nella pratica, è di veder preclusa l'omologazione per il fatto che anche uno solo dei creditori dissenzienti dimostri che il *proprio* trattamento in ambito concordatario risulta deteriore a quello prospettabile in caso di liquidazione giudiziale. Ebbene questa conseguenza, improntata all'ipertutela del singolo creditore a scapito della maggioranza del ceto creditorio, nonché degli *stakeholders* coinvolti dal tentativo di salvataggio dell'impresa, è stata considerata "sbilanciata" dal legislatore in quanto effettivamente contrastante con il perseguimento del maggior "benessere collettivo" possibile.

Non si è tuttavia inserito un temperamento in tal senso nella disciplina del giudizio di omologazione in primo grado (come sarebbe stato forse preferibile, anche per ragioni di economia processuale), bensì nella sua fase di appello: l'art. 53, c. 5 *bis*, infatti, prevede che, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, la corte d'appello, su richiesta delle parti, può confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante.

È appena il caso di rimarcare come l'enucleazione, quale oggetto di specifica tutela, dell'interesse "generale dei creditori e dei lavoratori" costituisca un fatto inedito per il nostro ordinamento concorsuale e gravido di implicazioni sul piano sistematico. Ed invero, l'anzidetta previsione, insieme a quella in base alla quale la continuità aziendale "*preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro*" (art. 84, c. 2), sono idonee a incidere sui tratti fisionomici dell'istituto concordatario, finalizzando quello in continuità (anche) alla tutela dell'occupazione[10] e accostandolo così, in un certo senso, a un possibile strumento di "politica industriale" latamente intesa (e non di matrice pubblica, com'è invece l'amministrazione straordinaria): pur sempre – beninteso – nel rispetto della tutela prioritaria dei creditori e quindi nei rigorosi limiti di compatibilità con essa.

9 Sulla disciplina dell'omologazione nel codice della crisi del 2019 cfr., fra gli altri, G. Nuzzo, Profili problematici del giudizio di omologazione del concordato preventivo nella disciplina del codice della crisi, in Dir. fall., 2020, I, pp. 84 ss. e M. Fabiani, L'omologazione del nuovo concordato preventivo, in Fallimento, 2020, pp. 1314 ss.

10 Sul tema cfr., da ultimo, S. Ambrosini, Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori, in Ristrutturazioni aziendali, 1° giugno 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.4 Il criterio del trattamento non deteriore dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale

L'art. 186 *bis* della legge Fallimentare postula, ai fini della proponibilità di un concordato preventivo in continuità, che il relativo piano realizzi il miglior soddisfacimento dei creditori[11].

Anche il codice della crisi del 2019, all'art. 87, c. 1, lett. f), onera l'attestatore del compito di verificare la funzionalità del piano al miglior soddisfacimento dei creditori.

Le recentissime modifiche apportate a questa disposizione e ad altre analoghe denotano chiaramente che si è optato per una soluzione diversa.

In quest'ultima disposizione infatti, come già ricordato, si richiede che il piano in continuità riconosca a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe nell'ipotesi di liquidazione giudiziale. Analogamente, in tema di trattamento dei crediti tributari e contributivi, l'art. 88, c. 2, stabilisce che l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore.

Più a monte, la norma generale di cui al primo comma dell'art. 84 richiede che il piano di concordato realizzi il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quello ricavabile in caso di liquidazione giudiziale.

E la – parimenti già ricordata – previsione dell'art. 7, c. 2, lett. *c),* parla, per il concordato in continuità, di assenza di pregiudizio per i creditori.

Si è in tal modo introdotto nella disciplina concordataria un nuovo principio, che può essere definito in termini di *equivalenza o non deteriorità del trattamento*, ciò che coincide per l'appunto con la mancanza di effetti pregiudizievoli per i creditori.

Il principio è simmetricamente replicato nella norma sull'omologazione: ai sensi dell'art. 112, c. 3, infatti, nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

L'opzione accolta risulta improntata a un *favor* per il concordato e, come tale, va accolta positivamente.

Occorre nondimeno ricordare che la Direttiva *Insolvency*, all'art. 10, c. 2, lett. *d),* postula che, "*nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del miglior soddisfacimento dei creditor*i".

Sotto questo profilo, pertanto, vi è da domandarsi se la disposizione approntata dal nostro legislatore sia davvero caratterizzata da piena adeguatezza al precetto unionale, che sembra prescrivere un trattamento *migliore* – e non semplicemente *uguale* – rispetto allo scenario della liquidazione giudiziale.

11 E v., in proposito, A. Patti, Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?, in Fallimento, 2013, pp. 1100 ss., e A. Rossi, Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi), ivi, 2017, pp. 637 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.5 Il (non indispensabile) requisito della convenienza/preferibilità del concordato

Oltre al profilo, testé segnalato, di possibile non integrale osservanza, da parte della legislazione nazionale, dei precetti della Direttiva *Insolvency*, va rilevato che non tutte le soluzioni adottate nel porre mano alla nuova "sintassi" del concordato preventivo appaiono in armonia fra loro.

Si è ripetutamente osservato come un concetto-cardine sia rappresentato dalla equivalenza/non deteriorità del trattamento rispetto a quello realizzabile nella liquidazione giudiziale, essendosi voluto con ciò superare, per il concordato in continuità, il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori.

Ora, non risultano, a ben vedere, del tutto sintoniche con questa impostazione le previsioni che postulano, in via generale e quindi anche con riguardo al concordato in continuità, la *preferibilità* del concordato rispetto ad altre soluzioni.

Il riferimento è, in particolare, al secondo comma dell'art. 87, ai sensi del quale nella domanda di concordato il debitore deve indicare le ragioni per le quali l'opzione concordataria "*è preferibile alla liquidazione giudiziale*".

Quanto poi all'art. 7, c. 2, lett. c), essa prescrive che nella proposta siano espressamente indicate le ragioni di convenienza per i creditori: disposizione, questa, che pare riferibile ai concordati diversi da quello in continuità, come conferma l'utilizzo della disgiuntiva "o" prima dell'espressione seguente ("in caso di concordato in continuità aziendale").

A tale stregua un dubbio sorge spontaneo: che necessità c'è di richiedere che il concordato sia preferibile – e, nel caso non sia in continuità, più conveniente – rispetto alla liquidazione giudiziale, quando il resto della disciplina – come si è venuti chiarendo – è invece imperniata sul principio della non deteriorità del trattamento, talora declinata dalla legge come assenza di pregiudizio?

Se non si va errati, ciò rischia di costituire un'aporia del sistema, peraltro facilmente emendabile con l'espunzione dei concetti di preferibilità e convenienza, relegando dunque quest'ultimo all'ambito dell'omologazione.

1.6 Conclusioni

La nuova formulazione delle norme sul concordato preventivo fin qui illustrate si caratterizza – come si è detto – per aver adottato una più circoscritta nozione di fattibilità, ricondotta al concetto di non manifesta inadeguatezza al conseguimento degli obiettivi prefissati, nonché per aver optato per il criterio del trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale in luogo del miglior soddisfacimento dei creditori.

Entrambe le soluzioni – come si è osservato – vanno salutate con favore, in quanto contribuiscono a evitare problemi interpretativi e a incentivare il ricorso allo strumento concordatario.

E questa valutazione non pare inficiata dalla presenza delle criticità che nel presente contributo si è ritenuto di individuare, le quali attengono, da un lato, alla non perfetta coerenza con la Direttiva *Insolvency* per quanto concerne il giudizio di omologazione, dall'altro, al ricorso, per vero non indispensabile, ai requisiti di preferibilità e di convenienza del concordato, che risultano distonici rispetto al quadro d'insieme come da ultimo delineato dal legislatore.

Non si tratta peraltro delle criticità più rilevanti dell'ultimo intervento legislativo, sol che si consideri che altre parti – quali la nuova disciplina del voto – non sembrano del tutto ossequiose

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di quella esigenza di semplificazione che emerge con nitore dalla Direttiva, oltre che quasi "feticisticamente" ancorate al discutibile criterio del silenzio-diniego[12] . E ciò per tacere del segmento di disciplina inerente al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, che si pone fra l'altro in controtendenza con l'obiettivo di scongiurare l'eccessiva proliferazione di istituti, come del resto puntualmente rilevato nel parere di recente reso dal Consiglio di Stato[13].

L'impressione, in definitiva, è che il "legislatore" del 2022 abbia preso un po' troppo alla lettera la frase pronunciata oltre un secolo fa da Giovanni Giolitti: "Le leggi devono tener conto anche dei difetti e delle manchevolezze di un Paese. Un sarto che deve tagliare un abito per un gobbo, deve fare la gobba anche all'abito".

12 Sul punto cfr., da ultimo, A. Jorio, Ragionando sul concordato preventivo. Alcuni consigli (non richiesti) ai conditores, in Ristrutturazioni aziendali, 2 marzo 2022, pp. 12-13; G. Bozza, Il sistema delle votazioni nei concordati tra presente e futuro, in www.dirittodellacrisi.it, 4 marzo 2022, pp. 30-31, cui può aggiungersi S. Ambrosini, Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro "tabù" da sfatare nel concordato preventivo che verrà, cit., pp. 8-9.

13 Pubblicato, il giorno stesso della sua emanazione, in Ristrutturazioni aziendali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

I presupposti per l'accesso al concordato preventivo

Giuseppe Acciaro e Alessandro Turchi

SOMMARIO: 2.1 Imprenditore commerciale sopra soglia – 2.2 Stato di crisi o di insolvenza – 2.3 Presupposti di accesso in funzione della tipologia di concordato – 2.4 Il piano e le nuove verifiche del tribunale per l'apertura del concordato – 2.5 Suddivisione dei creditori in classi e trattamenti differenziati – 2.6 La moratoria nel concordato in continuità aziendale – 2.7 Falcidia dei creditori privilegiati e le nuove regole di distribuzione del patrimonio

Le norme che disciplinano i presupposti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo sono state fortemente rivisitate dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 recante modifiche al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

L'art. 85 della originaria versione del Codice della crisi (di seguito per brevità "*Codice*" o "*CCII*") era rubricato "Presupposti per l'accesso alla procedura"; il Dlgs 83/2022 ha modificato la rubrica in "Suddivisione dei creditori in classi" mutando integralmente il contenuto della norma.

Parte dei presupposti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo si rinviene ora all'art. 84, la cui nuova rubrica è "Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano".

Quest'ultimo dispone che "*L'imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assuntore o in qualsiasi altra forma. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate. È fatto salvo il disposto dell'articolo 296*".

Dunque, fermo restando il principio base della procedura di concordato rappresentato dal soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore rispetto a quella realizzabile nell'ipotesi di liquidazione giudiziale, i presupposti sono rinvenibili nella natura di imprenditore di cui all'art. 121 del Codice, nello stato di crisi o insolvenza e nella predisposizione di un piano di concordato avente un determinato contenuto di cui si dirà nel proseguo.

2.1 Imprenditore commerciale sopra soglia

L'art. 84 CCII dispone anzitutto che l'accesso alla procedura di concordato preventivo è consentito unicamente all'imprenditore di cui all'art. 121 CCII. Quest'ultimo, nel definire i presup-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

posti di accesso alla liquidazione giudiziale, individua i soggetti legittimati ad accedere al concordato preventivo quali "*imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera* d)".

L'accesso alla procedura di concordato preventivo è, pertanto, consentita soltanto agli imprenditori commerciali. Il limite del requisito relativo alla qualifica "*commerciale*" dell'imprenditore consente di escludere dal novero dei soggetti interessati da tale procedura l'imprenditore agricolo. Tale soluzione si spiega con l'accesso dell'imprenditore agricolo agli strumenti previsti per il sovraindebitamento, ora disciplinati nel *corpus* normativo del Codice della crisi che sostituisce la precedente legge 3/2012.

Inoltre, per effetto del rinvio operato dall'art. 121 all'art. 2, comma 1, lett. *d)* CCII, devono escludersi dalla procedura di concordato preventivo anche le imprese che, pur se commerciali, non raggiungano determinati requisiti dimensionali.

Si tratta delle cosiddette "*imprese minori*", ovvero di quelle imprese che presentano congiuntamente i seguenti requisiti:

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

2.2 Stato di crisi o di insolvenza

L'art. 84 CCII dispone che ai fini dell'accesso alla procedura di concordato preventivo l'imprenditore commerciale diverso da quello minore si debba trovare in una situazione di crisi o di insolvenza.

Nella legge fallimentare, l'art. 160 dopo aver previsto al primo comma che lo stato di crisi è presupposto per l'accesso al concordato preventivo, precisa che per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza. Trattasi di una interpretazione autentica del legislatore, introdotta nel Dl 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006 n. 51, al fine di ristabilire l'opportuno rilievo, nell'ambito della procedura di concordato, oltre che dello stato di crisi anche di quello di insolvenza.

Il legislatore del Codice della crisi è intervenuto al fine di chiarire in modo definitivo i concetti di crisi e insolvenza ai fini dell'accesso alla procedura di concordato preventivo.

In primo luogo, il legislatore ha statuito che i presupposti oggettivi per l'accesso alla procedura di concordato preventivo sono, in via alternativa, lo stato di crisi o di insolvenza dell'imprenditore. Sul punto si ritiene che, da un lato, i due presupposti oggettivi rappresentano condizione alternativa ma, dall'altro lato, indispensabile per l'accesso alla procedura di concordato. Infatti, diversamente opinando, l'imprenditore non in crisi o non insolvente si troverebbe ad avvantaggiarsi, in maniera anticoncorrenziale rispetto agli altri imprenditori, con un evidente abuso dello strumento concordatario.

In secondo luogo, il legislatore, formalizzando concetti noti in dottrina, originariamente ha fornito le seguenti definizioni di crisi e insolvenza:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- Crisi: "*lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*";
- Insolvenza: "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

Sulla definizione di crisi, oltre ad essere già intervenuto il decreto correttivo e integrativo con la definizione sopra esposta (Dlgs 147/2020), il Dlgs 83/2022, rimuovendo il concetto di squilibrio ha precisato che per crisi si debba intendere "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*". Viene, pertanto, confermato il concetto di crisi intesa come insolvenza prospettica, qualificando tuttavia l'intervallo temporale di riferimento ai fini dell'adeguatezza dei flussi di cassa prospettici per adempiere alle obbligazioni. Si tratta di una norma che, al pari del dovere di istituire adeguati assetti *ex* art. 2086, co. 2, Cc è finalizzata a favorire una rilevazione tempestiva della crisi, necessaria al fine di aumentare le possibilità di conseguire il risanamento anche mediante le procedure concorsuali come il concordato preventivo.

2.3 Presupposti di accesso in funzione della tipologia di concordato

Il Codice della crisi articola la disciplina del concordato preventivo in relazione alla distinzione fra due figure, quella del concordato liquidatorio e quella del concordato in continuità aziendale, evocate nell'art. 84 CCII.

2.3.1 Il concordato liquidatorio

L'esecuzione del concordato liquidatorio consiste nella liquidazione del patrimonio del debitore, con ripartizione del ricavato tra i creditori, nel rispetto delle nuove disposizioni in merito alla ripartizione del patrimonio di cui si dirà in seguito. Di regola, la liquidazione dei beni e la successiva distribuzione del ricavato ai creditori è affidata a uno o più liquidatori, ai sensi dell'art. 114 CCII.

Il comma quarto dell'art. 84 CCII individua due presupposti ai fini dell'accesso al concordato liquidatorio. In primo luogo, come anche previsto nella legge fallimentare, la proposta del debitore deve assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari *ex lege* e dei creditori privilegiati degradati a chirografo per incapienza di attivo in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo. Inoltre, quale elemento innovativo rispetto al *corpus* della legge fallimentare, il legislatore dispone che nel concordato liquidatorio la proposta deve prevedere un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda.

Rimandando ad apposito paragrafo circa le nuove regole di distribuzione del patrimonio, si anticipa che il Dlgs 83/2022 ha disposto che le risorse esterne (c.d. finanza esterna) possono essere distribuite in deroga agli artt. 2740 e 2741 del Codice civile, purché sia rispettato il requisito del 20%. Sono considerate risorse esterne quelle apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta soddisfazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.3.2 Il concordato in continuità aziendale

Il concordato in continuità aziendale è stato introdotto nel nostro ordinamento dal Dl 83/2012. Come si evince dal nuovo art. 84, comma 2, CCII, la continuità aziendale può essere:

- diretta: in tal caso, la prosecuzione dell'attività di impresa avviene da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato preventivo;
- indiretta: qualora il piano di concordato preveda che la gestione dell'azienda o di un ramo di essa sia svolta da un soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento di azienda o affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso.

Nella versione originaria del Codice erano previste due condizioni per il concordato in continuità aziendale.

In primo luogo, in caso di continuità indiretta, il contratto o il titolo che consente la prosecuzione dell'attività di impresa in capo ad un soggetto diverso dall'imprenditore ricorrente deve (o meglio, doveva) prevedere il mantenimento o la riassunzione per almeno un anno dall'omologazione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso. In secondo luogo, nel concordato in continuità aziendale i creditori devono (o meglio, dovevano) essere soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, sancendo altresì un criterio di prevalenza valido *ex lege*.

Il Dlgs 83/2022 è fortemente intervenuto sul tema.

Quanto alla prima condizione, il novellato art. 84, primo comma, CCII si limita a prevedere che la "*continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro*".

Viene, pertanto, a meno ogni obbligo inerente al mantenimento o riassunzione di un certo numero di lavoratori.

Quanto alla seconda condizione, il nuovo comma terzo dell'art. 84 CCII dispone che "*i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa*". Pertanto, ai fini dell'accesso al concordato in continuità aziendale, viene a meno la necessaria prevalenza del ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

2.4 Il piano e le nuove verifiche del tribunale per l'apertura del concordato

L'art. 84 del Codice prevede che il concordato preventivo si realizzi mediante un piano avente il contenuto di cui all'art. 87 del Codice. Quest'ultimo, nella versione novellata dal Dlgs 83/2022, prevede il seguente contenuto minimo:

a) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;
b) una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

c) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
d) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti;
e) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
f) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente;
g) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;
h) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;
i) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati;
l) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato;
m) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;
n) le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;
o) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;
p) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato.

Un tema fortemente dibattuto concerne(va) l'estensione del potere di controllo del Tribunale, ovvero se lo stesso avesse ad oggetto, sia nella fase di ammissione sia in quella successiva di eventuale revoca ai sensi dell'art. 173 L. Fall. o di omologazione, anche la fattibilità del piano sotto l'aspetto non solo giuridico ma anche economico. Quest'ultimo inteso come la effettiva realizzabilità del piano, seppure in una prospettiva probabilistica. Nella versione originaria del Codice il legislatore, all'art. 47, aveva disposto che il tribunale, ai fini della decisione in ordine all'apertura, debba verificare la fattibilità economica del piano.

Sul punto, il Dlgs 83/2022 interviene al fine di "*introdurre una disciplina funzionale, in primo luogo, ad assicurare procedure di ristrutturazione in continuità aziendale rapide e snelle nelle quali l'intervento dell'autorità giudiziaria al momento dell'apertura della procedura, è limitato e circoscritto*" (Relazione Illustrativa). In particolare, il legislatore chiarisce l'ambito del giudizio di ammissibilità che il tribunale compie al momento del deposito del piano, introducendo limiti più stringenti nel concordato liquidatorio rispetto a quello in continuità.

Infatti, nel caso di concordato liquidatorio, il tribunale verifica la fattibilità del piano in termini di "*non manifestata inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati*". Nel concordato in continuità aziendale, invece, il tribunale verifica la ritualità della proposta e la domanda di accesso si ritiene inammissibile "*se il piano è manifestatamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.5 Suddivisione dei creditori in classi e trattamenti differenziati

L'art. 85 del Codice ha subito una profonda rivisitazione a seguito del Dlgs 83/2022 sia in termini di contenuto che di rubrica. Infatti, nella versione originaria del Codice l'art. 85 era rubricato "Presupposti per l'accesso alla procedura", mentre a seguito del Dlgs 83/2022 la rubrica è divenuta "Suddivisione dei creditori in classi".

Per quanto concerne la suddivisione dei creditori in classi, il novellato art. 85, da un lato, sancisce il principio generale della facoltatività della suddivisione in classi e del trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi differenti, e, dall'altro lato, istituisce, per il concordato in continuità, l'obbligatoria suddivisione in classi dei creditori privilegiati quando il pagamento, anche se integrale, è previsto oltre 180 giorni dall'omologazione ovvero trenta giorni per i lavoratori subordinati (art. 109, co. 5, CCII).

Il primo comma dell'art. 85 CCII sancisce la regola per la quale il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. Il trattamento stabilito per ciascuna classe, tuttavia, non può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

L'art. 85 del Codice non richiama espressamente la suddivisione in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, come invece era stabilito nella legge fallimentare. Tuttavia, tra le definizioni fornite dall'art. 2 CCII, si rinviene anche quella di classi di creditori (lett. r)), quali "*insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei*". Si ritiene, pertanto, che tale regola sia destinata a valere anche per il concordato preventivo, così come era previsto nella legge fallimentare.

Per quanto concerne i criteri di formazione delle classi, a seguito delle modifiche apportate dal Dlgs 83/2022 all'art. 87 CCII, il piano di concordato deve indicare i criteri di formazione utilizzati dal debitore. Si tratta di una modifica innovativa in quanto in precedenza, tanto nella legge fallimentare quanto nell'originaria versione del Codice, non veniva richiesta l'indicazione dei criteri di formazione delle classi.

Il comma secondo dell'art. 85 CCII sancisce l'obbligatorietà della formazione delle classi per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.

Infine, il legislatore sancisce l'obbligatorietà della formazione delle classi nel concordato in continuità aziendale, precisando che debbano essere suddivisi in classi anche i creditori privilegiati quando il pagamento, anche se integrale, è previsto oltre centottanta giorni dall'omologazione ovvero trenta giorni per i lavoratori subordinati. Devono essere inserite in classi separate le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi.

2.6 La moratoria nel concordato in continuità aziendale

Per quanto concerne la moratoria nel concordato in continuità aziendale, il Dlgs 83/2022 ha integralmente rivisitato l'art. 86 CCII. Quest'ultimo, nella versione originaria del Codice, consentiva al debitore di prevedere una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca. Il Dlgs 83/2022 interviene al fine di "*detta-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

re una regola generale per il pagamento differito dei creditori privilegiati in caso di liquidazione dei beni che li garantiscono che sia, nel contempo, in sintonia con le regole di distribuzione dettate nell'articolo 84 ai fini della ristrutturazione trasversale" (Relazione Illustrativa).

Il nuovo art. 86 CCII rimuove il limite dei due anni di moratoria, precisando che per i creditori assistiti da privilegio previsto dall'art. 2751 *bis* n. 1 del Codice civile può essere prevista una moratoria fino a sei mesi dall'omologazione. La rimozione del termine massimo di due anni deve essere letta contestualmente con le nuove regole in tema di approvazione del concordato, di cui all'art. 109, comma 5, CCII. In sintesi, quest'ultimo prevede che i creditori privilegiati non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione (salvo che il bene sul quale insiste la prelazione non venga liquidato precedentemente), mentre per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, del Codice civile, il termine è di trenta giorni. Pertanto, da un lato, il legislatore rimuove il termine massimo della moratoria, e, dall'altro lato, dispone che sono esclusi dal voto soltanto i creditori muniti di privilegio per i quali il piano prevede il pagamento integrale, in denaro, entro centottanta giorni dall'omologazione, ovvero trenta giorni in caso di lavoratori.

2.7 Falcidia dei creditori privilegiati e le nuove regole di distribuzione del patrimonio

Le regole che presiedono alla distribuzione del patrimonio del debitore all'interno delle procedure concorsuali costituiscono oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale da diversi anni e devono oggi confrontarsi con la normativa di carattere unionale. Le disposizioni che regolano la liquidazione giudiziale prevedono una rigida applicazione del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, il quale trova fondamento nel principio della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 Cc) e nelle regole del concorso dei creditori di cui all'art. 2741 Cc. Nel concordato preventivo, invece, le disposizioni che regolano il trattamento dei creditori hanno dato origine a due orientamenti opposti: *absolute priority rule* (APR) e *relative priority rule* (RPR).

Secondo la prima regola è impedita la soddisfazione del creditore di rango successivo qualora non sia stato integralmente soddisfatto quello di grado precedente, salvo che non siano utilizzate risorse non provenienti dal patrimonio del debitore assoggettato al concorso (a norma dell'art. 2740 Cc) e che costituiscano apporti "neutri" di terzi estranei. Secondo la RPR, invece, è ammissibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di un pagamento integrale dei creditori di rango superiore, purché a quest'ultimo sia assicurato un trattamento più favorevole.

Il tema è di centrale rilevanza soprattutto nel concordato in continuità aziendale, rispetto al quale vi sono opposte tesi circa la possibilità di distribuire liberamente le risorse derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (c.d. *surplus* concordatario), destinandole ai creditori senza il dovere di sottostare al rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Rilevanti novità in relazione alle regole di distribuzione del patrimonio del debitore sono state previste dal Dlgs 83/2022.

La c.d. falcidiabilità dei creditori prelatizi è disciplinata dall'art. 84, comma 5, CCII, che pone, quale limite alla soddisfazione non integrale degli stessi, la previsione di una misura di soddisfazione "*non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente".

Le norma sopra citata unitamente al divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione si raccorda inevitabilmente con il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, sancito dall'art. 2740 Cc, e con le regole del concorso dei creditori di cui all'art. 2741 Cc. Infatti, la disposizione che disciplina la responsabilità patrimoniale del debitore prevede, come noto, che quest'ultimo risponda dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Inoltre, i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione.

Il presupposto per la falcidiabilità dei creditori prelatizi è costituito dalla oggettiva incapienza del valore attribuito ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, attestata da un professionista indipendente in possesso dei requisiti previsti dalla legge. La questione dirimente è rappresentata dall'individuazione del patrimonio (mobiliare e immobiliare) cui il debitore deve fare riferimento ai fini della valutazione della capienza funzionale alla falcidia dei creditori prelatizi. In altre parole, ci si domanda se il patrimonio di riferimento debba essere quello c.d. statico, ossia esistente e liquidabile al momento della domanda concordataria, o il patrimonio c.d. dinamico, ossia integrato delle voci attive che verranno ad esistenza nella fase esecutiva del concordato, così come stimate e prospettate nel piano oggetto di attestazione da parte del professionista indipendente.

Il tema è di centrale rilevanza soprattutto nel concordato in continuità aziendale, che per definizione dà origine a flussi di cassa prospettici nel c.d. arco di piano. Il dubbio, in altre parole, concerne se la liquidità derivante dalla continuazione dell'attività d'impresa possa essere assimilata alla c.d. finanza esterna, ovvero se vada destinata *in primis* ai creditori di grado superiore fino al loro integrale soddisfacimento. La questione, come anticipato, trae origine dal principio della responsabilità patrimoniale del debitore *ex* art. 2740 Cc, in forza del quale il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Tralasciando i diversi orientamenti, ci si limita ad esporre quanto previsto dal Codice della crisi a seguito delle modifiche apportate dal Dlgs 83/2022.

Una delle principali novità è rappresentata dal recepimento, nella disciplina del concordato in continuità aziendale, della regola della priorità relativa. Infatti, in attuazione della previsione di cui all'art. 11, paragrafo 1, lett. c) della Direttiva *Insolvency*, il legislatore sancisce due rilevanti ed innovativi principi da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario.

Per quanto qui consta, il nuovo testo dell'art. 84, commi 6 e 7, recita:

"*6. Nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.*

7. I crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 bis, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione. La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto di quanto previsto dall'articolo 2116, primo comma, del codice civile.".

Da un lato, il comma quinto riprende la disposizione vigente dell'art. 160, secondo comma, L. Fall., circa la possibilità di pagamento non integrale dei creditori privilegiati e il declassamento a chirografo della parte incapiente. Dall'altro lato, il comma successivo, in attuazione all'art. 11, par. 1, lett. *c),* della Direttiva europea, recepisce per il concordato in continuità aziendale la regola

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

della priorità relativa sulla parte di valore del patrimonio generata dalla prosecuzione dell'attività d'impresa. In ultimo, il comma settimo detta disposizioni a tutela dei lavoratori in attuazione dell'art. 13 della Direttiva europea e della più generale "clausola di non regresso", di matrice comunitaria, secondo la quale ogni intervento normativo che incide sui diritti dei lavoratori non può determinare una riduzione delle garanzie e dei diritti già garantiti dal singolo ordinamento nazionale.

In conclusione, il legislatore sancisce due principi da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario: il valore di liquidazione dell'impresa deve essere distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione (regola della priorità assoluta), mentre per il valore derivante dalla prosecuzione dell'impresa (c.d. plusvalore da continuità) è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi aventi stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di rango inferiore (regola della priorità relativa).

Per quanto concerne i diritti dei lavoratori, tuttavia, il legislatore interno impone di applicare la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione sia su quello eccedente.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

Il Piano di concordato

Matteo Sala

SOMMARIO: 3.1 Descrizione del contesto – 3.2 Illustrazione della proposta, obbligazioni concordatarie e modalità di esecuzione – 3.3 La valutazione di convenienza rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale – 3.4 L'attestazione del professionista indipendente

Il piano e la proposta sono due elementi del concordato preventivo essenziali ed interconnessi tra di loro, tanto da poter essere considerarsi di fatto un *unicum*. Difatti, se la proposta deve fondarsi su un piano fattibile (come era anche espressamente indicato nelle precedenti versioni del CCII), d'altro canto il piano deve contenere una descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. E così appare spesso complesso distinguere dove finisca il primo e cominci la seconda.

Il CCII, nella sua ultima formulazione (ampiamente rivista rispetto al testo iniziale, al fine di risultare maggiormente aderente alla Direttiva UE 1023 del 2019), riprende le elaborazioni della dottrina e della prassi per fornire un elenco chiaro ed articolato degli elementi che dovranno costituire i piani, quasi a costruire una scaletta degli argomenti da trattare e delle informazioni da fornire.

Tali elementi, in estrema sintesi, sembrano poter essere ricondotti alle seguenti macro-finalità:

- consentire al lettore la comprensione del contesto in cui si trova il debitore e l'individuazione dei soggetti coinvolti dalla procedura concordataria e dei rispettivi interessi e posizioni;
- illustrare la proposta di soddisfacimento che si intende formulare ai creditori (e, dunque, le obbligazioni che il proponente intende assumersi nei confronti dei creditori in ipotesi di omologazione), le modalità con cui si intende dare esecuzione alle obbligazioni assunte e gli eventuali correttivi che si intendono adottare qualora si verifichi uno scostamento rispetto a quanto previsto;
- valutare la convenienza della proposta concordataria, anche e soprattutto rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (e, conseguentemente, alla luce della formulazione dell'art. 84 CCII, la sussistenza delle condizioni di ammissibilità).

Il tutto – e questo costituisce una novità sostanziale – con una particolare attenzione alla situazione del personale dipendente.

Ovviamente, il piano predisposto ai fini della presentazione di una proposta concorrente *ex* art. 90 si dovrà differenziare sostanzialmente da quello redatto dal debitore, non essendo ragionevole richiedere ad un soggetto terzo (che evidentemente avrà un accesso limitato alle informazioni aziendali) di esprimersi in modo completo ed accurato su alcuni elementi indicati nell'art. 87 CCII, quali ad esempio le cause che hanno condotto alla crisi o le azioni esperibili.

Il distinguo sembra peraltro coerente con il dispositivo del comma 4 dell'art. 90, laddove è previsto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che l'attestazione redatta a sostegno della proposta concorrente possa essere limitata alla sola fattibilità del piano (e non sia dunque necessario che il professionista si esprima sulla veridicità dei dati).

ART. 87 - PIANO DI CONCORDATO

1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, un piano contenente:
a) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;
b) una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;
c) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
d) e modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
e) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
f) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente;
g) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;
h) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;
i) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati;
l) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato;
m) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;
n) le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;
o) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;
p) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato.
2. Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.
3. In caso di concordato in continuità la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

3.1 Descrizione del contesto

Come anticipato, il CCII richiede che l'estensore del piano si soffermi sull'individuazione dei diversi *stakeholders* della procedura, fornendo al tribunale e ai creditori un'ampia informativa in merito ai soggetti coinvolti (e non) dal piano concordatario, ai loro interessi ed alla posizione che gli stessi hanno nei confronti del debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ciò si sostanzia, per il debitore, nel fornire:

- indicazioni in merito alle proprie parti correlate (indicazione che sarà rilevante anche ai fini dell'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze);
- indicazioni sulla propria situazione patrimoniale (intesa come stato delle attività e delle passività) al momento della presentazione del piano, nonché una descrizione della situazione economico- finanziaria dell'impresa;
- una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi, ovvero di insolvenza, in cui lo stesso si trova;
- la descrizione della posizione dei lavoratori.

L'art. 87 CCII richiede inoltre che il debitore fornisca l'indicazione, per singolo nominativo o in forma aggregata per categoria di debiti, sia delle "*parti*" interessate dal piano (con indicazione dei relativi crediti, anche contestati, e interessi) sia delle eventuali "*parti*" che non sono interessate dal piano (con una descrizione dei motivi per cui si ritiene non siano interessate dal piano). La norma non specifica cosa si debba intendere per "*parte*"; la circostanza secondo cui le "parti" possano essere "*descritte per categorie di debiti*" lascia tuttavia intendere che per "*parti*" debbano intendersi tutti i creditori, sia attuali che potenziali (quali ad esempio i coobbligati, i fideiussori del debitore o gli obbligati in via di regresso).

Dal tenore letterale della normativa, sembra che tali indicazioni abbiano finalità prevalentemente informativa e descrittiva, quasi a consentire al lettore (sia esso il tribunale o i creditori – che spesso hanno una visione solo parziale della posizione del debitore) di disporre di un quadro complessivo. Ciò con particolare riferimento alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e alla situazione delle attività e delle passività, laddove una descrizione eccessivamente analitica porterebbe nei fatti ad una duplicazione di quanto contenuto negli allegati obbligatori al piano stesso (si ricorda che, a mente dell'art. 39 CCII, al piano devono essere allegati anche una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività nonché l'elenco dettagliato dei creditori).

Quanto all'introduzione, con il CCII, della necessaria indicazione da parte del debitore delle cause della crisi (o dell'insolvenza), si ritiene che tale previsione, nelle intenzioni del legislatore, risponda a due distinte logiche:

- la prima è quella di portare l'imprenditore a una *disclosure* il più possibile completa sulle vicende che hanno imposto il ricorso alla procedura concordataria e, dunque, anche sulle eventuali mancanze dell'imprenditore stesso o sui suoi errori. Benché appaia poco probabile che il debitore si affretti a "confessare" atti censurabili, la *ratio* sembra essere la medesima di quell'orientamento fortunatamente minoritario che aveva visto la possibilità, nell'ambito della legge fallimentare, di revocare l'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 173 qualora il commissario accertasse che il debitore aveva compiuto atti in frode prima dell'accesso al concordato, salvo il caso in cui non fosse lo stesso imprenditore a darne contezza all'atto della presentazione del piano e della proposta concordataria.

In proposito si ricorda peraltro come l'art. 39, co. 2, preveda (in modo del tutto inedito) l'obbligo per il debitore che richieda l'accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza (ivi incluso, quindi, il concordato preventivo) di presentare "*una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore*".

In questo senso, l'indicazione delle cause della crisi può inoltre costituire una necessaria premessa dell'indicazione – richiesta al punto *h)* dell'art. 87 CCII – delle azioni risarcitorie esperibili e delle prospettive di realizzo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› la seconda, per certi versi più condivisibile, consiste nella necessità che coloro (attestatore, tribunale, commissario giudiziale, creditori) che esaminano il piano in continuità aziendale siano messi in condizione di comprendere le ragioni della crisi e, conseguentemente, possano valutare se la strategia di *turnaround* e le attività previste dal piano siano utili e sufficienti ad invertire il trend negativo. Questa lettura appare avvalorata anche dal fatto che il punto b) dell'art. 87 CCII richieda al debitore di fornire, unitamente alle causa della crisi, anche un'indicazione delle strategie di intervento per il suo superamento.

In questo senso, l'illustrazione delle cause della crisi appare atto necessario a colmare la naturale asimmetria informativa esistente tra l'imprenditore e i creditori, a cui il primo chiede – insieme all'adesione alla proposta concordataria – di assumere una parte del rischio imprenditoriale insito nella prosecuzione dell'attività d'impresa.

3.2 Illustrazione della proposta, obbligazioni concordatarie e modalità di esecuzione

Come naturale, il cuore del piano concordatario risiede nell'enunciazione della proposta vera e propria (ovvero l'indicazione del soddisfacimento che il redattore del piano intende proporre ai creditori), nelle modalità e nelle tempistiche con cui tale soddisfacimento troverà esecuzione.

Si ritiene che tale previsione debba essere intesa estensivamente, nel senso che il piano debba contenere, in forma analitica, ogni informazione necessaria a rappresentare ai creditori non solo in che misura, in che forma e quando gli stessi potranno vedere soddisfatte le loro pretese, ma anche le modalità con cui il redattore della proposta sarà in grado di darvi esecuzione.

Innanzitutto, il redattore del piano dovrà indicare in modo chiaro e inequivoco i contenuti della proposta, ovvero il trattamento previsto in favore dei creditori, tenendo anche conto dell'eventuale esistenza di classi (in questo caso si ritiene opportuno che vengano anche specificate le modalità del concorso delle diverse classi in caso di ripartizioni parziali). È bene precisare che con la locuzione "trattamento" si intende non solo la percentuale di ristoro per ciascuna tipologia – privilegiato o chirografario – o classe di creditori, ma anche le tempistiche di soddisfacimento previste (o assicurate, a seconda della tipologia di concordato) e se i creditori saranno soddisfatti in denaro o, ed eventualmente in che misura, con altri mezzi (quali ad esempio l'attribuzione di azioni, obbligazioni, strumenti finanziari partecipativi). Si ricorda che in ogni caso, a mente dell'art. 84 CCII, la proposta di concordato deve prevedere per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile.

Al fine dell'enunciazione della proposta, il redattore del piano non potrà prescindere dall'indicare:

› l'eventuale derubricazione di crediti privilegiati o assistiti da altro diritto di prelazione ai sensi di quanto disposto dal comma 5 dell'art. 84 (l'equivalente dell'art. 160, co. 2, della legge fallimentare) nonché dell'eventuale deposito di una proposta ai sensi dell'art. 88 per il trattamento dei crediti tributari e contributivi, e il suo relativo contenuto;

› l'eventuale suddivisione dei creditori in classi, dando atto dei criteri di formazione utilizzati (e, conseguentemente, motivando la valutazione di omogeneità effettuata), del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe.

Come detto, unitamente alla proposta formulata ai creditori il redattore del piano dovrà quindi indicare, anche a seconda della tipologia di concordato offerto ai creditori (l'art. 84 CCII prevede in modo espresso il concordato mediante continuità aziendale, quello mediante la liquidazione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del patrimonio e quello con attribuzione delle attività ad un assuntore, salvo poi lasciare aperta la possibilità a qualsiasi altra forma concordataria), le modalità con cui intende dare esecuzione alla proposta. Pertanto, a titolo non esaustivo:

- in ipotesi di concordato mediante liquidazione del patrimonio dovranno essere indicate in modo analitico le modalità e le tempistiche con cui si provvederà al realizzo dell'attivo, oltre che a fornire indicazioni analitiche in merito all'apporto di risorse esterne (reso obbligatorio nel caso di concordato liquidatorio, dal comma 4 dell'art. 84 CCII);
- in ipotesi di concordato mediante attribuzione dell'attivo ad un assuntore sarà invece necessario che il piano si soffermi sulla capacità del soggetto assuntore di onorare le obbligazioni assunte (di norma, l'accollo delle passività al netto della falcidia concordataria) e sulle eventuali ulteriori garanzie messe a disposizione dei creditori.

In ipotesi di concordato con continuità aziendale, invece, la norma prevede espressamente che il proponente presenti un piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Peraltro, qualora sia prevista la continuità diretta in capo al debitore, il piano dovrà altresì contenere l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura (il tutto tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente).

È dunque compito del proponente illustrare ai creditori quali strategie intenda adottare al fine di incidere sulle condizioni che hanno portato l'azienda alla situazione di crisi; quanto riferito nel piano non potrà costituire una mera e generica dichiarazione di intenti, ma l'imprenditore dovrà descrivere nel dettaglio le azioni che intende compiere, le relative tempistiche e i risultati attesi da dette azioni.

Le strategie di risanamento dovranno essere coerenti con il contesto in cui opera l'azienda, con la sua struttura organizzativa, con la sua capacità produttiva, con la storia e con le prospettive macroeconomiche.

In altri termini, il piano deve contenere un *business plan* organico, completo e relativo all'intero periodo che si reputa necessario per l'esecuzione della proposta; detto *business plan* non può essere costituito da una mera indicazione numerica, ma deve contenere, anche in termini descrittivi, tutti gli elementi necessari alla sua comprensione e valutazione da parte dei terzi.

La necessità di una così dettagliata informativa nell'ipotesi di continuità aziendale dipende dal fatto che i creditori, con il voto favorevole alla proposta, accettano di legare in tutto o in parte il proprio soddisfacimento ai risultati futuri dell'azienda; le informazioni richieste dall'art. 87 CCII, con particolare riferimento al piano industriale, ai risultati reddituali e ai flussi finanziari attesi, risponde pertanto alla necessità di fornire ai creditori tutti gli elementi necessari all'espressione di un voto informato.

Una delle novità del CCII rispetto a quanto previsto dall'art. 186 *bis* L. Fall. riguarda la distinzione tra continuità aziendale diretta e indiretta, laddove per la prima sono espressamente richieste informazioni di maggior dettaglio su costi e ricavi attesi e sulla relativa copertura finanziaria. La scelta del legislatore di operare tale differenziazione può essere ricondotta a due ordini di motivi:

- il primo è che, qualora la continuità aziendale venga realizzata da parte di un soggetto differente dal debitore, quest'ultimo potrebbe non essere disponibile a rendere pubblici tutti i dati riguardanti il business;
- il secondo è che in ipotesi di continuità indiretta il creditore ha a disposizione altri elementi rilevanti ai fini della valutazione, quali ad esempio la patrimonializzazione del nuovo imprenditore o la sua storia/ reputazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La relazione illustrativa al Dlgs. 14/2019 precisava infatti che "*se la continuità è indiretta (ad esempio: affitto dell'azienda) ciò che rileva, invece, è la capacità del soggetto terzo che gestisce l'azienda di onorare le obbligazioni assunte*".

Tale considerazione è tuttavia solo parzialmente condivisibile; si ritiene infatti che la presentazione all'interno del piano di un budget economico, patrimoniale e finanziario completo sia essenziale anche in tutti i casi in cui la capacità del soggetto che gestisce l'azienda di onorare le obbligazioni assunte sia strettamente connessa all'andamento dell'attività stessa (si pensi ad esempio nel caso di una *newco* costituita ad hoc e priva di particolare capitalizzazione).

Un elemento di assoluta novità riguarda poi la richiesta di indicare nel piano quali siano le iniziative che l'imprenditore intenderà adottare nel caso in cui si dovesse registrare uno scostamento tra i risultati indicati nel piano e quelli in concreto raggiunti. Ciò impone, logicamente, un'attività preliminare, ovvero l'individuazione delle potenziali criticità del piano e la quantificazione del loro possibile impatto sul piano in termini di tenuta e risultato finale; trattasi, in altri termini dell'attività di analisi di sensitività comunemente operata da parte dell'attestatore secondo la miglior prassi in materia.

Premesso che, specie nel caso di aziende in continuità, l'esistenza di scostamenti tra un *business plan* e la sua applicazione reale è del tutto naturale (e di norma tale possibilità si incrementa man mano che trascorre il tempo), il legislatore richiede al debitore di analizzare i profili critici del piano e, alla luce di questi ultimi, immaginare gli interventi correttivi da implementare al fine di consentire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Ad esempio, qualora si ipotizzi che la debitrice abbia ottenuto risultati positivi sotto il profilo reddituale e finanziario della gestione corrente, ma non disponga di tutta la liquidità necessaria ad effettuare il pagamento ai creditori concorsuali di quanto indicato nella proposta (magari perché assorbita dalle necessità di finanziamento del capitale circolante), non è irragionevole immaginare che il piano preveda, quale possibile azione correttiva, l'ottenimento da parte dell'imprenditore di nuova fiducia da parte del sistema bancario.

Benché richiesta dalla norma, la definizione nel piano delle strategie di intervento appare meno rilevante nell'ambito di concordati di natura liquidatoria, laddove dovrebbe invece sostanzialmente coincidere con l'indicazione delle attività da compiersi e le relative tempistiche attese; si tratterà ad esempio di individuare (ferma restando la necessità di indire procedure competitive onde assicurare la massima trasparenza e partecipazione dei possibili interessati) l'eventuale modalità di realizzo dell'attivo, ovvero se tramite cessione d'azienda o di ramo aziendale, oppure tramite vendita dei singoli beni o di aggregati. Sul punto, i *Principi per la redazione dei piani di risanamento* specificano come sia opportuno circostanziare gli elementi che contribuiscono ad accertare la fondatezza e coerenza delle ipotesi di base, quali ad esempio l'esistenza di manifestazioni di interesse di potenziali acquirenti o valutazioni peritali indipendenti.

Da ultimo, nel caso in cui il piano preveda apporti di nuova finanza la norma prevede (a prescindere dalla tipologia di concordato proposta, ma l'ipotesi è più probabile in caso di continuità diretta) che il piano indichi le ragioni per cui tali apporti si rendono necessari per l'attuazione del piano.

3.3 La valutazione di convenienza rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale

In vigenza della legge fallimentare la convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare era un tema principalmente rimesso alla valutazione dei creditori in sede

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di adunanza e, solo in alcuni casi, oggetto di valutazione giudiziale (come, ad esempio, nel caso della valutazione *ex* art. 186 *bis* L. Fall. di funzionalità della continuità aziendale al miglior soddisfacimento dei creditori).

Con il comma 1 dell'art. 84 CCII ("*l'imprenditore [ ] che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi [...] il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*") la convenienza della procedura concordataria rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale è divenuto invece un requisito di ammissibilità del concordato stesso.

Per tale ragione il piano, indipendentemente dall'eventuale stralcio dei debiti privilegiati, deve fornire al lettore tutti gli elementi necessari a valutare l'entità del soddisfacimento che potrebbe derivare ai creditori dalla liquidazione giudiziale: ciò si sostanzia nella richiesta, contenuta nell'art. 87 CCII, che il piano contenga l'indicazione:

- del valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
- delle azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, nonché delle azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, comprensive di una valutazione sulle prospettive di realizzo.

Su questo secondo punto, occorre effettuare un importante distinguo tra le azioni che il piano prevede di promuovere e quelle che, invece, l'imprenditore non intende oppure che non può promuovere nell'ambito del concordato preventivo.

Nessun particolare problema si pone infatti rispetto a quelle azioni (tipicamente nei confronti dei terzi) che il proponente il concordato intende promuovere e che, con buona probabilità, saranno indicate tra le attività realizzabili in favore dei creditori. In questo caso l'unica accortezza sarà legata all'opportunità (così come indicato dalla relazione illustrativa al decreto legislativo) che l'informativa si estenda anche alla situazione patrimoniale dei potenziali convenuti, in vista della fruttuosità di eventuali azioni esecutive e all'incidenza sulla misura, e sui tempi ragionevolmente necessari per conseguire un risultato utile; ciò al fine di consentire ai creditori un'informativa completa e adeguata a consentire loro di esprimersi sulla convenienza della proposta.

Più complesso, per evidenti motivi, è il tema delle azioni che il proponente *non* intende promuovere quali, ad esempio, un'azione recuperatoria nei confronti di se stesso o di una delle società appartenenti al gruppo. In questo caso si ritiene che il piano debba contenere comunque l'informazione (la norma parla di azioni "esperibili" e non di "azioni che si intende esperire"), potendo un'eventuale omissione integrare i presupposti di cui all'art. 106 (ovverosia l'occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo, sanzionato come nell'attuale art. 173 L. Fall. con la dichiarazione di inammissibilità della proposta).

Non si ritiene invece che la portata della norma possa estendersi sino a obbligare il debitore ad indicare nel piano concordatario la possibilità di un'azione di carattere risarcitorio nei confronti propri (si pensi ad un'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali) o di soggetti ad esso collegati (quale ad esempio un'azione per responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti della controllante); ciò porterebbe alla – paradossale – situazione in cui l'approvazione del piano concordatario e sottoscrizione da parte dell'imprenditore avrebbe di fatto la natura "confessoria" di un riconoscimento di responsabilità.

Sembrerebbero invece escluse dall'obbligo di informativa, in quanto non citate nel testo normativo, le azioni revocatorie, sia che esse siano esperibili immediatamente – in ipotesi di revocatoria ordinaria – o solo in ipotesi di liquidazione giudiziale – in ipotesi di revocatoria "fallimentare".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il secondo comma dell'art. 87 CCII onera poi il proponente di indicare le ragioni per cui la proposta concordataria sarebbe preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale. Ciò impone, di fatto, al redattore del piano di simulare la ripartizione che potrebbe essere effettuata in sede di liquidazione giudiziale – tenendo conto: i) dell'attivo realizzabile, ragionevolmente pari alla somma tra valore di liquidazione attribuito al patrimonio e l'importo realizzabile attraverso le azioni esperibili; ii) degli oneri ragionevolmente connessi alla procedura (compenso del liquidatore giudiziario, oneri di liquidazione, eventuali spese legali); iii) delle passività, suddivise per natura – per poi confrontarne i risultati con il soddisfacimento offerto ai creditori nell'ambito del concordato.

Si evidenzia come, mentre il comma 2 dell'art. 87 CCII richiede che il proponente si esprima sulla "*preferibilità*" dell'alternativa concordataria, con una locuzione che lascia ampio spazio a valutazioni di tipo qualitativo oltre che quantitativo, l'art. 84 CCII pone quale condizione di ammissibilità che venga offerto ai creditori un soddisfacimento "*in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*", espressione che sembra invece rimandare unicamente all'aspetto quantitativo del trattamento proposto.

3.4 L'attestazione del professionista indipendente

Il terzo comma dell'art. 87 CCII conferma poi la necessità che il piano venga accompagnato dalla relazione di un professionista indipendente – il c.d. attestatore – che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, analogamente a quanto già previsto dall'art. 161, co. 3, L. Fall.

Il medesimo comma amplia tuttavia i compiti dell'attestatore precisando che, nel caso in cui il piano preveda la continuità aziendale, il professionista debba attestare anche che il piano è atto a:

- impedire o superare l'insolvenza del debitore;
- garantire la sostenibilità economica dell'impresa;
- riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale (riprendendo nella sostanza quanto previsto dall'art. 186 *bis* L. Fall. in tema di miglior soddisfacimento).

La norma precisa poi che la relazione dell'attestatore deve essere presentata unitamente alla proposta concordataria e ogni volta in cui vi siano modifiche sostanziali della proposta o del piano.

La norma definisce il "*professionista indipendente*" come "*il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Transazione sui crediti tributari e contributivi

Alessandro Solidoro

SOMMARIO: 4.1 La normativa introdotta dal CCII

L'ultimo intervento normativo sull'istituto della transazione fiscale anteriore all'entrata in vigore il 15 luglio 2022 del Dlgs n. 14, 12 gennaio 2019, aggiornato con le modifiche del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, è stato quello della legge n. 159 del 27 novembre 2020 di conversione del Dl n. 125 del 7 ottobre 2020.

Obiettivo dell'intervento normativo era rendere possibile il *cram down* fiscale e contributivo anche in mancanza di voto da parte dell'Amministrazione pubblica, accogliendo così l'esigenza di rendere possibili ristrutturazioni di debito anche in casi in cui l'inerzia delle Amministrazioni nell'esprimersi sulle proposte ricevute rendeva impossibile il raggiungimento delle maggioranze previste dai diversi istituti di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione.

L'intervento normativo aveva portato pertanto alla riformulazione dell'art. 180, comma 4, L. Fall., prevedendo che il Tribunale omologasse il concordato preventivo anche in "mancanza di voto" da parte delle Amministrazioni quando sussistevano le seguenti condizioni:

- il voto fosse determinante per il raggiungimento delle maggioranze;
- la proposta fosse conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, ove ciò risultasse dalla relazione del Professionista attestatore *ex* art. 161, comma 3, L. Fall.

La stessa facoltà per il Tribunale è stata prevista, in caso di "mancata adesione", per gli accordi di ristrutturazione, attraverso la modifica dell'art. 182 *bis*, comma 4, ove esistessero le due condizioni già sopra menzionate con riferimento al concordato preventivo.

Detta novella normativa ha generato immediatamente orientamenti dottrinali e giurisprudenziali discordanti e rappresentati da due ipotesi interpretative.

La prima, estensiva, che asseriva che il *cram down* fiscale e previdenziale fosse possibile non solo in caso di mancata manifestazione di volontà da parte dell'Amministrazione, ma anche in caso di esplicito diniego.

La seconda, restrittiva, secondo la quale l'omologazione "forzata" poteva essere disposta dal Tribunale solo in caso di silenzio dell'Amministratore, ma non nel caso di diniego espresso.

Da ultimo, questo nodo interpretativo è stato risolto dal Dl n. 118 del 24 agosto 2021 (convertito con modificazioni dalla legge n. 147 del 21 ottobre 2021) che all'art. 20, comma 1, lett. a, ha modificato l'art. 180, comma 4, L. Fall., prevedendo che "*il Tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione*".

In tal modo l'interpretazione estensiva della norma sul *cram down* tributario e contributivo appare confermata esplicitamente dalla norma.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

All'interno di detto contesto normativo, anche l'Agenzia delle Entrate aveva ritenuto di intervenire con una importante circolare, la n. 34/E del 29 dicembre 2020.

I punti che qui rilevano ai fini del successivo assetto che la transazione dei crediti tributari e contributivi ha trovato nel CCII sono sostanzialmente di seguito illustrati.

I flussi derivanti dalla continuità aziendale secondo l'AdE non sono qualificabili come "finanza esterna" in senso tecnico, in quanto ricavi riconducibili, comunque, al patrimonio del debitore e, pertanto sono destinati al soddisfacimento dei creditori secondo le regole del concorso, quanto meno nel senso di non alterare l'ordine delle cause di prelazione.

Secondo l'AdE quindi la distribuzione delle somme provenienti dai flussi di cassa prodotti dalla continuità aziendale deve avvenire in modo tale da assicurare in ogni caso un trattamento non deteriore alla pretesa tributaria rispetto ai creditori concorrenti, secondo le prescrizioni dell'art. 182 *ter,* comma 1, L. Fall. e allo stesso tempo, il miglior soddisfacimento rispetto alla alternativa liquidatoria.

Con questo assetto logico l'AdE ha ribadito che, in ordine ai criteri di ripartizione ai creditori del ricavato della liquidazione – compresi i flussi della continuità – ritiene applicabile la tesi della "priorità assoluta", secondo la quale il ricavato stesso va ripartito seguendo l'ordine dei privilegi, con la conseguenza che un credito può essere soddisfatto solo se vengono soddisfatti integralmente i crediti assistiti da un privilegio di grado superiore.

Rispetto a questo impianto coerente, anche se non forse del tutto condivisibile, l'AdE si è inerpicata su un cammino difficile, dichiarando possibile, eccezionalmente, un trattamento deteriore per l'erario in presenza di creditori "a valenza strategica", in funzione della imprescindibilità del loro apporto ai fini della continuità aziendale.

In tale fattispecie, conclude l'AdE, un trattamento del credito tributario non rigorosamente in linea con le prescrizioni normative relative all'ordine dei privilegi potrebbe anche ritenersi giustificabile nell'ambito delle valutazioni extracontabili connesse alla *ratio legis* della salvaguardia del valore dell'impresa.

Con questa deviazione dal principio della "priorità assoluta" l'AdE ha così aperto alla tesi della "priorità relativa", secondo la quale un creditore può essere soddisfatto con l'attivo del debitore anche senza che sia intervenuto l'integrale pagamento dei creditori con grado poziore.

Anzi a ben vedere, si tratta di una tesi della "priorità relativa" esasperata, in quanto non pare neppure necessario assicurare in parallelo al credito erariale un trattamento migliore rispetto a quelli di rango inferiore.

Ultimo intervento meritevole di menzione, questo di natura giurisprudenziale, è l'Ordinanza n. 17155 del 27 aprile 2022 della Cassazione Civile, Sez. I, che afferma il principio secondo il quale ai fini specifici dell'applicazione dell'art. 182 *ter,* L.F., che riguarda il trattamento dei crediti tributari e contributivi, non esiste la condizione preclusiva dell'integrale soddisfacimento dei crediti di rango superiore quale presupposto ai fini del soddisfacimento di quelli di rango inferiore.

La norma prescrive solo più elasticamente che *"se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore, o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle Agenzie e degli Enti gestori di forme di procedure e assistenza obbligatoria"*.

Resta ferma la condizione preclusiva che il soddisfacimento minimo dei creditori prelatizi è quello che essi ritrarrebbero dalla liquidazione a valore di mercato dei beni gravati da privilegio, pegno o ipoteca, sulla base di apposita attestazione del professionista.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Pertanto, la Suprema Corte apre con grande chiarezza al principio della "priorità relativa" nel trattamento dei debiti tributari e contributivi, conseguentemente molto facilitando le procedure di ristrutturazione con continuità aziendale, consentendo un utilizzo elastico dei flussi finanziari generati dalla continuità medesima. In questo contesto normativo, interpretativo e giurisprudenziale assai dinamico si inserisce, finalmente, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII).

4.1 La normativa introdotta dal CCII

La transazione è confermata essere l'unico strumento con il quale il debitore può proporre il pagamento parziale o anche dilazionato dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli Enti previdenziali.

Ciò sia nell'ambito delle diverse tipologie di accordi di ristrutturazione, sia nell'ambito del concordato preventivo sia esso liquidatorio o in continuità.

Riferendosi agli aspetti di maggior rilievo, deve essere immediatamente rilevato che la specialità delle regole della transazione fiscale, in tema di "priorità relativa" affermata anche dalla Ordinanza della Suprema Corte sopra citata, è venuta meno.

Oggi esiste infatti, l'art. 84, CCII, che, al comma 6 afferma un principio di portata generale sul rapporto tra i principi di priorità assoluta e di priorità relativa, enunciando che "*nel concordato con continuità aziendale il valore della liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi inferiori".*

Il principio di "priorità relativa" di soddisfacimento dei creditori è pertanto ora la regola generale per i concordati in continuità aziendale, con riferimento alla quota parte di valore a disposizione dei creditori in eccesso rispetto al valore di liquidazione.

Il primo grande pregio del CCII è quindi quello di eliminare ogni incertezza in ordine alla destinabilità dei flussi finanziari generati dalla continuità aziendale nei concordati, potendosi destinare indubitabilmente gli stessi – in quanto eccedenti il valore di liquidazione – al soddisfacimento dei creditori con privilegio inferiore a quelli tributari e contributivi.

4.1.1 Il trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo

Il trattamento dei crediti tributari e contributivi è regolato per il concordato preventivo dall'articolo 88, CCII.

Innovativo è il contenuto dell'incipit, che recita: "*Fermo restando quanto previsto per il concordato in continuità aziendale dall'art. 112, comma 2 ...".*

La norma citata riporta le quattro condizioni che debbono congiuntamente sussistere per l'omologazione del concordato in continuità, nell'ipotesi di esistenza di una o più classi dissenzienti:

- che il valore di liquidazione sia distribuito secondo il principio di priorità assoluta;
- che il valore eccedente sia distribuito per far si che le classi dissenzienti abbiano un trattamento almeno pari a quelle con analogo privilegio e non più favorevole rispetto a quelle di grado inferiore;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- che nessun creditore riceva più del suo credito;
- che la proposta sia approvata dalla maggioranza di classi, di cui almeno una privilegiata; o almeno una di quelle che sarebbero almeno parzialmente soddisfatte rispettando il principio di priorità assoluta anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Ciò sembra significare che il contenuto della proposta agli Enti tributari e previdenziali debba rispecchiare nel concordato in continuità i principi di omologabilità. Ciò anche ai fini della omologazione "forzosa" in caso di voto contrario degli Enti, prevista dall'articolo 88, comma 2 *bis,* CCII, se l'adesione è determinante per il raggiungimento delle maggioranze e se la proposta è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Ulteriore elemento di novità è una possibile differente articolazione dell'attestazione del professionista indipendente nelle diverse procedure di concordato preventivo liquidatorio e di concordato preventivo in continuità, funzionale all'ammissibilità delle procedure, all'espressione del voto da parte dei creditori e, in caso del verificarsi dei presupposti, al fine della omologazione forzosa della procedura.

Pare doversi leggere infatti, che l'attestazione di "convenienza" del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale sia necessaria in entrambe le figure di concordato. Invece, l'attestazione di sussistenza di un trattamento "non deteriore" rispetto all'alternativa liquidatoria si avrebbe nel solo concordato in continuità (art. 88, comma 2, CCII).

Se tale distinzione tra "trattamento conveniente" e "trattamento non deteriore" risultasse effettivamente sistematica, se ne dovrebbe dedurre che il concetto di convenienza definisce l'esistenza di una utilità differenziale quantitativamente significativa e non simbolica rispetto alla alternativa liquidatoria giudiziale.

Ben avrebbe senso, in un concordato liquidatorio – nel quale la preservazione di valori aziendali non esiste e che presuppone necessariamente una integrazione significativa dei valori degli attivi propri, cioè in una procedura che non gode del favore particolare del Legislatore rispetto alla liquidazione giudiziale – che la convenienza per l'Ente tributario o previdenziale debba essere consistente.

Invece nel concordato in continuità – nel quale preservare il funzionamento dei complessi aziendali è prioritario, realizzando il dichiarato interesse del Legislatore – ben è possibile che il vantaggio per il creditore derivante dalla proposta concordataria non sia necessariamente quantitativamente rilevante, ma si limiti alla non penalizzazione rispetto alla liquidazione giudiziale.

Qualche perplessità sull'effettiva portata sistematica del distinguo "trattamento conveniente" – "trattamento non deteriore" dipende dal fatto che, ad esempio, nel caso di contestazione di un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente in merito alla convenienza di una proposta di concordato liquidatorio, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura "non inferiore" rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 112, comma 5, CCII).

Quindi parrebbe che il concetto di trattamento conveniente significhi, anche nel concordato liquidatorio, un soddisfacimento semplicemente non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale.

In sintesi, l'attuale formulazione dell'art. 88, CCII, può essere presumibilmente foriera di decisioni disomogenee basate sulla diversa definizione di trattamento conveniente rispetto a quello di trattamento non deteriore nei giudizi di omologazione, che possono nuocere al corretto diffuso utilizzo dell'istituto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.1.2 La transazione sui crediti tributari e contributivi nell'ambito degli accordi di ristrutturazione

In primo luogo, il tenore letterale dell'art. 63, comma 1, CCII, chiarisce che la transazione fiscale e contributiva si può proporre nell'ambito degli accordi di ristrutturazione "ordinari" di cui all'art. 57, CCII, ma anche negli accordi di ristrutturazione agevolati *ex* art. 60 CCII e negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa *ex* art. 61, CCII.

La norma che regola il *"cram down"* è quella dell'art. 63, comma 2 *bis*, CCII.

Anche negli accordi di ristrutturazione le condizioni per l'omologa "forzosa" in mancanza di adesione da parte degli Enti tributari e Previdenziali sono quelle note:

- adesione determinante per il raggruppamento delle maggioranze;
- soddisfacimento conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, sulla base delle risultanze della relazione del Professionista indipendente.

È da notare che l'omologa forzosa è richiamata per gli accordi di ristrutturazione ordinari e per quelli agevolati, ma non per quelli ad efficacia estesa.

Nuovamente si osserva che ove la formulazione letterale della norma impedisse il *cram down* negli accordi ad efficacia estesa, l'utilizzo di questi ultimi risulterebbe nella pratica assolutamente compromesso, visto che il loro buon fine presupporrebbe necessariamente l'adesione degli Enti tributari e previdenziali alla transazione proposta.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

La riduzione o la perdita del capitale della società in crisi

Bruno Bartoli

SOMMARIO: 5.1 Le cinque fasce temporali

L'articolo 89 ("Riduzione o perdita del capitale delle società in crisi") del Codice della Crisi e dell'Insolvenza ripropone le regole già disciplinate dall'articolo 182 *sexies* legge fallimentare, ma solo per il concordato preventivo e non più per le ipotesi di domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione *ex* articolo 182 *bis* legge fallimentare.

All'istituto del concordato preventivo viene così confermato l'indirizzo del legislatore che – con l'articolo 33 Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 – aveva introdotto misure tese a facilitare la gestione della crisi d'impresa con revisioni alla norma concorsuale per favorire la continuità aziendale, consentendo nel caso specifico in esame la sospensione degli adempimenti finalizzati alla copertura delle perdite, a fare data dal deposito della domanda e sino all'omologazione, nelle ipotesi in cui si realizzino i presupposti *ex* articoli 2446, commi 2 e 3, 2747, 2482 *bis*, commi 4, 5 e 6 e 2482 *ter* del Codice civile, neutralizzando temporaneamente l'obbligo di scioglimento, così che la società possa evitare di dovere con immediatezza ricapitalizzare o liquidare escludendo ipotesi di ristrutturazione con continuità aziendale, o comunque ipotesi di ristrutturazione con attese migliori per il ceto creditorio rispetto allo scioglimento anticipato immediato in assenza di disponibilità ad adeguata ricapitalizzazione da parte della compagine societaria.

Percorso quest'ultimo realizzabile attraverso la "sospensione" come descritta, quindi nella condizione di verificare la fattibilità di realizzare i benefici degli effetti economici e patrimoniali del piano concorsuale a seguito dell'omologa, anche prescindendo dalla successiva esecuzione del piano nell'immediatezza del *post* omologa passata in giudicato, sostanzialmente attraverso la falcidia concordataria ed ipotesi di aumento di capitale sociale.

Quanto alle esigenze di conoscenza da parte dei terzi dell'intervenuta causa di scioglimento, in relazione alla mancata delibera di liquidazione, la sospensione degli obblighi *ex* articoli 2446 e 2447 del Codice civile per le società per azioni e articoli 2482 *bis* e 2482 *ter* del Codice civile per le società a responsabilità limitata, non compromette tale funzione informativa del capitale sociale nella misura in cui il deposito della domanda per il concordato preventivo venga effettuato con tempestività, fornendo la necessaria consapevolezza sullo stato del patrimonio attraverso le pubblicità connesse al deposito stesso.

La norma assume anche un valore di stimolo all'emersione della crisi, consentendo agli am-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ministratori la possibilità di contenere i rischi di responsabilità e alla società di verificare un percorso di ristrutturazione.

L'articolo 89 del Codice della crisi, nel sospendere gli obblighi derivanti dagli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482 *bis*, commi 4, 5 e 6 e 2482 *ter* del Codice civile, così come gli effetti delle cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 *duodecies* del Codice civile a fare data dal deposito della domanda per concordato preventivo, rappresenta un'eccezione al consolidato principio che a quel momento vuole cristallizzare il patrimonio del debitore a garanzia nel concorso dei creditori.

In questo senso potrebbe sussistere il rischio di ulteriore mortificazione del patrimonio nel corso della gestione successiva al deposito della domanda e apertura della procedura, in termini di capacità di rimborso ai creditori concorsuali, in un ambito di mancanza di pubblicità per i terzi dell'intervenuta causa di scioglimento presso il registro delle imprese, elementi in realtà contemperati dal monitoraggio costante da parte degli organi della procedura a supporto delle necessarie garanzie, oltre alla pubblicità conseguente all'apertura della fase interinale e concorsuale con la relativa visibilità presso il registro imprese.

Quanto sopra descritto implica in realtà un ulteriore rischio, ovvero la presentazione di un ricorso frettoloso per concordato preventivo con riserva; si tratta infatti di uno strumento da utilizzare con attenzione, sapendo che nel periodo interinale le attività di gestione straordinaria e la necessità del rispetto dei termini concessi non consentono all'impresa la fluidità nell'operatività che caratterizza la situazione *in bonis*, oltre al fatto che le obbligazioni in maturazione pretendono un adeguato flusso finanziario di copertura.

È pur vero che attività di gestione straordinaria effettuate nel periodo successivo al manifestarsi della causa di scioglimento e precedenti al deposito del ricorso, quali trattative sindacali o affitto di ramo di azienda eccetera, assumono elementi di potenziale responsabilità, ma questa è solo un'ulteriore motivazione ad una gestione attenta e preventiva dei sintomi di allerta.

Per apprezzare il valore di supporto all'impresa che lo strumento giuridico *ex* articolo 89 CCI può fornire, è opportuno definirne il ruolo all'interno delle diverse fasi cronologiche che si possono manifestare in circostanza di gestione della crisi con perdita del capitale, consentendo la sospensione degli obblighi di liquidazione della società al verificarsi di una causa di scioglimento con la presentazione della domanda di concordato preventivo.

5.1 Le cinque fasce temporali

Possiamo sintetizzarle in cinque fasce temporali di riferimento, qui riepilogate e a seguire analiticamente esaminate:

1. periodo anteriore al deposito della domanda con ricorso per concordato preventivo *ex* articolo 44 CCI concessione del termine;
2. periodo compreso fra il deposito della domanda e fino all'eventuale decreto di revoca del provvedimento di concessione dei termini *ex* articolo 44, comma 2 CCI;
3. periodo compreso fra il deposito della domanda e fino all'eventuale decreto di inammissibilità della proposta *ex* articolo 47, comma 3 CCI;
4. periodo compreso fra il deposito della domanda e fino alla sentenza di omologa *ex* articolo 48, comma 3 o di non omologa *ex* articolo 48, comma 7 CCI;
5. periodo successivo alla sentenza di omologa *ex* articolo 48, comma 3 CCI.

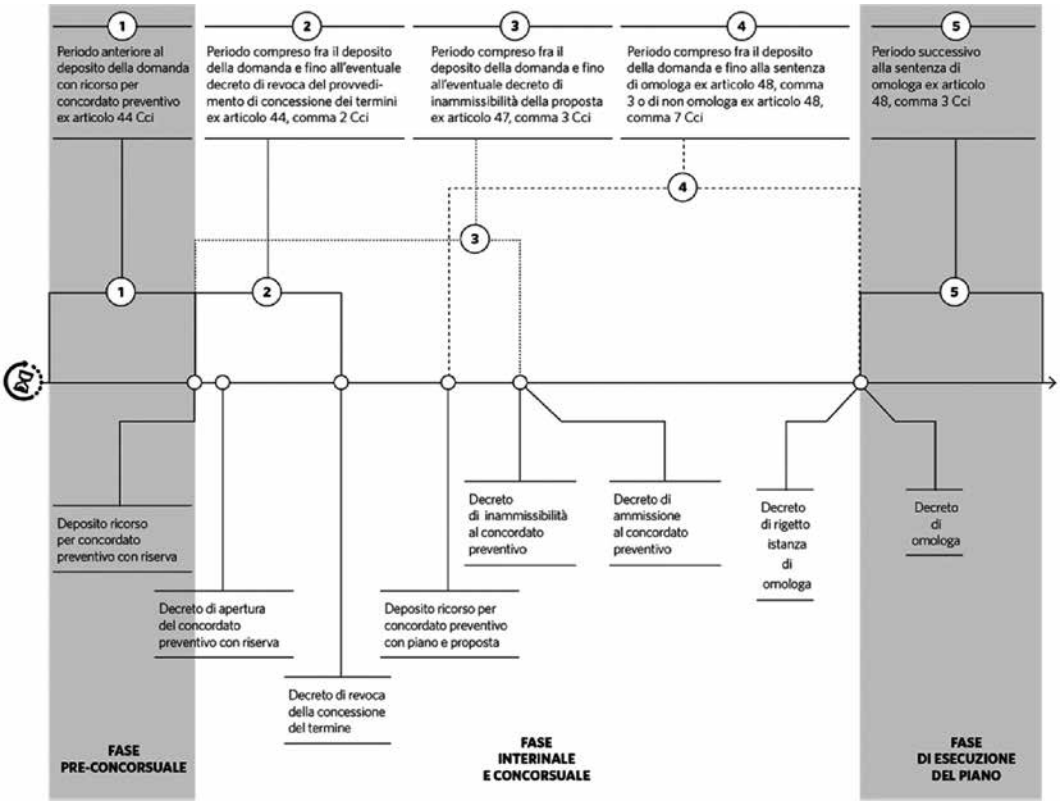
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta di una conferma del preesistente articolo 182 *sexies* legge fallimentare, questa dell'articolo 89 CCI, coerente con la formulazione dell'articolo 3 dello stesso Codice, ove si formalizza la necessità, per l'imprenditore individuale di adottare misure idonee alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte, e per l'imprenditore collettivo di adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice civile al fine di una tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Questi innesti normativi sono da coordinarsi con il 2° comma dell'art. 2086 del Codice civile.

A questo punto esaminiamo i cinque scenari che nella cronologia d'intervento della norma in esame abbiamo individuato in precedenza e, nel farlo, richiamiamo anche le indicazioni fornite dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie nel documento pubblicato il 19 settembre 2015 in "Orientamenti in materia di atti societari 2015" (14 P.B.1 – Deliberazioni sulle perdite di società soggetta a concordato preventivo e 15 P.B.2 – Determinazione del termine di scadenza degli effetti dell'articoli 182 *sexies* legge fallimentare nel caso di mancata omologa) tutt'ora ben compatibili con la nuova riformulazione della norma.

I CINQUE SCENARI INDIVIDUATI NELLA CRONOLOGIA DI INTERVENTO



RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.1.1 Periodo anteriore al deposito della domanda con ricorso per concordato preventivo ex articolo 44 CCI

L'articolo 89 CCI non esimerebbe gli amministratori da eventuali responsabilità *ex* articolo 2486 del Codice civile per il periodo anteriore al deposito della domanda di concordato *ex* articolo 161, comma 1 o con riserva *ex* articolo 161, comma 6 legge fallimentare, se prima del deposito si fosse già verificata la perdita del capitale oltre il minimo legale e gli amministratori, non adempiendo *ex* articolo 2447 e/o non accertando "senza indugio" *ex* articolo 2485, comma 1 del Codice civile, per avere determinato un danno alla società, ai soci, ai creditori e ai terzi in genere in *extrema ratio* vanificando nel periodo concorsuale i benefici della "sospensione".

Sulla base di tali considerazioni l'organo amministrativo tenderà a gestire con tempestività la decisione di accedere o meno al ricorso per concordato preventivo, sempre e comunque in presenza di concrete condizioni di fattibilità del piano nell'interesse di convenienza per i creditori.

L'urgenza che può caratterizzare queste situazioni fa sì che la decisione di presentare la domanda possa essere assunta ed effettuata dall'organo amministrativo, prima di convocare l'assemblea dei soci per informarla della situazione e della decisione assunta, in questo caso l'ipotesi di una ricapitalizzazione a cura della compagine sociale verrebbe rinviata in sede successiva.

In quest'ultimo caso la domanda presentata sarebbe preferibilmente per un concordato con riserva, così da poterla eventualmente revocare nell'ipotesi in cui la compagine sociale dovesse poi deliberare la ricapitalizzazione in misura adeguata alle necessità di risanamento.

La previsione statutaria che attribuisca all'assemblea dei soci la facoltà di deliberare il percorso concordatario potrebbe rappresentare una fonte di ritardo nell'efficacia della gestione della crisi; in ogni caso nel convocarla gli amministratori dovrebbero ben specificare nell'ordine del giorno il punto in cui viene chiesta la disponibilità a ricapitalizzare nella misura necessaria il capitale sociale e anche, al punto successivo da affrontare con immediatezza nell'ipotesi di mancanza di volontà per la ricapitalizzazione, la delibera riferita alla presentazione della domanda.

Tale delibera assembleare dovrebbe comunque assumere i caratteri dell'articolo 152 legge fallimentare per come richiamato dall'articolo 161, comma 4.

Criticità possono sorgere qualora la delibera di presentare la domanda di concordato sia riservata statutariamente all'assemblea e questa deliberi sì una ricapitalizzazione, ma con termini per importo e/o tempi o modalità di versamento, che l'organo amministrativo consideri inadeguati.

Qualora invece l'organo amministrativo sia legittimato al deposito della domanda, sempre previa verbalizzazione *ex* articolo 152 legge fallimentare per come richiamato dall'articolo 161, comma 4 e la presenti la domanda prima di convocare l'assemblea, a quest'ultima riferirebbe poi successivamente sui contenuti del ricorso.

Ove il ricorso venga presentato con tempestività, concetto temporale per la verità non facilmente quantificabile nella concreta gestione dell'impresa in funzionamento, rispetto all'emersione della perdita nei termini dell'articolo 2484, comma 1, n. 4 del Codice civile si preclude l'insorgere della responsabilità degli amministratori per la sospensione normata dello scioglimento.

Una lettura comparativa fra i commi 2 e 1 dell'articolo 89 potrebbe indurre a un senso di contraddizione; in altri termini: perché il legislatore legittima in corso di procedura la "sospensione", ma non la prevede nel periodo anteriore al deposito?

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

IL NUOVO TESTO DELL'ARTICOLO 2486 DEL CODICE CIVILE

Articolo 2486 Cc – Poteri degli amministratori

I° Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487 bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

II° Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma.

III° Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione, Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

È evidente che in assenza dei presupposti *ex* articolo 2486 del Codice civile, per cui al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna *ex* articolo 2487 *bis* gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale essendo personalmente e solidalmente responsabili dei danni per atti od omissioni compiuti in violazione, non si manifesterebbe la necessità di depositare istanza di concordato preventivo e allo stesso modo non si renderebbe utile e/o necessario potere "sospendere" gli effetti della perdita del patrimonio.

L'interpretazione più coerente potrebbe essere quella d'intendere che il legislatore si aspetti dall'organo amministrativo, a far data dal momento in cui viene perso il capitale, una gestione conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio sociale fino al deposito della domanda, così preservandosi da responsabilità, per poi godere della "sospensione" e sviluppare la gestione e le iniziative nel periodo interinale e/ o concorsuale.

Il comma 2 dell'articolo 89 CCI così dispone: "*Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al comma 1, l'applicazione dell'articolo 2486 del Codice civile".* È necessario quindi coordinare la norma con le modifiche apportate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza all'articolo 2486 del Codice civile: infatti, viene introdotto un terzo comma che introduce un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio (si veda il riquadro in questa pagina).

Con l'inserimento di questo comma la norma vuole risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettiva difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare. Il riferimento al nuovo comma 3 è a tutte le azioni di responsabilità, anche se promosse senza che sia stata aperta una procedura concorsuale, a maggior ragione il criterio di liquidazione del danno trova applicazione in ogni procedura regolata dal Codice della crisi e dell'insolvenza.

Abbiamo già verificato quanto la fascia temporale che precede il deposito della domanda di concordato preventivo sia delicata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il verificarsi di una causa di scioglimento non può necessariamente comportare la cessazione di tutte le attività d'impresa, fra le variabili da gestire c'è anche il fatto che dovendo dar corso ai contratti in essere per evitare ulteriore mortificazione della capacità di rimborso ai creditori sociali.

In buona sostanza al verificarsi di una causa di scioglimento gli amministratori sono chiamati a gestire le attività strettamente e direttamente finalizzate alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio; l'immediato e totale arresto dell'attività d'impresa esporrebbe ad azioni risarcitorie da parte di committenti e più in generale dei creditori.

CONVOCAZIONE DELL'ASSEMBLEA "SENZA INDUGIO"

Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie
H.G.26 – Aspetti formali della relazione sulle perdite ex articolo 2446 del Codice civile

L'articolo 2446 del Codice civile, da ritenersi applicabile anche all'ipotesi più grave di perdita di cui all'articolo 2447, prevede che debba essere sottoposta all'assemblea una relazione sulla situazione patrimoniale della società.

Detta relazione presuppone logicamente che sia redatta anche la vera e propria situazione patrimoniale della società.

È dubbio se la situazione patrimoniale intermedia debba essere costituita, oltre che dallo stato patrimoniale, anche dal conto economico e dalla nota illustrativa.

Nel silenzio della legge è preferibile applicare un principio sostanziale in virtù del quale la documentazione redatta dagli organi sociali debba essere tale da garantire una sufficiente informazione dei soci.

Pertanto, stante l'urgenza dell'intervento richiesto "senza indugio" nel caso di perdita, sarà sufficiente anche il solo stato patrimoniale se accompagnato da una relazione sulla perdita che supplisca comunque alla carenza di informazioni nascente dalla mancata redazione del conto economico e della nota illustrativa.

L'organo amministrativo è ben consapevole del fatto che mantenendo la prosecuzione dell'impresa, in luogo di una mera liquidazione, il patrimonio della società continua a essere un complesso economico funzionante teso a produrre reddito, pur con una gestione di carattere "conservativo" e non dinamico in cui le scelte strategiche e gli indirizzi produttivi sono tendenzialmente strutturati per una strategia di prosecuzione dell'attività con le medesime caratteristiche della gestione del precedente esercizio gestendo l'impresa con l'obiettivo di traghettare la gestione ai liquidatori sociali, ovvero come vedremo, alla presentazione di ricorso con domanda per concordato preventivo.

La gestione di questo "delta temporale" è caratterizzata dalla necessità di mantenere in equilibrio due esigenze che potrebbero essere contrapposte:

- la tempestività, da parte degli amministratori, nel convocare l'assemblea – senza indugio – per la delibera di scioglimento anticipato al verificarsi di relativa causa (*si veda il riquadro a pagina precedente*);
- la necessità, da parte degli amministratori, di verificare la possibilità di gestire la crisi d'impresa attraverso un percorso concorsuale di concordato preventivo, con tempi ragionevolmente non immediati, nella necessità di conservare il valore d'impresa senza attivare nuovi affari, e al contempo rischiando di ritrovarsi a dovere prendere atto dell'impossibilità di predisporre una seria domanda per concordato preventivo.

Quanto sopra descritto rappresenta gli elementi di riferimento nelle valutazioni *ex post* di eventuale sussistenza di responsabilità da parte degli amministratori, ed eventualmente componenti degli organi di controllo, nella società fallita qualora non avessero per tempo posto in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

essere una gestione "conservativa" procrastinando l'attività d'impresa in termini non solo conservativi anche dopo l'azzeramento del capitale sociale determinando, ed è questo il punto, un aumento nelle perdite della società.

CAUSA DI SCIOGLIMENTO E INSOLVENZA: CRONOLOGIA

Causa di scioglimento anticipato manifestatasi prima dell'insolvenza	Si devono calendarizzare: 1) il momento in cui gli amministratori hanno verificato, o erano in condizione di farlo, il verificarsi della causa di scioglimento; 2) se gli amministratori abbiano proceduto «senza ritardo» alla formalizzazione dello stato liquidatorio, ma abbiano prima di allora causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio; 3) in questo caso 2) se il liquidatore abbia causato «danni risarcibili» in mala gestio o ritardato il percorso concorsuale; 4) Se gli amministratori abbiano proceduto «con ritardo» alla formalizzazione dello stato liquidatorio e se nel lasso temporale abbiano causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio o per «illecita prosecuzione dell'attività»; 5) in questo caso 3) se il liquidatore abbia commesso atti di mala gestio o abbia ritardato il «fallimento in proprio»; 6) se gli amministratori abbiano «omesso» alla formalizzazione dello stato liquidatorio, ritardando fino al fallimento, e se in questo lasso temporale abbiano causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio o per «illecita prosecuzione dell'attività».
Insolvenza manifestatasi prima della causa di scioglimento anticipato	Si devono calendarizzare: 1) il momento in cui gli amministratori hanno verificato o erano in condizione di farlo il verificarsi della causa di scioglimento; 2) se gli amministratori abbiano proceduto «senza ritardo» alla formalizzazione dello stato liquidatorio, ma abbiano prima di allora causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio; 3) se gli amministratori abbiano proceduto «con ritardo» alla formalizzazione dello stato liquidatorio e se nel lasso temporale abbiano causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio o per «illecita prosecuzione dell'attività»; 4) se gli amministratori abbiano «omesso» alla formalizzazione dello stato liquidatorio, ritardando fino al fallimento, e se in questo lasso temporale abbiano causato «danni risarcibili» per atti di mala gestio o per «illecita prosecuzione dell'attività».

Se diversamente gli amministratori avessero convocato l'assemblea per trasformare la società, ovvero ricapitalizzarla o infine porla in liquidazione in corrispondenza della perdita del capitale, il danno per il ceto creditorio non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe contenuto.

Mentre è consueto che al verificarsi di una causa di scioglimento, in assenza delle condizioni per un'utile e risolutiva trasformazione e/o ricapitalizzazione, l'impresa si adoperi per verificare, fra le altre ipotesi che il legislatore mette a disposizione, la fattibilità di un percorso concorsuale di concordato preventivo in continuità, lo è molto meno che nella stessa circostanza l'impresa si attivi per costruire lo scenario di liquidazione volontaria con cessazione dell'attività, misurando tutti quelli che sarebbero gli effetti sulla capacità di rimborso ai creditori in termini di somme e tempistiche.

In questo senso l'impresa si attiva per esaminare uno scenario di fattibilità strutturando documentalmente le attività propedeutiche e le fasi successive.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ciò che non deve essere trascurato, nel momento in cui si realizza la causa di scioglimento, è la necessità di misurare gli effetti e le conseguenze della chiusura dell'impresa, in sostanza simulare l'intero periodo di liquidazione:

- per disporre di un supporto di confronto fra costi e benefici con l'ipotesi di continuità;
- per potere monitorare, nell'eventuale percorso intrapreso di continuità, il non aggravamento della capacità di rimborso ai creditori determinato da ulteriore aggravamento nei valori patrimoniali;
- a futura memoria essendo ben fattibile una valutazione *" dei costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione, ..."* da parte dell'imprenditore in tempo reale al verificarsi della causa di scioglimento (la simulazione del percorso liquidatorio con cessazione dell'attività non può limitarsi a una fotografia delle poste attive alla data di verificarsi della causa di scioglimento, rettificandole con i valori di presunta monetizzazione per confrontarle con le obbligazioni in essere alla stessa data, occorre invece considerare gli oneri connessi alla gestione come trattative con i lavoratori, risarcimenti per inadempienze contrattuali, spese di gestione della fase liquidatoria), mentre assai più arduo sarebbe farlo *ex post* mantenendo la visione prospettica che concretamente era in essere *ex ante*.

Quella della causa di scioglimento anticipato è una situazione riferita alla struttura patrimoniale dell'impresa le cui riflessioni in ambito concorsuale devono rapportarla agli aspetti finanziari riferiti alle situazioni di insolvenza.

Cronologicamente la causa di scioglimento e l'insolvenza non necessariamente coincidono essendo riferita alla struttura patrimoniale dell'impresa la prima e a quella finanziaria la seconda, ancorché spesso derivanti entrambe da cause riferibili alla gestione economica.

DEFINIZIONI

Vale la pena richiamare i concetti di "crisi" e "insolvenza" come definiti all'articolo 2 CCI.
Con riferimento al concetto di "crisi" si riportano sia la versione Dlgs 83/2022 e teso a modificare il CCI Dl Dgs 12/01/2019, n. 14 in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva "Insolvency"), che quella successiva.
Il concetto di "insolvenza" non è stato oggetto di variazioni.
Versione ante - Crisi: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;
Versione post - Crisi: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi;
Insolvenza: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.
Il diverso succedersi della causa di scioglimento rispetto all'insolvenza determina elementi di attenzione da parte dell'organo amministrativo e degli organi di controllo societario, riepilogati nel riquadro alla pagina precedente.

5.1.2 Cause di scioglimento anticipato

Restano ora da definire quelle che a livello codicistico sono le cause di scioglimento anticipato. A seguire, esaminiamo le diverse fattispecie.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

SOCIETÀ PER AZIONI

Articolo 2446, commi 2 e 3 Cc - Riduzione del capitale per perdite

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436.

È questo il caso in cui l'organo amministrativo, a fronte di perdite che abbiano eroso il capitale in misura supere al terzo, deve convocare l'assemblea dei soci per un'adeguata e aggiornata informazione.

L'articolo 89 CCI dispone che non si applichino i commi 2 e 3 dell'articolo 2446 del Codice civile, ma non richiama il comma 1 per cui non viene sospeso l'obbligo degli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, di convocare senza indugio l'assemblea per gli opportuni provvedimenti.

Alla compagine sociale viene quindi riconosciuto il diritto nel conoscere la misura della crisi.

La situazione patrimoniale presa a riferimento dev'essere quanto più possibile aggiornata e rispettosa dei criteri di chiarezza, correttezza e veridicità previsti per il bilancio di esercizio dagli articoli 2423 ss. del Codice civile.

Se viene preso a riferimento l'ultimo bilancio di esercizio approvato devono essere evidenziate le variazioni nel frattempo intervenute con significatività, affinché i soci possano disporre di un'adeguata consapevolezza.

Il legislatore non ha fissato un termine cronologico specifico per qualificare come "aggiornata" la situazione patrimoniale presa a riferimento, questo dev'essere valutato per ciascuna situazione concreta con riferimento alla dimensione della società, alla complessità dei rilevamenti contabili e a eventuali fatti sopravvenuti idonei a far fondatamente supporre che la situazione patrimoniale, rispetto alla data di riferimento della relazione degli amministratori, possa essere mutata nel frattempo in modo significativo.

SITUAZIONE PATRIMONIALE E FATTI DI RILIEVO

Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie
H.G.3 – Fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della situazione patrimoniale ex articolo 2446, comma 1 del Codice civile

I fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società di cui gli amministratori devono dare conto in assemblea ai sensi dell'articolo 2446, comma 1 del Codice civile consistono in fatti che incidono sulle prospettive future della società e quindi sulla previsione di andamento della stessa (per esempio: stipulazione di un importante contratto), possono anche riguardare eventi sopravvenuti che abbiano inciso sulla entità della perdita riducendola o aumentandola.

In ogni caso il capitale, ai sensi del comma 2 dell'articolo 2446, o dell'articolo 2447 del Codice civile, deve essere ridotto sempre in proporzione delle perdite accertate e l'accertamento delle perdite è affidato a un documento contabile quale è la relazione sulla situazione patrimoniale della società e non al resoconto orale degli eventi sopravvenuti effettuato nella riunione assembleare da parte degli amministratori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A seguito della presentazione di domanda di concordato preventivo se nell'esercizio successivo persiste la perdita di oltre un terzo del capitale sociale, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di esercizio vede sospeso e rinviato l'obbligo di ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate, al contempo gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza sono esentati dall'obbligo di chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.

La norma, nel sospendere l'applicazione dei commi 2 e 3, vuole fornire uno strumento giuridico teso al risanamento, senza però per questo deresponsabilizzare l'organo amministrativo che è comunque tenuto a conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale.

Sul punto si richiama il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie (H.G.3 – Fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della situazione patrimoniale *ex* articolo 2446, comma 1 del Codice civile; si veda il riquadro alla pagina successiva).

SOCIETÀ PER AZIONI

Articolo 2447 Cc - Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale
Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

A seguito del deposito della domanda di concordato se per la perdita di oltre un terzo il capitale sociale si sia ridotto al disotto del minimo legale, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza sono esentati dal convocare senza indugio l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

Articolo 2482 bis, commi 4, 5 e 6 Cc - Riduzione del capitale per perdite
Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti nominati ai sensi dell'articolo 2477 devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Si applica, in quanto compatibile, l'ultimo comma dell'articolo 2446.

A seguito della presentazione di domanda di concordato preventivo se nell'esercizio successivo persiste la perdita di oltre un terzo del capitale sociale l'assemblea ordinaria che approva il bilancio di esercizio vede sospeso e rinviato l'obbligo di ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate, al contempo gli amministratori e i sindaci sono esentati dall'obbligo di chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

Articolo 2482 ter Cc - Riduzione del capitale al di sotto del minimo legale
Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al detto minimo. È fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società.

A seguito del deposito della domanda di concordato se per la perdita di oltre un terzo il capitale sociale si sia ridotto al disotto del minimo legale, gli amministratori sono esentati dal convocare senza indugio l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

SOCIETÀ DI CAPITALI

Articolo 2484, numero 4 Cc - Cause di scioglimento
Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono: 4) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482 ter.

A seguito della domanda di concordato preventivo la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale rende inoperante la causa di scioglimento prevista dal numero 4 dell'articolo 2484.

SOCIETÀ COOPERATIVE

Articolo 2545 duodecies Cc - Scioglimento
La società cooperativa si scioglie per le cause indicate ai numeri 1), 2), 3), 5), 6) e 7) dell'articolo 2484, nonché per la perdita del capitale sociale.

A seguito della domanda di concordato preventivo la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale rende inoperante la causa di scioglimento prevista dall'articolo 2545 *duodecies* per le cooperative.

Esaminato il periodo anteriore al deposito della domanda di concordato preventivo possono verificarsi cinque situazioni, di cui due con interruzione del periodo concorsuale prima dell'udienza di omologa, due in corrispondenza dell'udienza di omologa e una successiva nella fase di inizio dell'esecutività dal piano.

5.1.3 Periodo compreso fra il deposito della domanda e fino all'eventuale decreto di revoca del provvedimento di concessione dei termini ex articolo 44, comma 2 CCI

È questo il periodo compreso fra il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva e la successiva eventuale revoca di concessione dei termini prima dello scadere degli stessi su segnalazione del commissario o del pubblico ministero avendo accertato atti di frode ai creditori non dichiarati nella domanda ovvero condotte del debitore tali da pregiudicare una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

soluzione efficace della crisi, o comunque nell'ipotesi di violazione degli obblighi informativi. O, infine, per il mancato versamento entro il termine perentorio delle spese di procedura.

La norma di cui all'articolo 89 CCI considera sufficiente, per sospendere gli effetti delle cause di scioglimento anticipato, il mero deposito della domanda di concordato, prescindendo dalla successiva ammissione.

Le eventuali responsabilità degli amministratori in questo periodo non potrebbero essere più riferibili al fatto di gestire l'impresa nonostante l'intervenuta causa di scioglimento, lo potrebbero essere nell'ipotesi di gestione inadatta alla garanzia di tutela del patrimonio nell'interesse dei creditori.

In tal senso si realizzerebbe un periodo di "legittimazione" alla sospensione anche a seguito della domanda fino a quando la stessa venisse poi revocata ai sensi dell'articolo 44, comma 2 CCI su segnalazione del commissario giudiziale per atti di frode a danno dei creditori non dichiarati nella domanda, condotte tali da pregiudicare una soluzione alla crisi ovvero per violazione degli obblighi informativi periodici.

In realtà il legislatore non ha ben definito criteri di gestione del patrimonio nel periodo interinale e in quello successivo concorsuale fino all'omologa, è tuttavia chiaro che la gestione potrà non avere un carattere meramente conservativo, specie nelle ipotesi di continuità, e sempre attenta alla tutela dei creditori in prededuzione e anteriori.

5.1.4 Periodo compreso fra il deposito della domanda e fino all'eventuale decreto di inammissibilità della proposta ex articolo 47, comma 3 CCI

A seguito del deposito della domanda è possibile che il tribunale rilevi la mancanza delle condizioni necessarie per l'apertura e fra queste, recependo una precisa indicazione della legge delega, anche la verifica di fattibilità economica del piano.

In questa ipotesi, a seguito del contraddittorio con il debitore, il pubblico ministero e i creditori che avessero depositato ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, il tribunale disporrebbe decreto di inammissibilità.

La tempistica di questo scenario sarebbe determinata da due situazioni possibili:

- nell'ipotesi di deposito del ricorso per concordato preventivo al termine del periodo interinale corrisponderebbe sostanzialmente al periodo interinale stesso e all'ulteriore lasso di tempo necessario al tribunale per esaminare il ricorso con il piano e la proposta;
- nell'ipotesi di deposito della domanda senza transitare dal concordato con riserva la tempistica sarebbe determinata dalla complessità del fascicolo e dal calendario di impegni del tribunale, in ogni caso si tratterebbe di un periodo breve, durante il quale l'attenzione degli amministratori per un'attività meramente conservativa del patrimonio, sarebbe alta.

5.1.5 Periodo compreso fra il deposito della domanda e fino alla sentenza di omologa ex articolo 48, comma 3 o di non omologa ex articolo 48, comma 7 CCI

A seguito dell'approvazione del piano e della proposta da parte dei creditori è possibile che in sede di ricorso per l'omologazione questa venga disposta o rigettata.

La tempistica corrisponderebbe all'intero periodo compreso fa il deposito della domanda iniziale e l'udienza di omologa (o più precisamente alla seduta collegiale conseguente del tribunale).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.1.6 Periodo successivo alla sentenza di omologa ex articolo 48, comma 3 CCI

A seguito del passaggio in giudicato del concordato preventivo le società per azioni ai sensi degli articoli 2446 e 2447 del Codice civile, le società a responsabilità limitata degli articoli 2482 *bis* e 2482 *ter*, sono nuovamente soggette agli obblighi ivi previsti, così che l'organo amministrativo dovrà verificare se, e se sì in che misura, a seguito dell'omologazione del piano ancorché ancora non eseguito gli effetti economici sul patrimonio lo rendano esente da cause di scioglimento.

Se a questo punto il contenuto del piano concorsuale non consente il riequilibrio patrimoniale verrà deliberata la fase di liquidazione in esecuzione del piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

Le proposte e le offerte concorrenti

Bruno Bartoli

SOMMARIO: 6.1 Le proposte concorrenti – 6.2 I soggetti legittimati a presentare la proposta – 6.3 L'inammissibilità delle proposte – 6.4 Il ruolo del commissario giudiziale – 6.5 I caratteri della proposta – 6.6 La relazione integrativa – 6.7 Il decreto di omologazione – 6.8 Le offerte concorrenti

6.1 Le proposte concorrenti

L'articolo 90 ("Proposte concorrenti") del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ripropone, con modifiche, regole già disciplinate dall'articolo 163, commi 4, 5, 6 e 7 legge fallimentare (introdotto dall'articolo 4, Dl 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132), come anche precisato nella relazione illustrativa a corredo dell'articolo 90 del Codice stesso, confermando la possibilità di presentare proposte alternative rispetto a quella del debitore, al fine di:

- evitare che il debitore presenti proposte sproporzionatamente inferiori rispetto al reale valore di cui dispone;
- stimolare il debitore già nella fase pre concorsuale, e nell'eventuale successivo periodo di concessione del termine, alla preparazione di una proposta con percentuali di rimborso per i chirografi superiori alle soglie che vanno ad impedire l'ammissibilità di proposte concorrenti;
- massimizzare la contendibilità dell'impresa stimolando la concorrenza nell'interesse del ceto creditorio;
- massimizzare lo sviluppo di un mercato dei crediti concorsuali tra coloro che intendono liquidare immediatamente la posizione creditoria e i soggetti interessati a valutare le opportunità offerte dalla possibilità di acquisizione dell'impresa.

Al proposito si possono distinguere tre categorie di "proposte concorrenti":

- Originali: le proposte concorrenti che per il reperimento della provvista concordataria si affidano ad un Piano innovativo rispetto a quello principale – Occorre una Relazione attestativa in relazione alla fattibilità del Piano;
- Derivate: prendono spunto dal piano del debitore per poi discostarsene, assumendo una propria autonomia – L'attestazione è necessaria per gli elementi di novità;
- Parassitarie: Adottano il Piano della Proposta principale senza modifiche – Non occorre specifica Attestazione.

Le variazioni presentate dall'articolo 90 CCI, rispetto all'articolo 163, commi 4, 5, 6 e 7 legge fallimentare, non stravolgono la versione preesistente, pur modificandola in passaggi significativi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A supporto, nell'analisi delle due versioni, si ripropongono le norme (v. l'apposito riquadro riportato a pagina seguente), confrontandole per evidenziare le parti comuni rispetto a quelle modificate.

L'iniziativa di presentare il ricorso per concordato preventivo resta di esclusiva discrezione del debitore, al contempo il creditore qualificato resta libero di proporre un piano ed una proposta del tutto nuovi e diversi rispetto a quelli principali, oppure omogenei ancorché con differenze tali da rendere necessaria l'attestazione ed infine le così dette parassitarie che ricalcano quella principale con modifiche tali da non necessitare di attestazione facendo riferimento alla relazione del commissario giudiziale.

6.1.1 La ricerca di un equilibrio fra opposte esigenze

È questa una norma che, pur limitatamente a determinate condizioni, toglie all'imprenditore in crisi l'esclusività nella legittimazione di potere presentare all'adunanza dei creditori fissata dal Decreto di ammissione piano e proposta nel concordato preventivo.

È un istituto che impatta sulle scelte strategiche del ricorrente già nella fase pre-concorsuale in cui l'imprenditore, nel valutare l'approccio al ricorso per concordato preventivo, deve mettere in conto la possibilità che una percentuale qualificata di almeno il 10% della massa creditrice possa presentare una o più proposte concorrenti.

Oltre all'organo amministrativo del debitore che predispone il ricorso per concordato preventivo, anche la compagine sociale dell'impresa in crisi vedrà potenzialmente compromessa la possibilità di mantenere il ruolo di proprietà al termine di un percorso concorsuale di ristrutturazione, restando invariata la possibilità, nelle ipotesi in cui il debitore sia una società per azioni o una società a responsabilità limitata, di una proposta che preveda l'intervento di terzi e un aumento di capitale sociale con limitazione o addirittura esclusione, del diritto d'opzione.

Il legislatore in questa fase cerca un delicato equilibrio fra il rispetto dei diritti della proprietà – che nello scenario in esame potrebbe essere estromessa attraverso un piano elaborato da soggetti terzi rispetto alla compagine sociale senza potere esercitare il diritto d'opzione – e l'obiettivo di massimizzare le possibilità di offrire ai creditori concorsuali la migliore opportunità di rimborso del credito vantato.

Nella ricerca di equilibrio fra le opposte esigenze descritte, il legislatore ha mantenuto l'esclusività della legittimazione alla presentazione del ricorso per concordato preventivo al debitore, solo a seguito della presentazione del concordato preventivo, e della relativa ammissione, una percentuale qualificata di massa concorsuale pari ad almeno il 10% del totale può presentare proposta concorrente.

In realtà, sul punto la norma non è esplicita perché non esclude espressamente che prima del deposito del ricorso corredato del piano e della proposta un creditore possa presentare proposta concorrente; tuttavia, è da intendersi che nell'eventuale periodo interinale precedente, ovvero nelle more del procedimento di concordato con riserva, la presentazione non possa essere effettuata mancando la proposta principale verso cui concorrere.

Se così non fosse nel periodo interinale si svilupperebbero scenari contraddittori:

- nell'ambito del termine concesso il debitore può costruire un Piano ed una Proposta con percentuali di rimborso a favore dei creditori chirografi tali da escludere l'ammissibilità di proposte concorrenti;
- il debitore può gestire una strategia che transiti per atti di straordinaria amministrazione specificamente autorizzati e finalizzati alla definizione del progetto nella sua unicità, che il creditore qualificato non potrebbe prevedere;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- il debitore potrebbe rinunciare alla procedura nel periodo interinale;
- la concessione del termine potrebbe essere revocata;
- il debitore potrebbe presentare istanza di omologa per accordo di ristrutturazione.

PROPOSTE CONCORRENTI, TESTI A CONFRONTO

LEGGE FALLIMENTARE	CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA
Articolo 163, commi 4, 5, 6 e 7 – Ammissione alla procedura e proposte concorrenti	**Articolo 90 - Proposte concorrenti**
(4) Uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. La relazione di cui al comma terzo dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano. **(5)** Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La proposta può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione. **(6)** I creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe. **(7)** Qualora la proposta concorrente preveda diverse classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori ai sensi del secondo comma dell'articolo 171, deve essere sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.	**1. Colui o coloro** che, anche per effetto di acquisti successivi alla domanda di **concordato**, rappresentano almeno il dieci per cento dei **creditori** risultanti dalla situazione patrimoniale depositata **del debitore**, possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre 30 giorni prima **della data iniziale stabilita per la votazione** dei creditori. **2.** Ai fini del computo della percentuale del 10%, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. **3. La proposta concorrente non può essere presentata dal debitore, neppure per interposta persona, dal coniuge, dalla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso o dal convivente di fatto del debitore, da parenti e affini entro il quarto grado e da parti correlate**. **4.** La relazione di cui **all'articolo 87**, **comma**, può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa **se non ve ne sono**. **5.** Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui **all'articolo 87**, **comma 3**, il professionista **indipendente** attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. **Tale percentuale è ridotta al 20 per cento nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'articolo 13**. **6.** La proposta può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione. **7.** La proposta concorrente prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle classi. **8. Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a venti giorni prima della votazione dei creditori**.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La percentuale del 10% di massa creditoria concorsuale può anche essere raggiunta attraverso l'acquisto di crediti successivamente all'apertura della fase interinale e/o concorsuale, ampliando di fatto le opportunità d'intervento a favore di soggetti esterni sia all'impresa debitrice sia ai rispettivi creditori originari, tipicamente società specializzate nell'acquisto e nella gestione dei crediti non performanti.

6.2 I soggetti legittimati a presentare la proposta

In questi passaggi la norma – l'articolo 163, comma 4 legge fallimentare e il corrispondente articolo 90, comma 1 CCI – non viene modificata se non in misura marginale, mantenendo intatta l'esclusione dei crediti vantati dalla società controllante, dalle società controllate e sottoposte a comune controllo, così come anche la limitazione dell'attestazione del professionista indipendente alla fattibilità del piano per quelle parti che, coincidendo con quello già presentato dal debitore, sono state oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale nella relazione presentata ai creditori.

Non è chiara la motivazione per cui si sia ritenuto necessario modificare l'individuazione del soggetto legittimato a presentare proposta concorrente dalla formulazione "Uno o più creditori che, " dell'articolo 163, comma 4 legge fallimentare a quella di "Colui o coloro che, " dell'articolo 90, comma 1 CCI. Resta comunque confermata la legittimazione a presentare la proposta concorrente da parte di un soggetto che, in ipotesi estrema, non fosse creditore al tempo del deposito del ricorso e lo diventi in misura non inferiore al 10% nel periodo successivo. All'articolo 90, comma 3 del

Codice della crisi e dell'insolvenza viene inserita un'esplicita esclusione dalla possibilità di presentare la proposta concorrente da parte del debitore stesso direttamente o per interposta persona, così come dal coniuge, da conviventi, parenti, affini fino al quarto grado di parentela e parti correlate.

6.3 L'inammissibilità delle proposte

A ulteriore conferma dell'importanza che assumono, rispetto all'articolo 163, comma 5 legge fallimentare, l'articolo 90, comma 5 CCI, a fronte di un'attestazione di proposta del debitore in grado di soddisfare il ceto chirografo per almeno il 30% del credito, viene esclusa la possibilità di presentazione di proposte concorrenti; misura che si riduce al 20% nell'ipotesi in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'articolo 13: *Istituzione della piattaforma telematica nazionale e nomina dell'esperto*.

La legge di conversione del Dl 83/2015, con applicazione ai procedimenti di concordato preventivo introdotti dal 21 agosto 2015, aveva attribuito un vantaggio al debitore che presentasse domanda di concordato con piano in continuità, rispetto alla domanda liquidatoria, escludendo la possibilità di presentare proposte concorrenti qualora il professionista indipendente attestasse che la proposta fosse in grado di ripartire una percentuale non inferiore al 30% a favore dei creditori chirografi, mentre tale esclusione nelle ipotesi liquidatorie era prevista per scenari di riparto a favore dei chirografi non inferiori al 40%.

L'articolo 90 del Codice della crisi mantiene la possibilità di escludere proposte concorrenti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

allineando la percentuale minima di riparto a favore dei creditori chirografi alla percentuale del 30%, con l'ulteriore opportunità di ridurre la percentuale al 20% nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'articolo 13.

Il legislatore anche in questo caso ha voluto costruire un equilibrio fra le legittimazioni del debitore e l'interesse del tessuto economico, stimolando preventivamente l'imprenditore affinché, presa consapevolezza della crisi, non ritardasse la dolorosa formalizzazione della stessa investendo sul percorso concorsuale con tempestività tale da consentirgli la legittimazione in esclusiva di gestire la presentazione del piano e della proposta, in termini di continuità o liquidatori che sia, escludendo la possibilità di proposte concorrenti attraverso una capacità di rimborso ai creditori chirografi per almeno qualche decina di punti percentuali.

I terzi legittimati possono presentare proposte concorrenti non oltre i 30 giorni che precedono l'inizio dei lavori per l'adunanza dei creditori e a seguire possono presentare modifiche non oltre i 20 giorni che precedono l'adunanza (termine questo previsto dal Codice della crisi mentre la legge fallimentare lo fissa nei 15 giorni precedenti), termine che sussiste anche per il debitore ricorrente.

6.4 Il ruolo del commissario giudiziale

Assume particolare delicatezza il ruolo del commissario giudiziale nel momento in cui un creditore legittimato abbia interesse a esplorare un percorso teso a presentare proposta concorrente.

L'articolo 92, comma 3 CCI non modifica il corrispondente articolo 165, comma 3 legge fallimentare[PC1] , a eccezione di un passaggio di mera forma: *" che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima* ***stessa*** *e previa "*. Si conferma quindi come l'attività informativa del commissario giudiziale sia funzionale a che i creditori qualificati che ne facciano richiesta possano disporre delle informazioni utili per la presentazione delle proposte concorrenti, ma previa valutazione della congruità della richiesta ed assunzione di opportuni obblighi di riservatezza.

Art. 92, 3° comma, CCI

3. Il commissario giudiziale vigila sull'attività del debitore e fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. Nel concordato in continuità aziendale, nel termine concesso ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera a), il commissario giudiziale, se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive di cui all'articolo 54, comma 2, affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione.

La conoscibilità di informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti dev'essere garantita dal commissario sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore e da ogni altra informazione rilevante in suo possesso.

È indubbio che si tratti di passaggi delicati, disciplinati da una norma con indicazioni tali

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

da attribuire all'esperienza del commissario giudiziale la valutazione degli opportuni provvedimenti e la determinazione delle modalità di accesso.

In questa sede va anche considerato che il creditore qualificato che abbia accesso alle informazioni non necessariamente presenterà poi proposta concorrente, ed anche in ipotesi non necessariamente presenterà una proposta ammissibile e/o migliore rispetto a quella principale.

Del resto, non può essere pretesa riservatezza sulle informazioni acquisite da parte del creditore qualificato verso sé stesso, ed analogamente per gli eventuali soggetti terzi chiamati dal creditore alla costruzione della proposta concorrente, ciò che però deve essere garantito è la riservatezza di questi verso altri soggetti.

Il creditore qualificato che non abbia intenzione di divulgare le informazioni di cui viene in possesso non ha ostacolo ad assumere impegno alla riservatezza; il commissario giudiziale è anche chiamato all'interesse della massa dei creditori evitando che possa essere svilito il patrimonio residuo dell'imprenditore attraverso divulgazione di dati e informazioni industriali rilevanti, a maggior ragione dove il piano concordatario non abbia natura liquidatoria, ma preveda la continuità aziendale.

Il legislatore ha quindi attribuito al commissario giudiziale il compito di valutare "*la congruità della richiesta*" e, superato positivamente il vaglio della legittimazione attiva del richiedente, il contenuto della richiesta per evitare possibili pregiudizi.

Quanto al debitore nell'avere chiesto accesso alla procedura, senza una proposta caratterizzata dal superamento delle soglie di rimborso ai chirografi che impediscano la presentazione di proposte concorrenti, ha accettato la trasparenza informativa qui in oggetto.

Per quanto concerne le modalità concrete di accesso e fruizione dei dati e delle informazioni richieste si richiama la relazione illustrativa alla riforma (DDL – conversione in legge del Dl 83/2015 – misure urgenti in materia fallimentare civile e processuale e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria – Relazione – Esame definitivo – Consiglio dei ministri 3 luglio 2015), nella parte in cui prevede che "*nel caso in cui la manifestazione di interesse appaia particolarmente seria e il terzo assuma impegni specifici (ad esempio, si impegni a prestare una garanzia economica a tutela del rispetto del proprio impegno di confidenzialità), il commissario giudiziale fornisce ai creditori richiedenti elementi per svolgere una più approfondita due diligence ai fini della predisposizione e della presentazione di proposte alternative. In considerazione dell'esigenza di garantire la riservatezza sulle informazioni relative all'impresa in crisi apprese dal creditore proponente nell'esame della documentazione messa a sua disposizione, si prevede che il commissario possa stabilire specifici obblighi di riservatezza a suo carico*".

Il legislatore lascia dunque intendere che il commissario giudiziale distingua tra manifestazioni di interesse puramente informative e manifestazioni di interesse aventi un maggiore grado di convinzione, rispetto alle quali ultime il riscontro che può e deve essere dato sarà più approfondito.

L'accesso alla *data room* potrà essere suddiviso in due o più fasi successive, inizialmente per l'accesso a dati meno sensibili ed a seguire con maggiore completezza; proporzionalmente aumentando l'impegno richiesto alla riservatezza che comunque non potrà essere esteso in via diretta, con relativo obbligo di sottoscrizione, anche nei confronti di soggetti quali amministratori, dipendenti, collaboratori e professionisti di cui si avvalga il creditore qualificato, solo quest'ultimo è tenuto alla sottoscrizione dell'impegno che comporta a loro carico una responsabilità anche indiretta.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La clausola penale nell'impegno alla riservatezza ha la funzione di rafforzare l'impegno assunto dal debitore e predeterminare il danno in caso di inadempimento.

Quanto all'accesso alle informazioni per il professionista attestatore della proposta concorrente, sarà subordinato alla preventiva sottoscrizione dell'impegno alla riservatezza da parte del creditore qualificato.

6.5 I caratteri della proposta

Cosa accade, poi, nel momento in cui il creditore, effettuate le verifiche necessarie, ritenga di presentare una proposta concorrente, o più precisamente quali caratteri deve rispettare tale proposta.

Oltre al limite temporale, di poter essere presentata non prima del ricorso per concordato pieno, e non oltre i 30 giorni che precedono l'inizio dell'adunanza, la norma non dice.

In questo contesto si dovrebbe intendere che il creditore possa presentare una proposta con la libertà d'azione che era consentita al debitore nella sua struttura principale dall'articolo 160 legge fallimentare e ora proposti dall'articolo 85 CCI, accompagnati dall'attestazione di un professionista indipendente, giungendo al limite estremo di poter presentare un piano e una proposta liquidatori, a fronte di un originario progetto in continuità aziendale presentato dal debitore.

La proposta può prevedere l'intervento di terzi a supporto del piano e, nelle ipotesi di debitore in forma di società per azioni o responsabilità limitata, anche un aumento di capitale con limitazione fino anche alla esclusione del diritto d'opzione per i soci.

Questa previsione non è stata coordinata con un intervento ai corrispondenti articoli del Codice civile a disciplina degli interventi sul capitale sociale e le fattispecie del diritto d'opzione; si deve comunque intendere che la norma fallimentare nel suo carattere di eccezionalità deroghi la norma codicistica.

La proposta concorrente viene presentata con caratteristiche uguali a quelle previste per il debitore, ove compatibili, ovvero evitando duplicazioni rispetto ad allegati già depositati dal debitore, attraverso un ricorso sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa creditrice e con il proprio legale.

Occorre il piano corredato della relazione del professionista indipendente e riferita ai passaggi di fattibilità del piano eventualmente diversi da quelli corrispondenti di cui alla domanda del debitore e che non siano già stati oggetto di verifica da parte del commissario.

All'attestatore non viene richiesto di verificare la veridicità dei dati, già oggetto di precedente verifica da parte dell'attestatore del piano principale.

Ancorché la norma preveda il controllo del tribunale per la proposta, prima di essere circolarizzata ai creditori, solo in riferimento all'ipotesi di classi per verificarne la correttezza, l'ammissibilità della proposta concorrente dev'essere verificata dal tribunale in tutti i casi.

Tanto per l'esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, quanto per i termini di contenuto della proposta, la completezza della documentazione e la congruità, la logicità e la completezza dell'attestazione.

Al termine della verifica il tribunale disporrà con decreto l'ammissibilità o meno della proposta.

6.6 La relazione integrativa

Nel Codice si prevede che il commissario giudiziale predisponga una relazione integra-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tiva in cui riferire in merito alle proposte, attraverso una comparazione da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori almeno 15 giorni prima dell'inizio dei lavori per l'adunanza dei creditori (termine proposto nel Codice, mentre nella legge fallimentare è fissato in 10 giorni).

La relazione integrativa sviluppa una comparazione non solo fra le proposte depositate dai creditori, ma anche fra queste e quella del debitore.

Fino a 20 giorni precedenti l'adunanza le proposte possono essere modificate (15 giorni precedenti nella legge fallimentare) e la integrativa del commissario relativa a ulteriori informazioni utili per il voto dei creditori potrà essere comunicata ai creditori non oltre 15 giorni prima dell'inizio dell'adunanza (10 giorni nella legge fallimentare).

È di tutta evidenza come le tempistiche a disposizione del commissario giudiziale siano compresse, tanto più considerando l'importanza che la relazione assume in termini di consapevolezza per i creditori chiamati al voto; si può arrivare all'estremo, nell'ipotesi di contestazioni *ex* articolo 107, comma 4 CCI, a che il commissario riceva fino a 10 giorni prima dell'adunanza osservazioni e/o contestazioni per poi dovere fornire ai creditori, al debitore e al giudice informazione e, non oltre 5 giorni prima dell'adunanza, redigere e comunicare ai creditori la relazione definitiva.

Fra gli altri aspetti di oggettiva complessità si evidenziano le ipotesi in cui sia necessario comparare e rendere omogenei (quindi confrontabili) scenari di proposte alternative che in parte prevedano ristorno per i creditori con denaro e in parte con modalità diverse.

Risulterà arduo e con un'inevitabile percentuale di soggettività da parte del commissario giudiziale il compito di valutare la conversione teorica delle modalità di soddisfacimento in una percentuale di pagamento; valutazione per la verità ancora più delicata se debba essere effettuata inizialmente dal commissario giudiziale per verificare se il ricorso del debitore preveda già percentuali minime di rimborso ai creditori chirografi tali da escludere ipotesi di proposte concorrenti.

6.7 Il decreto di omologazione

La pubblicazione del decreto di omologazione conclude il procedimento concordatario e dà inizio alla fase esecutiva di quanto previsto nel piano, sintetizzato nel decreto di omologa per addivenire alla realizzazione della proposta, con la sorveglianza del commissario giudiziale che ne monitora l'adempimento secondo le modalità stabilite nel testo dell'omologa stesso e riferendo al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Il debitore è obbligato a dare esecuzione alla proposta omologata anche se formulata da uno dei creditori; qualora il commissario giudiziale rilevi che il debitore non provvede agli atti necessari per l'esecuzione della proposta o ne sta ritardando il compimento, ne riferisce al tribunale che potrà disporre poteri al commissario giudiziale (o all'amministratore giudiziario nella proposta del Codice) a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti.

L'informativa al tribunale può anche essere presentata da parte del soggetto che abbia presentato la proposta omologata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

OFFERTE CONCORRENTI, TESTI A CONFRONTO

LEGGE FALLIMENTARE	CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA
Articolo 163 bis – Offerte concorrenti	**Articolo 91 – Offerte concorrenti**
(1) Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente a oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni. **(2)** Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto. Con il medesimo decreto è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del Codice di procedura civile ed è stabilito l'aumento minimo del corrispettivo di cui al primo comma del presente articolo che le offerte devono prevedere. L'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto. Le offerte, da presentarsi in forma segreta, non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto e, in ogni caso, quando sottoposte a condizione. **(3)** Le offerte sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. La gara può avere luogo alla stessa udienza o a un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi prima	**1.** Quando il piano di concordato comprende una offerta **irrevocabile** da parte di un soggetto già individuato **e** avente a oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale **o il giudice da esso delegato dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. La stessa disciplina si applica in caso di affitto d'azienda**. **2. La medesima disciplina si applica quando, prima dell'apertura della procedura di concordato**, il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni **aziendali**. **3. Se pervengono manifestazioni d'interesse, il tribunale o il giudice da esso delegato, dispone con decreto l'apertura della procedura competitiva**. **4.** Il decreto di **cui al comma 3** stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, **l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere**, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto, **le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti, le forme di pubblicità e la data dell'udienza per l'esame delle offerte se la dita avviene davanti al giudice**. **5. La pubblicità** è in ogni caso disposta sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del Codice di procedura civile **nelle forme di pubblicità di cui al predetto articolo per quanto compatibili**. L'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata. **6.** Le offerte, da presentarsi in forma segreta, non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto e, in ogni caso, quando sottoposte a condizione. **7.** Le offerte sono rese pubbliche **nel giorno stabilito per la gara** alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. Se sono state presentate

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione. In ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato. **(4)** Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. **(5)** La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda.	più offerte migliorative, **si procede alla** la gara tra gli offerenti. La gara può avere luogo **almeno 20 giorni prima della data fissata per il voto dei creditori** anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione. **8.** Con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso d**all'originario offerente indicato nel piano, questi e il debitore sono liberati dalle obbligazioni reciprocamente assunte. In favore dell'originario offerente il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo da essa indicato**. **9.** Il debitore **modifica** la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. **10. Nel caso in cui, indetta la gara, non vengano presentate offerte, l'originario offerente rimane vincolato nei termini di cui all'offerta indicata al comma 1**. **11.** Il presente articolo si applica, in quanto compatibile, **nel caso in cui il debitore abbia chiesto l'assegnazione del termine previsto dall'articolo 44, comma 1, lettera a)**.

6.8 Le offerte concorrenti

L'articolo 91 (Offerte concorrenti) del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, ripropone, con modifiche, regole già disciplinate dall'articolo 163 *bis* legge fallimentare (introdotto dall'articolo 4, Dl 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015 n. 132), come anche precisato nella relazione illustrativa a corredo dell'articolo 91 del Codice e per come recentemente approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri del 15 giugno 2022, recepisce la direttiva (Ue) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 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 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

Come già per le "proposte concorrenti" il legislatore tende a massimizzare un obiettivo di equilibrio fra:

- la libertà del debitore nel formulare il piano di concordato;
- l'interesse dei creditori concorsuali alla miglior gestione e liquidazione del patrimonio possibili, in riferimento alla struttura di piano proposta dal debitore, rispetto a quelle che sono le opportunità presenti nel tessuto economico.

L'istituto regolamenta le situazioni in cui al piano concorsuale, liquidatorio misto o in continuità, venga associata un'offerta di soggetto terzo avente a oggetto il trasferimento a suo favore a titolo oneroso di beni dell'azienda o della stessa, prevedendo che dell'offerta venga fornita adeguata pubblicità così che, al manifestarsi di eventuali manifestazioni d'interesse, possa essere disposta l'apertura di una procedura competitiva. Procedura quest'ultima che deve chiudersi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

almeno 20 giorni prima della data fissata per il voto dei creditori (termine previsto dall'articolo 91 mentre all'articolo 163 *bis* legge fallimentare si disponeva soltanto che la gara dovesse concludersi prima dell'adunanza dei creditori, termine che se preso alla lettera impedirebbe al debitore di adattare il piano e la proposta all'offerta migliore e a seguire al commissario giudiziale di predisporre la relazione), così che possano disporre di un'informazione compiuta nella valutazione del voto da esprimere.

Anche in questo caso, a supporto, nell'analisi delle due versioni si ripropongono le norme, confrontandole per evidenziare le parti comuni rispetto a quelle modificate (si veda il riquadro alla pagina precedente).

Lo scenario di riferimento è quello in cui il debitore abbia depositato il piano di concordato liquidatorio, misto, in continuità, supportato da un'offerta comprende l'offerta di un terzo soggetto e accettata dal debitore.

L'articolo 91 ha precisato che l'offerta del terzo, inserita nel piano, debba essere "irrevocabile" affinché si attivi il percorso finalizzato alla competizione fra "offerte concorrenti"; conseguentemente l'articolo 91 non ripropone il passaggio dell'articolo 163 *bis*, comma 2, legge fallimentare in cui si rinviava l'irrevocabilità dell'offerta, che accompagnava il piano originario, al momento in cui la stessa venisse modificata in conformità al decreto di procedimento competitivo e venisse presentata la garanzia prevista.

Il legislatore ha quindi assunto un'impostazione deflattiva, evitando il percorso di pubblicità ed eventuale gara ove alla proposta del terzo che accompagna il piano originario non assuma sin da subito carattere di irrevocabilità.

L'offerta presentata a supporto del piano originario diviene presupposto per l'istituto delle "offerte concorrenti" se sottende a un trasferimento oneroso dell'azienda, di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, realizzabile anche prima dell'omologazione, non solo quando il trasferimento è previsto come atto specifico, ma anche nelle ipotesi in cui rappresenti l'atto finale di una costruzione contrattuale più complessa.

Avere previsto la necessità di disporre la procedura di vendita competitiva indistintamente per " o specifici beni, " significa ricomprendervi anche beni anche di modesto valore attivando una procedura sproporzionatamente onerosa che rischierebbe di demotivare eventuali investitori, contraddicendo quindi gli obiettivi del legislatore.

Rientra in quest'ultima ipotesi, per esempio, il contratto d'affitto d'azienda, stipulato prima del ricorso per concordato preventivo, ma completo dell'offerta irrevocabile d'acquisto.

Verificate le condizioni il tribunale (o il giudice da esso delegato, per come integrato all'articolo 91) dispone che all'offerta venga data adeguata pubblicità per acquisire offerte concorrenti e a seguire, ove ne venissero presentate, disporre l'apertura del procedimento competitivo.

I limiti entro cui è bene che l'organo giudiziario contenga i margini del contratto da stipulare, comprimendo l'autonomia delle parti nel rispetto della struttura del piano e sua fattibilità, sono quelli determinati dalla necessità di garantire la conservazione dell'impianto essenziale del piano tendendo all'obiettivo di "aumentare il valore di realizzazione del bene oggetto dell'offerta".

La procedura competitiva si apre con il decreto che deve precisare:

- le modalità di presentazione delle offerte irrevocabili, indicando le forme, i tempi e il luogo in cui presentarle in forma irrevocabile, non condizionata, segreta e conforme al decreto a pena di inammissibilità;
- i requisiti dell'offerta che ne assicurino la comparabilità schematizzando il format dell'offerta e indicando quelli che saranno i parametri da prendere a riferimento poi per la sele-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione come il mantenimento della forza lavoro, gli elementi di ristrutturazione finanziaria, patrimoniale, od organizzativa della società, e ogni altro profilo caratterizzanti il supporto al piano e alla proposta, nella consapevolezza che il principale riferimento resta quello rappresentato dalla percentuale di rimborso ai creditori chirografi e la tempistica più generale dei riparti attesi;

- i requisiti soggettivi dell'offerente;
- le modalità con cui il commissario consente l'accesso alle informazioni;
- le garanzie offerte dagli offerenti;
- la data dell'udienza per l'esame delle offerte e le modalità di svolgimento della procedura competitiva;
- la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del Codice di procedura civile stabilendo l'aumento minimo del corrispettivo dell'offerta.

Le offerte verranno poi presentate nel rispetto di quanto disposto dal decreto con carattere di irrevocabilità, in busta chiusa, contenente l'eventuale cauzione in forma di assegno circolare, e annotandovi all'esterno a cura del ricevente i riferimenti di chi deposita, oltre al riferimento della sede e data di apertura delle buste.

Nel giorno stabilito per la gara, alla presenza degli offerenti che ritengano di partecipare e di ciascun interessato, fra cui il commissario, lo stesso debitore e il proponente l'offerta a supporto del piano, le offerte vengono rese pubbliche e si procede alla gara selezionando quella "migliore" sulla base dei criteri già indicati nel decreto se, e nella misura in cui, vi siano offerte "migliorative" rispetto a quella originaria formulata dal terzo.

Se non fossero state presentate offerte, o non ve ne fossero di migliorative, verrà confermata ai creditori l'offerta originaria inserita all'interno del piano per il voto. Qualora invece venga individuata un'offerta "migliore" il debitore dovrà modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara per consentire al commissario giudiziale di presentare la relazione nei termini, perdendo così la disponibilità del contenuto della sua proposta e rimanendo titolare, in ultima istanza, della possibilità di rinunciare e interrompere l'*iter* concordatario.

Nell'ipotesi in cui l'originario offerente non abbia partecipato alla gara, o pur partecipandovi non abbia presentato l'offerta migliore, è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del 3% del prezzo in essa indicato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

Presentazione della domanda di concordato preventivo, effetti

Diana Burroni

SOMMARIO: 7.1 Lo spossessamento attenuato – 7.2 Il principio della competitività – 7.3 I contratti pendenti: sospensione e scioglimento – 7.4 Le disposizioni speciali per i contratti con le PA – 7.5 Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza della procedura – 7.6 La disciplina dei finanziamenti prededucibili – 7.7 La cristallizzazione del passivo e casi eccezionali di autorizzazione al pagamento di debiti pregressi – 7.8 Le regole procedimentali in continuità con la disciplina previgente – 7.9 Le regole procedimentali nuove

L'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ha posto l'operatore del diritto che pratica la materia concorsuale nella necessità di confrontarsi con le nuove norme per mettere a fuoco quali siano le novità introdotte nella disciplina e se esse comportino unicamente la modificazione di regole procedimentali, in sostanziale continuità con i principi e le regole previgenti, ovvero se introducano variazioni sostanziali, cioè "di sistema": in questo secondo caso, infatti, è necessario, oltre che apprendere le nuove regole, accantonare il bagaglio di informazioni e principi generali acquisiti – che sempre sono di ausilio e offrono spunti per interpretare le norme di nuova applicazione – per ragionare in termini significativamente diversi, con orizzonti completamente nuovi e inesplorati e probabilmente un vero e proprio mutamento di approccio "culturale". La disciplina del concordato preventivo, in generale, e quella concernente gli effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo, in particolare, presenta novità aventi entrambe le caratteristiche appena delineate, a valle delle modifiche introdotte con il Dlgs 83/2022, come si avrà cura di evidenziare.

L'originaria formulazione del Codice della crisi, per come concepita nel 2019, contemplava con riguardo al concordato preventivo:

- da un lato, una chiara enunciazione della finalità dell'istituto, con forte valorizzazione del concordato in continuità e compressione del concordato liquidatorio, che continuava ad esistere ma in concreto trovava spazio unicamente quando l'immissione di risorse esterne fosse idonea a garantire ai creditori un trattamento significativamente migliorativo rispetto alla alternativa liquidazione giudiziale;
- dall'altro lato, la trattazione con collocazione sistematica più ordinata e coordinata, con il nuovo impianto normativo, delle importanti novità introdotte con le differenti riforme parziali che si sono succedute dal 2005 in poi;
- dall'altro lato ancora, la traduzione in precetto normativo di orientamenti dottrinali e giuri-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sprudenziali ovvero di prassi, che si sono formati nell'ultimo decennio sulle questioni che hanno dato luogo a maggiore dibattito.

Queste istanze, fatte proprie dal Dlgs 12 gennaio 2019 n. 14, sono state in minima parte modificate dal primo correttivo al Codice[1] .

EFFETTI DELLA DOMANDA DI CONCORDATO: RACCORDO TRA LE NORME

Legge fallimentare (Rd 167/1942)	**Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Dlgs 22/2022)**
Articolo 168 – Effetti della presentazione del ricorso	› **Articolo 46, comma 5** – Effetti della domanda di accesso al concordato preventivo › **Articolo 54, comma 2** – Misure cautelari e protettive › **Articolo 8** – Durata massima delle misure protettive
Articolo 163, 4° comma – proposte concorrenti	› **Articolo 90** – Proposte concorrenti
Art. 163, 1° comma offerte concorrenti	› **Articolo 91** – Offerte concorrenti
Articolo 167 – Amministrazione dei beni durante la procedura	› **Articolo 94** – Effetti della presentazione della domanda di concordato
-	› **Articolo 94-*bis*** – Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale
Articolo 186-*bis*, commi 3 e ss – Contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni	› **Articolo 95** – Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni
Articolo 169 – Norme applicabili	› **Articolo 96** – Norme applicabili dalla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo
Articolo 169-bis – Contratti pendenti	› **Articolo 97** – Contratti pendenti
-	› **Articolo 98** – Prededuzione nel concordato preventivo
Articolo 182-*quater* e *quinquies* – Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti	› **Articolo 99** – Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti › **Articolo 100** – Autorizzazione al pagamento di crediti pregressi › **Articolo 101** – Finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti
Articolo 182-*quater* – Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti	› **Articolo 102** – Finanziamenti prededucibili dei soci

Il Dlgs 83/2022 ha invece significativamente modificato il progetto di riforma interno, a fronte della necessità di recepimento nella normativa nazionale dei precetti delineati dal Legislatore

1 Dlgs 26 ottobre 2020 n. 147

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

comunitario con la direttiva UE 2019/1023[2], aventi l'obiettivo di "*garantire il corretto funzionamento del mercato interno e il pieno esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei capitali e stabilimento, tramite l'armonizzazione delle legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. La rimozione degli ostacoli esistenti rispetto al funzionamento del mercato ed alla fruizione delle libertà fondamentali da parte dei cittadini e delle realtà produttive è perseguita facendo salvi i diritti dei lavoratori e garantendo alle imprese e agli imprenditori che si trovano in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a misure nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva per la prosecuzione delle loro attività, laddove risanabili, e per essere esdebitati con procedimenti efficienti, tali cioè da garantire in un ragionevole lasso di tempo l'opportunità di rientrare nel ciclo produttivo*"[3].

La fisionomia del concordato preventivo è uscita profondamente modificata nel suo complesso e ciò appare evidente anche con riguardo al tema specifico oggetto del presente lavoro, dedicato all'analisi degli effetti di presentazione della domanda (artt. 94-102).

Prima di procedere alla disamina delle norme che assumono rilievo in tema di effetti della presentazione della domanda di concordato, per un più agevole inquadramento della disciplina, è utile offrire le linee di raccordo tra le norme contenute nella Legge fallimentare del 1942 e quelle contenute nel Codice (si veda la tabella in questa pagina).

7.1 Lo spossessamento attenuato

Come noto, nella legge fallimentare del '42, il concordato preventivo si differenziava dal fallimento per il fatto che attuava il c.d. spossessamento attenuato del debitore, che conservava l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale, con limitazioni nel compimento di determinati atti e in generale di tutti gli atti che siano configurabili come atti di straordinaria amministrazione (articolo 167 ovvero 161, comma 7 legge fallimentare). Il compimento degli atti presi in considerazione dalla norma, in difetto delle prescritte autorizzazioni, non era da considerarsi invalido ma semplicemente inopponibile ai creditori.

Il Codice all'articolo 94, comma 1 conferma integralmente la regola, delimitando in modo più chiaro il perimetro temporale entro cui tale previsione spiega i suoi effetti: laddove la legge fallimentare sanciva genericamente l'operatività del principio "*durante la procedura*" il Codice specifica che lo spossessamento attenuato si applica "*dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione*".

Con formulazione letterale in massima parte sovrapponibile all' articolo 167 legge fallimentare, l'attuale art. 94 prevede poi che:

› il compimento degli atti di **straordinaria amministrazione** necessita della **autorizzazione del giudice delegato**, sempre a pena dell'inopponibilità ai creditori concorsuali; la previsione si coordina con l'articolo 46 che contempla (analogamente a quanto già accadeva ai sensi dell'articolo 161, comma 7 legge fallimentare) che, prima dell'ammissione, l'autorizzazione sia rilasciata dal tribunale in composizione collegiale;

2 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.

3 Cfr. la Relazione Illustrativa al Dlgs 83/2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- del tutto analogo è l'elenco degli atti che richiedono la preventiva autorizzazione del giudice delegato ("*i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione*"), essendo stato integrato solo con il richiamo espresso alla cessione di "*partecipazioni societarie di controllo*", ovverosia a fattispecie che comunque sarebbe rientrata nel rifermento generale agli atti "*eccedenti l'ordinaria amministrazione*";
- con decreto, il tribunale può fissare un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione, soluzione che consente di modulare a seconda delle situazioni concrete il presupposto della straordinarietà dell'attività posta in essere dall'imprenditore.

7.2 Il principio della competitività

Ancora in perfetta continuità con la legislazione e la giurisprudenza previgente si pone la tutela della competitività, baluardo di ogni procedura concorsuale che assicura il miglior realizzo a beneficio dei creditori[4]: la tutela della competitività è affidata alla disciplina delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti, oggi contenuta negli artt. 90 e 91.

A livello terminologico possono essere segnalate due novità: la prima è la codificazione del

4 La più recente giurisprudenza di merito è assolutamente univoca nell'affermare la necessità di rispetto assoluto di questo principio. Tribunale di Roma 3 agosto 2017: "l'introduzione dell'articolo 163 bis legge fallimentare e la contestuale modifica del quinto comma dell'articolo 182 legge fallimentare (a opera del Dl 27 giugno 2015, n. 83, come convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132), hanno determinato la creazione di un vero e proprio principio di portata generale secondo cui gli atti dismissivi del patrimonio dell'azienda che ricorra al concordato preventivo devono necessariamente essere effettuati mediante il preventivo espletamento di procedure competitive (e ciò sia nella fase del concordato pieno, sia nella fase c.d. prenotativa, sia, infine, nella fase esecutiva); ciò al fine di garantire la miglior soddisfazione dei creditori ed evitare che, con il sistema delle c.d. offerte chiuse, i beni vengano ceduti a prezzi non di mercato o si presti il fianco a condotte fraudolente. Va tuttavia rilevato che l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 163 bis legge fallimentare anche agli atti di autorizzazione ex articolo 161, comma 7, è prevista "in quanto compatibile"; il generale principio delle cessioni competitive può, pertanto, in specifiche e peculiari ipotesi, essere derogato, qualora vi sia l'esigenza di evitare che il ritardo derivante dall'espletamento della procedura competitiva porti a risultati contrari all'interesse dei creditori"; Tribunale di Bolzano 9 maggio 2018: "presupposto imprescindibile è rappresentato dal rispetto del principio della competitività, che ha lo scopo di verifica della congruità dei valori di cessione rispetto a quelli conseguibili sul mercato"; Tribunale di Bari 1 ottobre 2019: "tutti i trasferimenti, in qualunque fase del procedimento concordatario, sono assoggettati al principio imperativo e inderogabile della competitività, ponendosi in tal senso la previsione del comma 5 dell'art. 182 L. fall. quale disposizione residuale in tutti i casi in cui il trasferimento non sia stata oggetto di competizione"; Tribunale di Latina 21 luglio 2020: "La novità introdotta dal decreto reca un decisa svolta verso la competitività nella liquidazione concordataria, condotta con decisione ed addirittura con veemenza, se è vero che ad essa si affianca l'altra nuova figura della concorrenza sulla proposta del debitore e si aggiunge il nuovo quinto comma dell'art. 182 della legge fallimentare, che a sua volta impone, in via generale, che tutti gli atti dismissivi da eseguirsi nell'ambito del concordato devono essere condotti applicando le regole generali degli articoli da 105 a 108 ter L. Fall. e dunque applicando regole competitive"; Tribunale di Milano 6 settembre 2021: "La competitività in generale è principio che è stato acquisito colla legge 132 del 2015, ma opera qualora sia prevista la necessità di alienazione di beni del concordatario in qualunque forma e non risulta formalmente operante nella giuridicamente diversa ipotesi che la società, già ammessa al concordato, intenda rafforzare con garanzie specifiche la proposta e per operare in tal senso decida di modificare la proposta stessa anche sotto il profilo giuridico, tramite l' assunzione cioè coobbligazione di un terzo nei confronti di tutte le obbligazioni del soggetto in concordato".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

principio della ammissibilità del compimento di **atti di dismissione** di natura straordinaria, evidentemente previo conseguimento delle autorizzazioni del caso, **anche prima dell'omologazione** se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 94, comma 3); in effetti la giurisprudenza[5] era già giunta a questa conclusione in tutti i casi in cui attendere la liquidazione post omologa avrebbe esposto al rischio di minor realizzo (emblematico è il caso della cessione di azienda)[6].

La seconda è l'affermazione espressa, anche in questa fase della procedura, della regola secondo cui l'alienazione e l'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni devono essere in ogni caso effettuati tramite **procedure competitive**, previa stima e adeguata pubblicità, a garanzia della trasparenza della procedura e allo scopo di assicurare il miglior risultato possibile per i creditori (art. 94, comma 4). Anche in questo caso, la giurisprudenza era già giunta a conclusioni analoghe (addirittura nella fase prenotativa), sul presupposto univocamente condiviso che i principi di trasparenza e di competitività sono ormai regole che informano l'intero sistema della liquidazione in sede concorsuale.

Oltremodo opportuna, come ben sa chi si occupa di questa materia, la previsione che **in caso di urgenza** il tribunale possa autorizzare l'alienazione o l'affitto di azienda, di suoi rami o di specifici beni **senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive** se il tempo a ciò necessario potrebbe compromettere il realizzo del miglior soddisfacimento dei creditori (art. 94, comma 6). Vi sono infatti situazioni in cui il rispetto della tempistica di una procedura competitiva in senso tecnico appare del tutto incompatibile con gli obiettivi di salvaguardia della azienda e della continuità. Anche nel caso di deroga alla procedura competitiva, occorre dare ampia pubblicità al provvedimento di autorizzazione e all'atto, in modo da consentire agli interessati di contestare la decisione del tribunale.

Si ritiene che una formulazione tanto elastica consenta al tribunale ovvero al giudice delegato di modulare le operazioni di vendita, nella maniera in concreto più funzionale: dovrebbero in tale direzione essere contemplate, per esempio, procedure più snelle e atipiche di verifica sul mercato della bontà di proposte pervenute al debitore; sempre in ossequio alla ratio di queste previsioni potrebbe, per esempio, essere consentito il c.d. diritto di parificazione al primo offerente che venga messo in gara con terzi. È infatti esperienza comune che la semplice formulazione di una proposta al debitore in procedura comporti importanti attività professionali di verifica, che – in difetto di ragioni che suggeriscano la contraria opzione – giustificano un atteggiamento premiale a beneficio del primo offerente. È esattamente questo lo schema che, in epoca antecedente alle modifiche legislative che hanno introdotto nella legge fallimentare la obbligatorietà delle procedure competitive, è stato adottato nel 2011/2012 per la cessione del compendio ospedaliero del San Raffaele.

---

5 Cfr. Tribunale di Busto Arsizio 11 aprile 2018 e Tribunale di Milano 31 maggio 2018, www.ilfallimentarista.it, con nota di Sanzo-Burroni, Cessione dell'azienda in pendenza della fase di pre-concordato, nella quale sono illustrate le molteplici esigenze emergenti dalla realtà economica che militano per l'ammissibilità di una cessione anticipata rispetto all'omologa. Questo orientamento – assolutamente apprezzabile – si fonda sulla constatazione, da un lato, della assenza di un divieto espresso a procedere in tal senso, dall'altro lato, della introduzione di norme (articolo 161, comma 7 legge fallimentare) che tale opzione consentivano addirittura nella fase c.d. di pre-concordato.

6 Per una panoramica completa sul tema, cfr. Greggio, La cessione dell'azienda prima dell'omologa del concordato preventivo liquidatorio, in www.ilfallimentarista.it.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

7.3 I contratti pendenti: sospensione e scioglimento

In stretto collegamento con il principio del c.d. spossessamento attenuato, si pone la previsione per cui di regola i contratti pendenti alla data di apertura della procedura proseguono regolarmente (articolo 97, comma 1): il legislatore ha ritenuto di richiamare la definizione già adottata nell'articolo 72 della legge fallimentare, parlando di "*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti*".

Così come previsto dall'articolo 169 *bis* della legge fallimentare, anche il Codice prevede la facoltà di **sospensione e scioglimento** dei contratti pendenti la cui prosecuzione non sia funzionale al componimento della crisi (art. 97).

Prima ancora di richiamare la disciplina dettata in argomento dal nuovo Codice (che si pone in continuità con quella previgente, salve talune specificazioni dettate per risolvere contrasti registrati in giurisprudenza nei primi anni di applicazione della normativa) è bene porre in evidenza una previsione innovativa e quanto mai opportuna introdotta con il Dlgs 83/2022. L'**art. 94 *bis***, recependo l'art. 7, paragrafi 4 e 5 della Direttiva *Insolvency* e coerentemente con l'impostazione di sistema, riserva una **tutela rafforzata sul piano contrattuale nel caso di presentazione di un concordato con continuità aziendale**, prevedendo che, i creditori non possono unilateralmente (i) rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione, (ii) provocarne la risoluzione, (iii) anticiparne la scadenza, (iv) modificarli in danno dell'imprenditore, con sanzione di inefficacia di eventuali patti contrari, per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in tale forma, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari. Parimenti è inibita al contraente *in bonis* la possibilità di rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, o anticiparne la scadenza o attuare modifiche in danno dell'imprenditore in conseguenza del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale, con la precisazione che devono considerarsi essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore. Chi opera nella gestione della crisi di impresa può ben apprezzare quanto questa disciplina sia di concreto aiuto nella fase di accesso alla procedura concorsuale minore.

Come più sopra accennato, la **disciplina della sospensione e scioglimento dei contratti si pone in sostanziale continuità con il passato**, salva la traduzione in precetto normativo di talune regole, che mirano a risolvere contrasti registrati in giurisprudenza nei primi anni di applicazione della norma.

Ai sensi dell'art. 97 CCI:

- il debitore che abbia depositato domanda di concordato ha la **facoltà** di chiedere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua esecuzione: la facoltà di chiedere lo scioglimento è dunque strettamente connessa alla valutazione di sua funzionalità o meno rispetto al piano predisposto dal debitore, con la conseguenza che – se tale funzionalità sussiste – l'interesse del contraente in bonis che subisce lo scioglimento è recessivo rispetto a quello superiore della tenuta del piano (essendo a lui riservato unicamente il c.d. equo indennizzo);
- è necessaria la preventiva instaurazione del **contraddittorio** con il contraente *in bonis*, che deve essere messo in condizione di interloquire, attese le conseguenze per lui potenzialmente pregiudizievoli che scaturiscono dalla sospensione o dallo scioglimento: addirittura

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'articolo 97, comma 1 prevede che il debitore, unitamente all'istanza, deve depositare la prova della sua avvenuta notifica alla controparte;

- la sospensione o lo scioglimento del contratto hanno **effetto** dalla data della notificazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente a cura del debitore, con la precisazione che, tra la data della notificazione dell'istanza di sospensione o scioglimento e la data di notificazione del provvedimento autorizzativo, la controparte non può esigere dal debitore la prestazione dovuta. È inefficace la risoluzione di diritto del contratto qualora le obbligazioni rimaste inadempiute siano scadute successivamente alla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo (articolo 97, comma 6). Si è neutralizzato in questo modo il pericolo a cui era esposto il debitore nel segmento temporale precedente alla detta notificazione, dove il contraente *in bonis* era legittimato ad esercitare le clausole contrattuali risolutive espresse e le clausole risarcitorie, con possibile insorgenza di debiti risarcitori aventi natura prededucibile.

Tale tutela, certamente da salutare con favore, si affianca a quella (introdotta da ultimo con il Dlgs 83/2022) riconosciuta dall'art. 94 *bis* sopra richiamato;

- per l'effetto, è espressamente riconosciuta la **prededuzione** del credito conseguente a eventuali **prestazioni eseguite** legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato e prima della notificazione del provvedimento di sospensione e scioglimento; nel caso in cui sia autorizzata la sospensione o lo scioglimento, il contraente ha diritto ad un **indennizzo**[7] equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento (articolo 97, comma 9);
- l'istanza di sospensione può essere depositata contestualmente o successivamente al deposito della domanda di accesso al concordato[8]; la richiesta di scioglimento invece può essere depositata solo quando sono presentati anche il piano e la proposta, attese le conseguenze definitive che produce. Salvi rari casi, la giurisprudenza di merito era già giunta a identiche conclusioni;
- **esclusioni**: le disposizioni del presente articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato, al contratto preliminare di vendita che ha ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o la sede principale della sua attività di impresa, al contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare *ex* art. 2447 *bis*, primo comma, lettera b) del Codice civile e al contratto di locazione di immobili;
- ai sensi dell'articolo 97, comma 4, il contraente *in bonis* può opporsi alla richiesta del debitore depositando una memoria scritta entro sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza. Decorso il termine, il tribunale (ovvero il giudice delegato se è già stata dichiarata aperta la procedura) provvede sull'istanza, con decreto motivato e reclamabile (articolo 97, comma 5).

Una **specifica disciplina** è prevista per lo scioglimento del contratto di **locazione finanziaria** (art. 97, comma 12) e del contratto di **finanziamento bancario** (art. 97, comma 14): nel primo caso si dettano regole analitiche per la determinazione dell'indennizzo (in analogia con quanto avviene in

7 In caso di contrasto tra le parti, la determinazione è rimessa al giudice competente mentre il giudice delegato della procedura concordataria quantifica il credito ai soli fini del voto. L'indennizzo è un credito di rango chirografario.

8 La sospensione può quindi essere richiesta anche prima del deposito della proposta e del piano ma la sua autorizzazione deve necessariamente essere ricompresa nel limite temporale previsto all'articolo 44, comma 1, lettera a) (trenta – sessanta giorni, prorogabili di ulteriori sessanta). Quando siano stati presentati proposta e piano, la sospensione può essere autorizzata anche per una durata ulteriore, che comunque non può essere superiore a trenta giorni dalla data del decreto di apertura, non ulteriormente prorogabile (articolo 97, comma 7).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sede di liquidazione giudiziale); nel secondo caso, viene in forma del tutto innovativa, affermato il principio secondo cui costituisce prestazione principale (e dunque determina la attuale pendenza del contratto e lo rende assoggettabile alla disciplina della sospensione e dello scioglimento) anche "la riscossione diretta da parte del finanziatore nei confronti dei debitori della parte finanziata"; nel caso di scioglimento, il finanziatore ha diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte dai terzi fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate solo nel periodo più prossimo all'accesso alla procedura (periodo compreso tra centoventi giorni antecedenti al deposito della domanda *ex* art. 40 e la notificazione del decreto di scioglimento). Sembrerebbe dunque affermata la regola generale (che parrebbe prescindere dalle concrete modalità con cui il finanziatore abbia attuato il finanziamento, ad esempio, con semplice mandato all'incasso ovvero con cessione opponibile) secondo cui il finanziatore può portare in compensazione i crediti oggetto di incasso, solo relativamente alle anticipazioni effettuate in tempi recenti, rimanendo esclusa tale possibilità per i finanziamenti più risalenti. Tale impostazione, che secondo alcuni travalica i limiti della legge delega, è stata oggetto di critiche già in sede di primo commento[9], benché persegua il pregevole obiettivo di sanare i contrasti giurisprudenziali e miri a disciplinare in termini netti un problema che nella pratica si presenta sovente nel caso di finanziamenti c.d. autoliquidanti.

SOSPENSIONE E SCIOGLIMENTO, LA GIURISPRUDENZA

Tra le pronunce più recenti in tema di sospensione e scioglimento:

- Tribunale di Roma 3 luglio 2015: esclude la possibilità di sospensione o scioglimento in pendenza di fase prenotativa;
- Tribunale di Rovigo 9 agosto 2017: ammette siffatta possibilità addirittura con decreto inaudita altera parte, attesa la natura cautelare dell'istituto;
- Tribunale di Busto Arsizio 16 maggio 2018: autorizza addirittura lo scioglimento di contratti ex articolo 169 bis legge fallimentare nella fase prenotativa di un concordato preventivo[10];
- Tribunale di Padova 22 novembre 2018: ammette la possibilità di sospensione nella fase prenotativa;
- Tribunale di Mantova 9 aprile 2020: ritiene che durante la fase pre-concordataria è ammissibile soltanto la sospensione dei contratti pendenti e non lo scioglimento, in quanto la provvisorietà degli effetti della domanda prenotativa appare incompatibile con la stabilizzazione e la irreversibilità degli effetti che lo scioglimento comporta nei confronti delle controparti contrattuali;
- Corte di Appello di Venezia 8 giugno 2020: stabilisce che i vizi del procedimento per la sospensione e scioglimento dei contratti, quali la mancata integrazione del contraddittorio con contraente in bonis, non investendo il titolo del credito fatto velare né l'esistenza o l'entità dello stesso, devono essere fatti valere mediante lo specifico rimedio del reclamo contro gli atti del giudice delegato e non possono essere oggetto di un giudizio di cognizione;
- sulla necessità della instaurazione del contraddittorio con il contraente in bonis, erano stati registrati dubbi in giurisprudenza che il Legislatore ha risolto: il Tribunale di Rovigo 11 settembre 2014, ad esempio, escludeva che l'integrazione del contraddittorio fosse necessaria in ogni circostanza, ritenendola una scelta discrezionale da rimettere alla valutazione del tribunale;
- nello stesso senso il Tribunale di Milano 25 giugno 2018 che in un caso in cui era stato chiesto lo scioglimento del contratto di noleggio di due vetture non compreso nel perimetro di azienda oggetto di affitto, ha autorizzato lo scioglimento con decreto senza istaurazione del contraddittorio con il contraente *in bonis*.

9 G. Rebecca, Le anticipazioni bancarie nelle procedure concorsuali, tra Cassazione e riforma, in www.dirittodellacrisi.it, 24 giugno 2022.

10 In quanto: o la pretesa di limitare l'applicazione della norma alla fase successiva al deposito del piano "non trova alcuna conferma nel dato normativo che, al contrario, esclude una simile soluzione interpretativa, po-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Coerente con le prassi invalse presso i tribunali è la previsione, oggi espressa, che già in sede di scioglimento il proponente provi a definire l'ammontare del credito per **indennizzo** da riconoscersi in favore del contraente che subisce lo scioglimento (articolo 97, comma 3) ai fini della determinazione del fabbisogno concordatario. Resta comunque fermo il principio che, in assenza di accordo, l'accertamento di tale credito – al pari di tutti quelli contestati – sia rimesso alla autorità, giudiziaria o arbitrale (lo scioglimento del contratto, infatti, non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta), competente per contratto; il giudice delegato sarà tenuto a determinare provvisoriamente l'ammontare del credito per indennizzo, in caso di contestazione, soltanto ai fini dell'ammissione al voto e del calcolo delle maggioranze (articolo 97, comma 10).

7.4 Le disposizioni speciali per i contratti con le PA

L'articolo 95 (la cui rubrica è stata opportunamente modificata in sede di rilettura finale della norma), mira a disciplinare in forma espressa il fenomeno dei **contratti con la pubblica amministrazione**, che sovente si manifesta nella realtà concreta delle crisi di enti di significative dimensioni ponendo non semplici questioni interpretative.

Come chiarito anche dalla relazione illustrativa, pure in questo caso la norma si pone in una linea di assoluta continuità con quanto già inserito nella disciplina del concordato preventivo (articolo 33 Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, con l'integrazione apportata dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9), al fine di favorire la continuità aziendale anche per le imprese che operano nel campo degli appalti pubblici: si pensi, in tempi recenti, al caso del concordato preventivo di Astaldi.

Opportunamente, dunque, la norma chiarisce che anche i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, al pari di tutti gli altri, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato e che sono inefficaci eventuali patti contrari, molto spesso contenuti in queste tipologie di contratto.

Per intuibili ragioni, sono rafforzate, in queste ipotesi, le tutele offerte al contraente *in bonis* (in ragione della rilevanza pubblica che possono avere gli oggetti di queste tipologie di contratto); l'articolo 95, comma 2 sancisce quindi che, per la prosecuzione del rapporto, è necessario che il **professionista indipendente** abbia attestato la **conformità della prosecuzione del contratto al piano**, ove predisposto, e la **ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore in concordato**.

Con approccio che consente di valorizzare nella maniera più estesa la *ratio* della disciplina in esame, l'articolo 95 precisa che:

› in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto beneficia del diritto a proseguire il contratto;

---

sto che: (i) fa generico riferimento all'articolo 161 legge fallimentare, così evidentemente comprendendo anche la fattispecie delineata dall'articolo 161 comma 6 legge fallimentare, (ii) prevede testualmente che il provvedimento che autorizza lo scioglimento possa essere emesso dal Tribunale anche prima del decreto di amissione" oppure "in difetto di abuso dello strumento processuale invocato e in presenza di argomentazioni ragionevoli alla stregua degli elementi addotti a sostegno dell'istanza, le modalità con le quali il debitore intenda comporre la crisi d'impresa non sono sindacabili né dal Tribunale né dai terzi": nel caso di specie, la non funzionalità dei contratti oggetto della richiesta di scioglimento era connessa alla individuazione, da parte della debitrice, del perimetro della azienda da cedersi in momento anticipato rispetto al deposito del piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- le regole qui affermate (in merito alla possibilità di prosecuzione dei contratti) si applicano anche in caso di concordato liquidatorio, quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio, come del resto consente espressamente anche l'articolo 110 del Dlgs 50/2016;
- le regole di salvaguardia operano anche nell'ipotesi ulteriore della partecipazione della impresa in concordato a procedure di affidamento di contratti pubblici, con la sola precisazione (forse superflua) che il debitore a munirsi delle necessarie autorizzazioni da parte del tribunale, prima del deposito del piano, e del giudice delegato dopo il decreto di apertura, previo parere del commissario giudiziale (ove nominato). Anche in questo caso occorre che professionista indipendente attesti la conformità della partecipazione alla gara al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- l'articolo 95, comma 5 ulteriormente sottolinea che le regole dettate operano anche nel caso in cui l'impresa in concordato intenda concorrere riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata a una procedura concorsuale.

Come è agevole osservare dall'esame del complesso delle norme richiamate massima è la volontà del Legislatore di contemperare al meglio la tutela di due differenti ordini di interessi: da un lato, quello del debitore e dei suoi creditori, che – nella sussistenza dei presupposti di legge – sono posti in condizione di conservare l'avviamento; dall'altro lato, quello del contraente *in bonis*, normalmente portatore in questi casi di interessi di natura pubblicistica, alla corretta esecuzione del contratto.

7.5 Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza della procedura

L'articolo 98 esprime la regola generale, già esistente e pienamente confermata, secondo cui "i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto". Il completamento di questa previsione è l'articolo 46, comma 4 che riconosce natura prededucibile ai crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore in corso di procedura.

Nessuna novità, dunque, anche perché la regola qui in esame è diretta emanazione del principio concorsualistico, che cristallizza al momento della presentazione della domanda (recte della pubblicazione al registro delle imprese) il patrimonio del debitore e la sua situazione debitoria: qui si colloca lo spartiacque tra i debiti concorsuali che (con le eccezioni disciplinate al successivo articolo 100) saranno soddisfatti in moneta concorsuale e quelli di massa, da soddisfarsi in via prededucibile.

7.6 La disciplina dei finanziamenti prededucibili

La disciplina dei finanziamenti prededucibili, introdotta nella Legge fallimentare con frammentari interventi normativi in maniera priva di coerenza sistematica, trova oggi una sua articolazione ordinata.

Non vi sono novità rilevanti nel merito, in quando il legislatore della Riforma si limita a riproporre le regole contenute negli articoli 182 *quater* e 182 *quinquies* della legge fallimentare

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e frutto di una stratificazione di interventi normativi innestati, in maniera un po' disorganica, sull'impianto della legge fallimentare del 1942.

Sono contenute, rispettivamente, agli articoli 99 (finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti), 101 (finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti) e 102 (finanziamenti prededucibili dei soci) le tre fattispecie di finanziamenti prededucibili e le regole collegate.

Con riguardo ai **finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione**, l'articolo 99 sancisce, riproponendo in parte l'articolo 182 *quinquies*, commi 1, 2 e 3 legge fallimentare, che, nella fase intercorrente tra la domanda di accesso alla procedura di concordato o di accordo di ristrutturazione dei debiti e l'omologa, quando nel piano "è prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione" il debitore può chiedere di essere autorizzato a contrarre finanziamenti e ciò anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda (quella che siamo abituati a chiamare fase prenotativa).

Estremamente varia è la gamma dei rapporti sussumibili nella categoria, che comprende i finanziamenti erogati in qualsiasi forma, emissione di garanzie o ancora il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda; il tribunale può inoltre autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.

Il presupposto fondamentale per accedere alla disciplina è la **funzionalità** del finanziamento "all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori". Il debitore è quindi onerato di: (i)specificare la destinazione dei finanziamenti, (ii) chiarire che egli "*non è in grado di reperirli altrimenti*" (volendo con tale previsione il legislatore specificare che la contrazione di debiti con terzi è *extrema ratio* rispetto a forme di finanziamento interne, per esempio da parte dei soci) e (iii) indicare le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura.

Quale corredo documentale, insieme al ricorso deve essere depositata la **relazione di un professionista** indipendente, che attesti la sussistenza dei requisiti soggettivi di cui all'articolo 99, comma 1 nonché la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori. Al fine di consentire, comunque, un margine di manovra e di discrezionalità **in casi di particolare urgenza**, quando si tratta di "evitare un danno grave e irreparabile all'attività aziendale", il **deposito della relazione può essere eccezionalmente omesso**.

Quando i finanziamenti sono previsti dal piano e la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventive, può essere accordato il beneficio in discussione anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Quale norma di chiusura, in relazione a possibili forme di abuso e di frode che possano trovare ingresso – tenuto conto della natura sommaria degli accertamenti che possono essere posti in essere in questa fase del procedimento – è previsto che i crediti da finanziamento siano privati della natura prededucibile. Ciò accade quando: (i)il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; (ii) si dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano i comportamenti fraudolenti del debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ai sensi dell'articolo 101 è poi confermata la prededucibilità dei "crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l'emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ed espressamente previsti nel piano a essi sottostante".

Come già osservato da chi scrive in altra sede[11] la formulazione letterale della norma, farebbe supporre che tale trattamento competa unicamente nel caso di concordato in continuità, anche se simile conclusione non appare ragionevole: si pensi per esempio alla necessità di liquidazione di un ingente patrimonio immobiliare, per valorizzare il quale ai fini della vendita sia necessario assumere iniziative onerose, in un contesto di assenza di cassa.

Anche in questo caso, in coerenza con quanto disposto all'articolo 99, comma 6, il legislatore inserisce una norma di chiusura che nega la natura prededucibile ai crediti da finanziamento in esecuzione di un piano, quando successivamente emerga che il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta (secondo un giudizio *ex ante*) basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o ancora che il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori, in un contesto di consapevolezza delle circostanze di frode in capo ai soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione.

L'articolo 102 disciplina infine la materia del finanziamento dei soci, in totale analogia con le previsioni già contenute all'articolo 182 *quater* legge fallimentare, sancendo che in deroga alle norme civilistiche che prevedono la natura postergata dei finanziamenti erogati dai soci quando la società versa in una situazione di squilibrio (articoli 2467 e 2497 *quinquies* del Codice civile) il beneficio della prededuzione, previsto agli articoli 99 e 101 (rispettivamente per le ipotesi di finanziamenti concessi prima dell'omologa ovvero in esecuzione del piano omologato) si applica anche ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, seppure nei limiti dell'80% del loro ammontare. Ancora in continuità con la disciplina previgente, l'articolo 102, comma 2 sancisce che quando il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la sua posizione è parificata a quella dei terzi e dunque egli gode del beneficio della prededuzione per l'intero suo credito.

7.7 La cristallizzazione del passivo e casi eccezionali di autorizzazione al pagamento di debiti pregressi

Come già più sopra accennato, tra gli effetti della presentazione della domanda di concordato ovvero di preconcordato vi è tradizionalmente quello della cristallizzazione del passivo, che comporta il vero e proprio divieto di soddisfacimento dei debiti pregressi: tanto che quasi tutti i decreti di apertura di procedura di preconcordato ovvero di ammissione di concordato oggi espressamente chiariscono al debitore che è fatto espresso divieto di soddisfacimento di debiti pregressi.

In via eccezionale, in un'ottica di sostanziale continuità con le previgenti disposizioni, l'articolo 100, in coerenza con quanto già previsto dall'articolo articolo 182 quinquies, comma 5 legge fallimentare, sancisce che, in ipotesi di continuità aziendale, il debitore può chiedere al tribunale

11 Burroni-Porcari-Di Gioia, Il concordato preventivo, in Il Codice della crisi dopo il Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 (a cura di Sanzo S.), in corso di pubblicazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a **pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, ritenute essenziali e funzionali** ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

L'essenzialità e la funzionalità, come sopra delineate, debbono essere attestate da un **professionista indipendente**. La sola ipotesi in cui l'attestazione non è necessaria è quella che prevede il soddisfacimento dei debiti pregressi tramite l'utilizzo di nuova finanza apportata, con risorse cioè estranee al patrimonio del debitore.

La norma in commento contiene due novità:

- il debitore può essere autorizzato dal tribunale a pagare i propri **lavoratori** addetti all'attività di cui è prevista la continuazione la retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso: la deroga è giustificata dalla necessità di preservare la forza lavoro e non riservare alla stessa un trattamento deteriore rispetto a determinati fornitori "strategici". Come chiarito nella relazione illustrativa "è parso infatti irragionevole imporre ai lavoratori un sacrificio maggiore di quello chiesto ai fornitori di beni e servizi, tanto più che, essendo essi titolari di crediti assistiti da privilegio di rango elevato, il pagamento rappresenta semplicemente un'anticipazione di quanto sarebbe in ogni caso (o con elevato grado di probabilità) loro corrisposto";
- nel caso in cui sia disposta la continuità aziendale, il debitore può essere autorizzato a far fronte al pagamento delle rate a scadere del contratto di **mutuo** con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, in deroga all'articolo 154, comma 2, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data. Sussistenti tali presupposti, un professionista indipendente deve comunque attestare che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene su cui grava ipoteca effettuata a valore di mercato e che, dunque, il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. Come chiarito con la relazione, questa soluzione tende a evitare che il debitore, al fine di soddisfare un debito per la restituzione di un mutuo, sia costretto a contrarre un nuovo debito, anche a condizioni deteriori (stante il peggioramento del merito creditizio), con danno per i creditori.

7.8 Le regole procedimentali in continuità con la disciplina previgente

Nel Codice, come nella legge fallimentare, parte della disciplina concernente gli effetti della presentazione della domanda è attuata con il rinvio ad altre norme, di natura sostanziale o processuale.

Anche in questo frangente si registra una sostanziale continuità con la previgente normativa, per cui è sufficiente osservare che:

- l'articolo 168, comma 3 legge fallimentare trova parziale conferma negli articoli 46, comma 5 ("*i creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione prevista dai commi 1, 2 e 3. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori*") e 54 (su cui si tornerà specificamente *infra*);

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› l'articolo 169 legge fallimentare, che rinvia come noto agli articoli 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 trova sostanziale conferma nella previsione dell'articolo 96, che rinvia alle corrispondenti norme in materia di liquidazione giudiziale (articolo 145, nonché articoli da 153 a 162).

7.9 Le regole procedimentali nuove

Tra le maglie della procedura si annida una novità potenzialmente davvero dirompente che riguarda la disciplina degli effetti protettivi della domanda di concordato: poiché questa è una delle novità più significative contenute nel Codice a proposito della disciplina del concordato è corretto darne evidenza in modo particolare.

Tradizionalmente siamo abituati a ricollegare alla semplice pubblicazione della domanda di concordato (ovvero della domanda prenotativa che l'abbia preceduta) gli effetti protettivi tipici della procedura concorsuale: primo tra tutti il divieto di azioni esecutive individuali (e l'improcedibilità di quelle eventualmente pendenti). È, questo, un effetto che poneva il debitore in una zona di sicurezza rispetto alle aggressioni individuali dei propri creditori e gli consentiva di gestire il proprio patrimonio ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori in ottica, per l'appunto, concorsuale.

Nel nuovo sistema gli **effetti protettivi** sul patrimonio del debitore **non si producono in forma automatica**, poiché è **necessario che il debitore ne faccia espressa richiesta** nella propria domanda. Scompare dunque il meccanismo dell'*automatic stay,* previsto nella previgente normativa agli artt. 168 e 182 *bis*, per lasciare il posto ad una tutela "*on demand*".

Ai sensi dell'articolo 54, comma 2, in presenza di apposita domanda, **gli effetti protettivi si producono dalla data della pubblicazione** della medesima domanda nel registro delle imprese: con la conseguenza che i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio.

Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

La **stabilità** dell'effetto protettivo è tuttavia **condizionata** all'esito del procedimento (articoli 54, comma 5 e 55), nell'ambito del quale il tribunale, entro trenta giorni dalla domanda, all'esito di sommaria istruttoria, "conferma o revoca con decreto le misure protettive, stabilendone la durata, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.

Il decreto è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione ed è reclamabile ai sensi dell'articolo 124". E in ogni caso, ai sensi dell'art. 8, la **durata complessiva** delle misure protettive, fino alla omologazione del concordato (come di qualunque altro strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza), non può superare il periodo, anche non continuativo, **di dodici mesi**, inclusi eventuali rinnovi o proroghe e tenendo conto delle misure protettive concesse nell'ambito della composizione negoziata ovvero in altra procedura.

La novità è di portata sistematica enorme: nel sistema qui sinteticamente richiamato, infatti, vi è la più che concreta possibilità che in pendenza della procedura di concordato, per effetto del venire meno delle misure protettive (per revoca o scadenza del temine), il creditore promuova azione esecutiva individuale sul patrimonio del debitore.

È, questa, una linea "imposta" dalla normativa comunitaria, per dare doverosa tutela dei diritti dei creditori, in bilanciamento con le forme di protezione accordabili al debitore che accede al concordato preventivo. Non resta, dunque, che adattarsi a questa nuova tassativa regola, anche se essa comporta un significativo mutamento di prospettiva: d'altro canto, come ci si è progres-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sivamente abituati a vedere appannato il dogma della *par condicio creditorum* (per esempio con l'introduzione del regime delle classi ovvero delle regole che consentono il pagamento di debiti pregressi), ci si abituerà ai nuovi scenari conseguenti alla normativa qui esaminata.

Si può dunque cominciare, in sede di primo commento, a ragionare sulle conseguenze, anche di portata sistematica, che si potrebbero produrre nel caso in cui venga meno la protezione del patrimonio in pendenza della procedura di concordato (per mancata conferma da parte del Giudice delegato ovvero per decorrenza del termine massimo di dodici mesi).

Il legislatore, infatti, (i) non si è spinto ad affermare che il venir meno delle misure protettive provoca di per sé una forma di caducazione del concordato preventivo e (ii) continua a prevedere, all'art. 117, che il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda.

Si possono immaginare, in teoria, le seguenti diverse fattispecie (e la pratica certamente ne presenterà altre).

Potrà in primo luogo accadere che, pur in difetto di misure protettive, i creditori non assumano iniziative esecutive individuali: in questo caso, il concordato potrà arrivare a conclusione secondo le regole ordinarie, in quanto si sarà in presenza di una nuova forma di adesione per fatti concludenti (questa volta addirittura totalitaria) dei creditori alla soluzione concordataria. Se questa ipotesi sia remota o meno ce lo dirà la prassi, anche se non è infrequente registrare forme di tolleranza dei creditori, soprattutto nelle ipotesi in cui essi hanno un marcato interesse al salvataggio della impresa debitrice e fiducia nella sua attuabilità.

Potrà al contrario accadere che, venuta meno l'efficacia delle misure protettive, uno o più creditori agiscano esecutivamente (intraprendendo azioni esecutive individuali ovvero proseguendo quelle sospese per effetto delle misure protettive).

In questo caso, gli scenari si divaricano a seconda che il bene oggetto di azione esecutiva individuale sia essenziale o meno per la tenuta del piano (si pensi alla esecuzione su un bene strumentale essenziale per la continuità aziendale): in caso affermativo, probabilmente il venir meno delle misure protettive comporterà anche automaticamente una fattispecie di sopravvenuta infattibilità del concordato (salva la possibilità di utile modificazione dello stesso), con prevedibile arresto della procedura; nel caso contrario, ove cioè l'esecuzione individuale non sia da sé sola idonea a determinare l'arresto della procedura concorsuale minore, si aprono a parere di chi scrive scenari tutti da esplorare anche sul piano sistematico, poiché – come più sopra accennato – la norma inerente alla durata predeterminata delle misure protettive non è stata espressamente coordinata con quella che continua a prevedere che il concordato omologato è "obbligatorio per tutti i creditori alla domanda di accesso" alla procedura (art. 117).

Potrebbe allora accadere che l'esecuzione individuale si completi prima dell'omologa: in questo caso, si verificherebbe l'ipotesi – davvero inedita e persino sconvolgente per il nostro ordinamento – che un creditore concorsuale sia soddisfatto per l'intero, in violazione delle regole del concorso e con potenziale macroscopica alterazione anche dell'ordine delle cause di prelazione. È, questa, a parere di chi scrive, una soluzione inaccettabile sul piano sistematico, poiché in contrasto con tutti i principi che governano la disciplina concorsuale, in particolare quelli sulla distribuzione del valore nel rispetto delle legittime cause di prelazione e, sia pure con i temperamenti noti, della *par condicio creditorum*.

Occorre allora ragionare diversamente, poiché i rimedi all'interno del nostro ordinamento non sembrano mancare.

Nel caso in cui il concordato giunga ad omologa, poiché come già osservato esso vincola tutti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

i creditori concorsuali, chi abbia conseguito il pagamento integrale in pendenza di procedura, a valle dell'omologa definitiva, dovrebbe restituire il ricevuto o quanto meno l'eccedenza rispetto al credito stralciato (non dissimilmente da quanto accade nell'ipotesi di una procedura esecutiva azionata sulla base di un titolo provvisoriamente esecutivo, che venga meno a seguito del giudizio di merito).

Soluzione concettualmente semplice, ma in concreto non banale da attuare, se si considera che il trattamento riservato ai creditori nel concordato può essere il più vario (quanto a modalità e tempistica di soddisfacimento).

Nel caso, contrario, di apertura della liquidazione giudiziale, il pagamento conseguito in via esecutiva in pendenza di concordato dovrebbe considerarsi revocabile, poiché certamente avrebbe violato la *par condicio creditorum* e altrettanto certamente sarebbe stato attuato nella piena consapevolezza dell'*accipiens* dello stato di insolvenza del debitore: del resto, l'art. 166, 2° comma, che disciplina la nuova revocatoria fallimentare, afferma la revocabilità dei pagamenti "normali" "se compiuti dal debitore *dopo il deposito della domanda* cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori" con ciò rendendo espressamente percorribile la strada di una azione revocatoria che colpisce atti compiuti in pendenza di procedura.

Potrebbe, infine, accadere che l'esecuzione pur avviata o proseguita in pendenza di procedura, non si completi prima dell'omologa: in questo caso, sempre sul presupposto che a norma dell'art. 117, 1° comma il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori concorsuali, si potrebbe immaginare o una forma di improcedibilità della procedura esecutiva individuale (poiché il creditore procedente deve essere soddisfatto secondo i tempi e i modi stabiliti nel concordato) oppure, a tutto voler concedere, che l'esecuzione conduca al soddisfacimento in via esecutiva del solo credito derivante dalla falcidia concordataria.

Si tratta, in questo come con riguardo ad altre novità contenute nel codice, di scenari tutti da approfondire e studiare, stante la necessità di calare nel nostro ordinamento principi e regole di origine comunitaria con matrice, anche culturale, profondamente differente.

A completamento del sistema di protezione del debitore che accede alla procedura concorsuale minore è prevista la facoltà di richiedere l'emissione, da parte del tribunale, di **provvedimenti cautelari** che appaiano di volta in volta più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

I provvedimenti immediati del commissario giudiziale

Diana Burroni

SOMMARIO: 8.1 Gli adempimenti immediati – 8.2 Operazioni e relazione del commissario – 8.3 Atti di frode

Nel replicare lo schema del passato, nella sostanza, il Legislatore del 2022 ripropone anche la imprecisione sul piano delle definizioni, giacché nella sezione in discussione sono richiamate non già solo le attività che vengono svolte dal commissario giudiziale immediatamente a valle della apertura della procedura di concordato, bensì anche quelle assai articolate e complesse (soprattutto se in presenza di proposte concorrenti o di offerte concorrenti) che gravano sul commissario giudiziale per tutta la durata del procedimento dal decreto di apertura sino alla fase deliberativa del concordato. Allo stesso tempo, è mancata forse una più razionale impostazione sistematica, poiché la sezione in esame non richiama tutti gli adempimenti a carico del commissario giudiziale. Nel merito, si è in presenza di novità davvero marginali, che verranno qui di seguito evidenziate (l*a tabella riportata in alto alla pagina seguente consente di collegare l'articolato della Legge fallimentare alle corrispondenti norme del Codice*).

8.1 Gli adempimenti immediati

Tra gli adempimenti immediati, più propriamente intesi, che incombono sul commissario giudiziale possono essere annoverati, in perfetta continuità con la previgente disciplina:

- quelli concernenti la pubblicità del decreto nei pubblici registri con riguardo ai beni che sono soggetti a particolari regimi pubblicitari (articolo 93, già articolo 166, comma 2 legge fallimentare);
- l'annotamento sulle scritture contabili del debitore (articolo 103, già articolo 170 legge fallimentare): sul punto è bene precisare che ai sensi dell'articolo 170, comma 1 legge fallimentare l'onere della annotazione competeva prima al giudice delegato;
- la convocazione dei creditori (articolo 104, già articolo 171 legge fallimentare).

A questi compiti si aggiungono, come eventuali in quanto sorgono soltanto in determinate fattispecie, quelli indicati all'articolo 92, commi 3, 4 e 5 a proposito degli obblighi informativi nei confronti dei creditori e dei terzi interessati a presentare proposte concorrenti o offerte concorrenti, nonché quelli nei confronti del pubblico ministero.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.2 Operazioni e relazione del commissario

La disamina delle ulteriori previsioni contenute nella sezione di cui si tratta, nuovamente, evidenzia grande continuità con la previgente normativa.

Quanto ai compiti tipici di quest'organo, si registra un'unica novità di rilievo introdotta da ultimo con il Dlgs 83/2022 all'art. 92, comma 3, secondo periodo, con cui il Legislatore investe il Commissario Giudiziale, nel caso di concordato con continuità aziendale, del compito di affiancare il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione È, questa, una attività totalmente inedita sul piano normativo, anche se traduce in legge una prassi abbastanza diffusa, di confronto tra debitore e organo di controllo (ovviamente in perfetta osservanza dei rispettivi ruoli), ai fini del superamento/prevenzione di eventuali criticità, nell'ottica di una più efficiente e rapida gestione della procedura. Da un certo punto di vista, questo nuovo ruolo riecheggia le funzioni proprie dell'esperto nella composizione negoziata, anche se restano profondamente diverse le due figure sul piano ontologico.

Vi sono poi i compiti "amministrativi" consueti, che ovviamente sono declinati in forma lievemente diversa, in coerenza con minori modificazioni del funzionamento della procedura. Sotto tale profilo, al commissario giudiziale competono questi adempimenti in parte nuovi:

- il commissario giudiziale procede alla "annotazione sotto l'ultima scrittura dei libri presentati" (art. 103, 1° comma), adempimento prima in capo al giudice delegato;
- essendo previste nuove modalità di espressione del voto (senza celebrazione dell'adunanza), il commissario giudiziale cura l'effettività del contraddittorio, trasmettendo ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati comunicazioni, osservazioni e contestazioni pervenute e informandone al contempo il giudice delegato (art. 107, 5° comma);
- egli raccoglie i voti pervenutigli tramite posta elettronica certificata e li conserva secondo la disciplina vigente per gli atti giudiziari (art. 107, 8° comma);
- egli redige una relazione, all'esito della votazione, dove sono riportati i voti favorevoli e contrari dei creditori (art. 110, 1° comma), in analogia con quanto accadeva in precedenza alla scadenza del termine per l'espressione del voto *post* udienza, ma con la differenza che oggi tale documento rappresenta l'unica fonte rappresentativa del voto espresso dai creditori, con evidenza anche delle situazioni di potenziale conflitto emerse nel corso del contraddittorio attuato in forma cartolare prima del voto;
- egli deposita, conclusa l'esecuzione del concordato, un rapporto riepilogativo finale (art. 118, 1° comma);
- egli può richiedere, su istanza di uno o più creditori, la risoluzione del concordato per inadempimento (art. 119, 1° comma), con legittimazione inedita nel precedente sistema.

L'articolo 105 ripropone poi, con minime variazioni lessicali, il contenuto dell'articolo 172 legge fallimentare, come modificato a seguito della introduzione della disciplina delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti. E quindi: il commissario giudiziale redige una **Relazione** contenente:

- l'inventario del patrimonio del debitore, strumentale a consentire una verifica sulla veridicità dei dati esposti nel piano e nella documentazione offerta dal debitore;
- una relazione particolareggiata, sulle cause del dissesto, sulla sussistenza di una situazione di crisi o di insolvenza, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PROVVEDIMENTI IMMEDIATI: RACCORDO TRA LE NORME

Legge fallimentare (Rd 167/1942)		Codice della crisi d'impresa (Dlgs 14/2019)
Articolo 165, commi 3, 4 e 5 - Obblighi informativi	›	**Articolo 92, commi 3, 4 e 5** - Obblighi informativi
Articolo 170 - Scritture contabili	›	**Articolo 103** - Scritture contabili
Articolo 171 - Convocazione dei creditori	›	**Articolo 104** - Convocazione dei creditori
Articolo 172 - Operazioni e relazione del commissario	›	**Articolo 105** - Operazioni e relazione del commissario
Articolo 173 - Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura	›	**Articolo 106** - Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura

TEMPISTICA DEI PRINCIPALI ADEMPIMENTI

Cosa	Quando
Pubblicità del decreto	Immediatamente
Annotamento scritture contabili	Immediatamente
Convocazione dei creditori	Immediatamente
Obblighi informativi nei confronti di creditori e terzi, proposte concorrenti	Con sollecitudine
Obblighi informativi nei confronti di creditori e terzi, offerte concorrenti	Con sollecitudine
Obblighi informativi nei confronti del pubblico ministero	Con sollecitudine
Relazione ex articolo 105, comma 1 (deposito e trasmissione)	45 giorni prima dell'inizio del voto
Modifica della/e proposta/e	20 giorni prima dell'inizio del voto
Relazione integrativa ex articolo 105, comma 3 (deposito e trasmissione)	15 giorni prima dell'inizio del voto
Relazione integrativa ex articolo 105, comma 5 (deposito e trasmissione)	15 giorni prima dell'inizio del voto
Elenco creditori legittimati al voto art. 107, 3° (deposito e trasmissione)	15 giorni prima dell'inizio del voto
Osservazioni del debitore, proponenti concorrenti, fideiussori, creditori	10 giorni prima dell'inizio del voto
Trasmissione osservazioni da parte del GC art. 107, 5	
Relazione definitiva e comunicazione inizio voto art. 107, 6	7 giorni prima dell'inizio del voto
Trasmissione provvedimenti GD su voto	2 giorni prima dell'inizio del voto
Relazione sul voto art. 110, 2	Giorno successivo fine del voto
Relazione su mutamento condizioni di fattibilità art. 110, 3	Fino udienza omologa 48, 1

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In perfetta continuità con quanto già previsto dall'articolo 172, comma 2 legge fallimentare, l'articolo 105, commi 3 e 4 dispone che in caso di proposte e offerte concorrenti il commissario giudiziale riferisce sulle stesse con relazione integrativa contenente anche la comparazione tra tutte le proposte: ciò anche perché, sino a venti giorni prima dell'inizio delle operazioni di voto, è possibile apportare modificazioni alla proposta di concordato (ovvero alle proposte concorrenti se esistenti).

La relazione deve essere depositata e comunicata ai creditori almeno quindici giorni prima della data stabilita per il voto (l'articolo 172 legge fallimentare prevede un termine di dieci giorni prima dell'adunanza) e deve dare evidenza delle modifiche che tutti i proponenti, compreso il debitore, possono apportare alle rispettive domande, come detto, fino a venti giorni prima del voto.

Negli stessi termini una relazione integrativa deve essere sempre redatta ogni qual volta il commissario acquisisca informazioni che possono incidere sulla valutazione di convenienza e dunque sulle determinazioni dei creditori.

Nel codice, dunque, è sostanzialmente confermata la tempistica davvero concitata con cui il commissario giudiziale deve porre in essere tutte le proprie verifiche e fare luogo al deposito delle relazioni del caso: tempistica che aveva molto allarmato gli "addetti ai lavori" già all'indomani della introduzione delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti nella legge fallimentare. Ciò soprattutto ove si consideri che, come noto, la relazione del commissario giudiziale ha valenza in qualche modo "certificativa" nel caso di proposte concorrenti, nella misura in cui esonera il proponente concorrente a depositare l'attestazione per tutti gli spetti che siano già stati oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale (articolo 90, comma 4). Se possibile tale tempistica è resa ancor più parossistica in ragione degli adempimenti posti a carico del commissario per assicurare il contradditorio prima dell'avvio delle operazioni di voto, essendo come noto stata soppressa l'adunanza dei creditori.

8.3 Atti di frode

L'articolo 106 illustra le ipotesi dei c.d. atti di frode. Tra gli atti che arrestano la procedura, in analogia con quanto già previsto dall'art. 173 della legge fallimentare, si collocano:

- l'occultamento o dissimulazione attivo;
- la dolosa omissione di denuncia crediti;
- l'esposizione di passività insussistenti;
- la commissione di altri atti di frode;
- il compimento di atti non autorizzati;
- il compimento di atti in frode in pendenza di procedura e la mancanza di condizioni di ammissibilità;
- il mancato deposito, nei termini, della somma disposta dal tribunale e prevista a copertura delle spese di procedura.

A fronte di una sostanziale sovrapponibilità della disciplina delineata all'articolo 106 rispetto a quella contenuta nell'articolo 173, può certamente osservarsi che, nella applicazione, è prevedibile la formazione di nuovi orientamenti a proposito della concreta individuazione dei c.d. atti di frode rilevanti ai fini dell'arresto della procedura. È noto, infatti, che - tramontato il requisito della c.d. "meritevolezza" – la giurisprudenza era giunta a scriminare pressoché ogni attività fraudolenta commessa dal debitore prima dell'accesso alla procedura concorsuale minore, a condizione che detta attività fosse oggetto di *disclosure* all'interno della domanda (e, per gli orientamenti più rigorosi, fosse oggetto di "emendamento" nel piano).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ebbene, poiché nel Codice varato nel 2022 è delineato in maniera estremamente più analitica il contenuto della domanda e, soprattutto, è stato inserito, all'articolo 87, comma 1, lettera *d)* l'obbligo per il debitore di specificare "*le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero*", si tratta di comprendere se la giurisprudenza avrà un approccio più o meno rigoroso nella interpretazione di questa norma, se cioè la mancata chiara indicazione della sussistenza di presupposti per l'utile esperimento di azioni risarcitorie e/o recuperatorie sarà ritenuta omissione rilevante ai fini dell'arresto della procedura.

Il tema, sicuramente, solleciterà un ampio dibattito per molteplici ragioni. E invero, da un lato, è da dubitarsi che il proponente possa effettivamente fare luogo in maniera piena all'assolvimento di questo obbligo, per distinti ordini di ragione: in primo luogo, perché il debitore in crisi che sia accinga ad accedere a una procedura di composizione della stessa è già gravato di attività molto onerose in termini di assorbimento delle energie della struttura; in secondo luogo, perché la individuazione dei presupposti giuridici per l'utile esperimento di siffatte azioni richiede un'istruttoria approfondita; in terzo luogo, perché tra le azioni possibili vi sono anche quelle di responsabilità verso organi sociali e soci, in relazione alle quali è difficile immaginare in concreto forme di reale collaborazione (al di fuori delle ipotesi di radicale mutamento degli organi di gestione e controllo, nonché dell'assetto societario).

GLI ATTI DI FRODE NELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE DELLA CASSAZIONE

Cassazione 26 novembre 2018, n. 30537. In materia di concordato preventivo, gli atti di frode rilevanti ai fini della revoca rimangono integrati quando si riscontri l'esistenza di un dato di fatto occultato afferente il patrimonio del debitore, tale da alterare la percezione dei creditori, risultando una divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale, e il carattere doloso di detta divergenza, che può consistere anche nella mera consapevolezza di aver taciuto il fatto, non essendo necessaria la volontaria preordinazione dell'omissione al conseguimento dell'effetto decettivo.

Cassazione 22 ottobre 2018, n. 26646. Gli atti di frode di cui l'articolo 173 della legge fallimentare dettato in tema di revoca del concordato preventivo, vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte a occultare situazioni di fatto idonee a influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione.

Cassazione 26 giugno 2018, n. 16856. In tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurano come atti di frode le condotte del debitore idonee a occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'articolo 173 legge fallimentare, non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori.

Cassazione 14 giugno 2018, n. 15695. In tema di concordato preventivo, rientrano tra gli atti di frode, rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla predetta procedura ai sensi dell'articolo 173 della legge fallimentare, anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza (nella specie, la Suprema Corte ha affermato che, l'avere la società proponente omesso di fornire una plausibile spiegazione circa il rilevante scostamento di valore delle rimanenze di magazzino riportato nella proposta di concordato rispetto a quello indicato nell'ultimo bilancio, costituisce atto di frode).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Vi è poi chi ha osservato in linea generale che è di dubbia legittimità la pretesa di imporre a qualcuno di prospettare azioni contro di sé, perché il precetto "*si colloca, a ben vedere, ai confini con l'inesigibilità della prestazione, specie considerando il poco tempo concesso nel nuovo sistema al debitore per costruire il piano di concordato; senza dire dalla dubbia compatibilità di una disposizione siffatta, nella parte in cui ricomprende (implicitamente ma chiaramente) le azioni di responsabilità contro gli amministratori in carica, con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di nemo tenetur se detegere, andando tale norma ben oltre la disclosure, necessaria secondo la giurisprudenza ormai consolidata, circa gli eventuali atti di frode commessi anteriormente alla presentazione della domanda*[1]".

Ad avviso di chi scrive è da ritenersi che non già ogni omissione e/o incompletezza nella predisposizione della domanda di concordato (il cui contenuto, come accennato, è oggi definito in forma estremamente analitica dall'art. 87) sia idonea a giustificare l'arresto della procedura ai sensi dell'art. 106, ma solo quelle che siano caratterizzate da intenzionalità e oggettiva decettività rispetto al corretto procedimento di formazione della volontà dei creditori[2].

Si segnala che l'articolo 106, comma 3 prevede che all'esito del procedimento, "il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazion giudiziale dei beni del debitore": la sorte dell'arresto della procedura, dunque, è l'attivazione del procedimento per la verifica dei presupposti per l'apertura della procedura concorsuale maggiore.

ATTI CHE PROVOCANO l'ARRESTO DELLA PROCEDURA
(articolo 106 del Codice in analogia con l'articolo 173 della legge fallimentare)

- Occultamento dissimulazione attivo;
- dolosa omissione di denuncia crediti;
- esposizione di passività insussistenti;
- commissione di altri atti di frode;
- compimento di atti non autorizzati;
- compimento di atti in frode in pendenza di procedura;
- mancanza di condizioni di ammissibilità.

1 S. Ambrosini, "La riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza: motus in fine velocior" in Crisi e insolvenza, 2018, 13.

2 Burroni-Porcari-Di Gioia, Il concordato preventivo, in Il Codice della crisi dopo il Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, a cura di Sanzo S., in corso di pubblicazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

Voto nel concordato preventivo, maggioranza ed approvazione

Matteo Sala

SOMMARIO: 9.1 Maggioranze richieste per l'approvazione – 9.2 Creditori ammessi al voto, ammissione provvisoria dei crediti contestati e creditori esclusi dal voto – 9.3 Operazioni di voto

9.1 Maggioranze richieste per l'approvazione

Al di fuori del caso del concordato preventivo con continuità aziendale, la riforma non prevede variazioni nell'individuazione delle maggioranze richieste per l'approvazione del concordato (ovvero maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto e, in presenza di classi, che tale maggioranza si verifichi anche nel maggior numero di classi), salvo nell'ipotesi in cui un unico creditore sia titolare di oltre il 50% dei crediti ammessi al voto. In tal caso (invero non così raro) viene introdotta la necessità che la proposta di concordato venga approvata anche dalla maggioranza dei creditori, calcolata per teste.

Sul punto, tuttavia, la norma non appare chiara, specie se si confronta il dato letterale dell'art. 109 con quanto precisato nella relazione illustrativa alla Riforma. Difatti, mentre il testo richiede "*la maggioranza per teste **dei voti espressi** dai creditori ammessi al voto*", lasciando intendere che i creditori aderenti debbano essere più numerosi di coloro che hanno espresso voto negativo (rimanendo esclusi dal computo gli astenuti), la relazione illustrativa prevede la necessità che "venga raggiunta anche la maggioranza per teste dei creditori ammessi al voto" (tra cui vanno annoverati anche i creditori astenuti).

In sintesi, qualora la proposta oggetto di votazione **non** sia riconducibile alla fattispecie del concordato con continuità aziendale, per la sua approvazione sarà necessario quanto illustrato nello schema riprodotto a pagina seguente.

La più recente modifica al CCII ha invece stravolto le disposizioni in merito alle maggioranze per l'approvazione del concordato con continuità aziendale.

Nel testo entrato in vigore il 15 luglio 2022 infatti è previsto che **il concordato in continuità aziendale è approvato solo se tutte le classi votano a favore**, con la precisazione che ciascuna classe potrà essere considerata favorevole qualora, alternativamente:

- sia stata raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto;
- abbiano "*votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe*".

Tuttavia il CCII prevede, nell'ipotesi in cui non si raggiunga la maggioranza richiesta per l'ap-

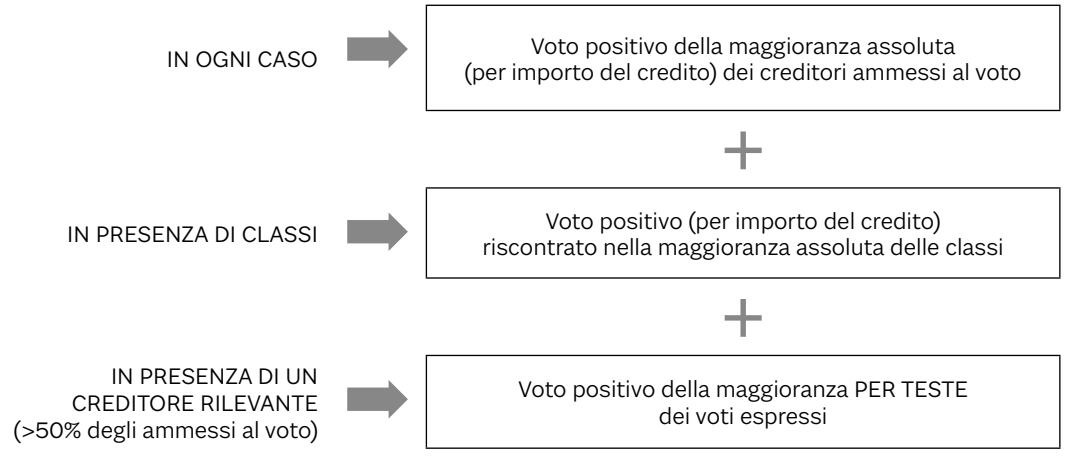
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

provazione (più che maggioranza, sembrerebbe trattarsi di un plebiscito), la possibilità di un "ripescaggio" da parte del tribunale, qualora ricorrano i requisiti previsti dall'art. 112, comma 2 e – in particolare per quanto attiene alle procedure di voto – a condizione che la proposta sia stata "*approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione*". La possibilità di tale "ripescaggio" sembrerebbe tuttavia esclusa per le proposte concorrenti che non incontrino il benestare del debitore, essendo necessario che il tribunale acquisisca il suo consenso in merito all'omologazione.

La nuova norma si presenta certamente indigesta ad una prima lettura, e non sembra irragionevole aspettarsi numerose problematiche nella sua concreta applicazione. In ogni caso sembra che, con le ultime modifiche apportate al CCII, il legislatore abbia incrementato la complessità tecnica della procedura concordataria – e in particolar modo quella in continuità aziendale – ritagliando per il tribunale un potere più ampio di vaglio della proposta.

Lo stesso comma 5 dell'art. 109 detta inoltre una disciplina speciale – applicabile solo nell'ambito del concordato con continuità aziendale – per quanto attiene la partecipazione al voto dei creditori muniti di diritti di prelazione (analogamente a quanto già previsto dall'art. 186 *bis*, co. 2 lett. c), L. Fall. in tema di moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca).

In particolare, la norma prevede oggi che "*i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile, il termine di cui al quarto periodo è di trenta giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta*".



In proposito le principali differenze rispetto alle previsioni della legge fallimentare sono:

› i termini della moratoria si dimezzano, passando da un anno a 180 giorni dalla data di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

omologazione per i creditori prelatizi e, addirittura, riducendosi a soli 30 giorni per quanto riguarda il pagamento dei dipendenti (o, più in generale, dei crediti assistiti da privilegio *ex* art. 2751 *bis*, n. 1, Cc);

› l'obbligatorietà di inserire in una classe distinta i creditori per cui la proposta concordataria prevede il pagamento oltre i termini di moratoria.

Per quanto attiene i termini della moratoria, non si può non fare a meno di osservare come i trenta giorni dall'omologazione messi a disposizione del debitore per soddisfare i propri creditori privilegiati *ex* art. 2751 *bis*, n. 1, Cc coincida con il termine dettato dall'art. 51 CCII per l'impugnazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo. In altri termini, salvo che la proposta non preveda l'ammissione al voto dei dipendenti, i pagamenti in loro favore dovrebbero avvenire ancor prima che si abbia contezza dell'intervenuta definitività o meno (o anche solo dell'esistenza di impugnazioni) dell'omologazione; ciò con evidenti problemi laddove, come spesso accade, la proposta concordataria si basi su interventi straordinari (si pensi al versamento di nuove risorse finanziarie o ad un'operazione di trasferimento aziendale) condizionati alla definitività del provvedimento di omologazione.

Si evidenzia poi come, nel testo finale entrato in vigore del CCII, sia stato espunto dall'art. 86 il periodo con il quale veniva stabilito in modo univoco il criterio di determinazione dell'importo per cui i creditori muniti di prelazione soggetti a moratoria devono essere chiamati al voto ("*quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato dagli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo*"). Nel silenzio della relazione illustrativa sulle motivazioni che hanno indotto a tale scelta, non si può che prenderne atto e proseguire nella determinazione degli importi da ammettere al voto secondo la prassi applicativa – già in via di consolidamento – dell'art. 186 *bis* L. Fall.

Si evidenzia poi che, rispetto alla normativa fallimentare, viene confermata la necessità di un voto espresso da parte dei creditori, dovendosi intendere applicabile, ai fini del calcolo delle maggioranze, la regola del "silenzio-dissenso".

9.2 Creditori ammessi al voto, ammissione provvisoria dei crediti contestati e creditori esclusi dal voto

I creditori ammessi al voto nell'ambito del concordato preventivo sono pertanto, in sintesi:

› i creditori chirografari *ab origine*;

› i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, che abbiano rinunciato in tutto o in parte al diritto di prelazione, per la parte del credito non coperta da garanzia;

› i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale, per la parte residua del credito;

› nel concordato in continuità aziendale, i creditori muniti di diritto di prelazione per cui la proposta concordataria preveda termini di pagamento eccedenti quelli indicati dal comma 5 dell'art. 109 CCII (30 giorni per i crediti da lavoro dipendente, 180 giorni per le altre categorie).

In tema di creditori contestati, il primo comma del nuovo articolo 108 riprende il suo prede-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cessore del Regio Decreto (l'art. 176), con tuttavia l'inserimento di alcune precisazioni e aggiunte. Nel nuovo testo, infatti:

- viene precisato che l'ammissione provvisoria non solo non pregiudica la pronunzia definitiva sulla sussistenza dei crediti, ma anche sulla loro collocazione;
- viene previsto, con l'aggiunta di un nuovo periodo, che il giudice delegato "*provvede nello stesso modo in caso di rinuncia al privilegio*";
- viene prescritto che i relativi provvedimenti del giudice vengano comunicati, secondo il comma 7 dell'art. 107, al debitore, ai creditori e al commissario giudiziale e a tutti gli interessati almeno due giorni prima della data iniziale stabilita per il voto. In mancanza, i creditori devono essere ammessi al voto sulla base dell'elenco formato da parte del commissario giudiziale, fatto salvo il loro diritto di proporre opposizione in sede di omologazione.

Vi è approvazione in ciascuna classe se:

Voto favorevole del 50% + 1 dei crediti ammessi al voto	O	Voto espresso per almeno il 50% dei crediti, di cui almeno 2/3 favorevoli

Il tributo procede all'omologazione del concordato se:

vi è stata **approvazione in <u>tutte</u> le classi**

OPPURE SE

vi è stata **approvazione nella <u>maggioranza</u> delle classi** e – su richiesta del debitore o con il suo consenso in caso di proposte concorrenti – il tribunale verifica l'avveramento congiunto delle seguenti condizioni:

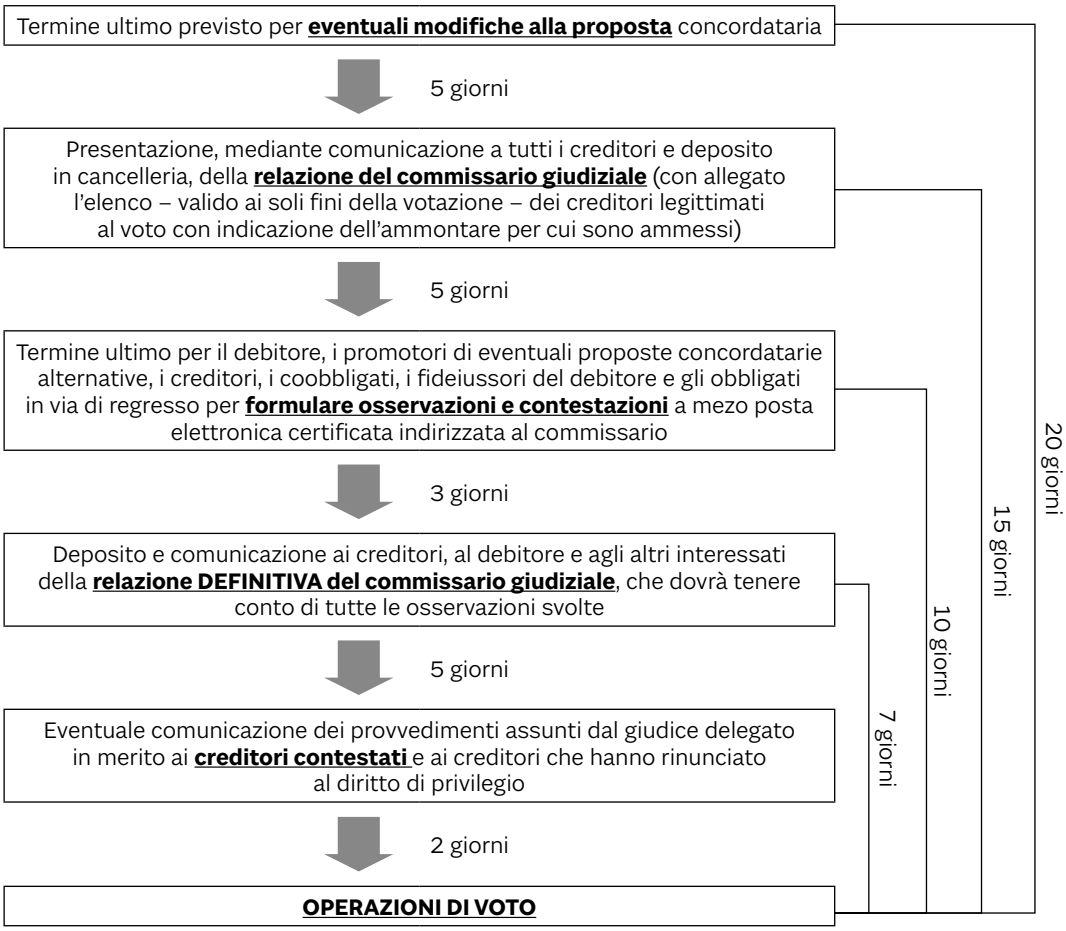
- il valore di liquidazione è distribuito secondo l'ordine legittimo di prelazione;
- i creditori dissenzienti ricevono un trattamento non deteriore agli altri creditori nel rispetto delle cause di prelazione;
- nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;
- tra le classi che hanno approvato il concordato vi è almeno una classe composta da:
  - creditori con diritti di prelazione;
  - creditori che riceverebbero un qualche soddisfacimento in ipotesi di distribuzione, nel rispetto dell'ordine legittimo di prelazione, del valore eccedente quello di liquidazione

In altri termini, oltre alla funzione già prevista nella previgente normativa in tema di decisione dell'ammissibilità o meno al voto dei crediti contestati, viene rimesso al giudice delegato anche l'onere di provvedere alla modifica dell'elenco dei creditori ammessi al voto, che il commissario giudiziale deve redigere e, unitamente alla propria relazione, depositare in cancelleria e trasmettere al debitore, ai creditori e agli altri interessati almeno 15 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

È bene precisare che, secondo la nuova procedura delineata dal CCII, l'elenco dei creditori ammessi al voto – e, dunque, le maggioranze necessarie ai fini dell'approvazione del concordato – viene di fatto cristallizzato due giorni prima dell'avvio delle operazioni di voto (ovvero con lo spirare del termine ultimo concesso al giudice delegato per la comunicazione dei propri provvedimenti sul punto); conseguentemente, sembra venir meno la possibilità per i creditori di rinunciare al proprio diritto di prelazione, acquisendo così il diritto di voto, una volta decorso tale termine o che i creditori privilegiati possano perdere (consapevolmente o meno) il diritto di prelazione mediante l'esercizio del voto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nessuna modifica viene invece apportata dal legislatore al secondo comma dell'art. 176 L. Fall., che viene integralmente trasposto al secondo comma del nuovo art. 108 CCII; viene infatti ribadita la possibilità per i creditori esclusi di opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato, nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze.



Con la riforma vengono estesi i casi (oggi previsti dall'art. 177, L. Fall.) di creditori esclusi dal voto. In particolare, a coloro che sono già attualmente inibiti dal voto (il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato) si aggiungono:

- per estensione rispetto alla più storicamente convenzionale figura del coniuge, il convivente di fatto e colui che sia parte dell'unione civile con il debitore;
- i creditori che versino in conflitto di interessi.

Si evidenzia come, a parere di chi scrive, tale ultima previsione presenti un certo grado di incertezza (rispetto agli altri casi di esclusione, certamente più oggettivi) legata alla necessità di una valutazione necessariamente soggettiva sull'esistenza o meno di un conflitto di interessi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

in capo a ciascun creditore. Nel silenzio della norma (che forse avrebbe ben potuto prevederlo all'art. 108, ove viene espressamente previsto l'intervento del giudice delegato per regolare l'ammissione al voto non solo dei creditori contestati, ma anche dei creditori cha abbiano rinunciato al diritto di prelazione), la relazione illustrativa precisa che la valutazione in merito alla sussistenza di un conflitto di interesse dei creditori debba essere demandata al giudice delegato, prima, e al tribunale in sede di omologazione, poi.

Una ulteriore novità è contenuta nel comma 7 dell'art. 109, laddove si prevede che "*il creditore che propone il concordato ovvero le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe*".

Venuta meno l'adunanza dei creditori, il relativo verbale viene sostituito dalla riforma con una reazione, da redigersi a cura del commissario giudiziale e da depositarsi il giorno successivo alla chiusura delle operazioni di voto; tale relazione commissariale, a cui sarà allegata su supporto informatico la documentazione relativa all'espressione dei voti, dovrà indicare:

- i voti favorevoli e contrari dei creditori con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti;
- l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti.

9.3 Operazioni di voto

Il legislatore è intervenuto anche, ed in modo rilevante, sulla procedura prevista per la fase di discussione e di espressione del voto dei creditori. L'innovazione che più balza all'occhio è senz'altro la sostituzione dell'adunanza dei creditori con un procedimento di *voto per via telematica*, invero già contemplato nella legge fallimentare ma di fatto scarsamente (se non mai) utilizzato.

Mentre la data iniziale e la data finale per l'espressione del voto da parte dei creditori sono stabilite dal tribunale con il decreto di ammissione alla procedura concordataria (tenendo conto dell'entità del passivo, della necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura), l'indicazione dell'ordine e dell'orario delle votazioni è rimessa al giudice delegato, tenendo presente che tutte le proposte eventualmente presentate dovranno essere sottoposte al voto, secondo l'ordine già previsto dall'attuale normativa.

In assenza dell'adunanza, che sino ad ora costituiva l'unico vero momento di discussione "interattiva" con i creditori sulla proposta (o sulle proposte), la norma ha dovuto prevedere nuove modalità attraverso le quali instaurare il contraddittorio tra il commissario, il debitore, coloro che abbiano eventualmente presentato proposte concorrenti ed i creditori. Tali nuove modalità prevedono le seguenti "tappe di avvicinamento al voto", cadenzate a distanza di pochi giorni l'una dall'altra:

Come anticipato ai paragrafi precedenti, tra il deposito della relazione definitiva e la data fissata per il voto il giudice delegato assume provvedimenti in relazione (come previsto all'art. 108 del testo della riforma) alla definitiva formazione dell'elenco dei creditori votanti, che sarà redatto sulla base dell'elenco trasmesso dal commissario giudiziale riveduto sulla base delle eventuali rinunce ai privilegi e delle decisioni che il giudice delegato riterrà di assumere in relazione ai crediti contestati e – probabilmente – ai creditori in potenziale conflitto di interesse.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il voto sarà espresso a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale, ovvero utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura dal Ministero della Giustizia.

Entro il giorno seguente a quello fissato dal tribunale per la fine delle operazioni di voto, il commissario giudiziale dovrà depositare in cancelleria una relazione in cui saranno indicati:

- i voti favorevoli e contrari dei creditori, con l'indicazione nominativa dei votanti e l'ammontare dei rispettivi crediti. La documentazione relativa ai voti espressi deve essere allegata su supporto informatico;
- l'indicazione nominativa di chi non ha esercitato il voto e l'ammontare dei rispettivi crediti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

Il giudizio di omologazione del concordato preventivo

Daniele Nataloni

SOMMAIRO: 10.1 La regolamentazione processuale – 10.2 L'oggetto del giudizio – 10.3 Il contenuto del provvedimento – 10.4 La novità in tema di impugnazioni "societarie" – 10.5 La chiusura della procedura – 10.6 Gli effetti del concordato – 10.7 L'esecuzione del concordato – 10.8 Le azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni – 10.9 La risoluzione del concordato – 10.10 L'annullamento del concordato

10.1 La regolamentazione processuale

La disciplina processuale dell'omologazione del concordato preventivo, nell'ambito del nuovo Codice, si ricava dal combinato disposto degli articoli 48 e 112.

Il primo, rubricato "*Omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*", è inserito nella Parte prima, Titolo III, Capo IV, alla Sezione II, che fissa i contorni del cosiddetto "procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza": è uno dei tratti maggiormente innovativi della riforma, attraverso la quale il legislatore ha inteso perseguire la costruzione di un percorso procedimentale unitario per le diverse procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il secondo, rubricato "*Giudizio di omologazione*", ed oggetto di ampia modifica con il Dlgs 83/2022, è collocato nel Titolo IV, Capo II, Sezione VI, "*Omologazione del concordato preventivo*", e disciplina alcuni aspetti peculiari del giudizio in parola, in relazione alla possibilità che vengano presentate opposizioni all'omologa. In particolare, l'articolo 48, commi 1, 2 e 3, sancisce che:

- una volta conseguita l'approvazione dei creditori, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per l'omologazione disponendo la pubblicazione del decreto presso il registro delle imprese, sia quello della sede legale sia quello della sede effettiva (se diversa), sia presso quello dell'ufficio del luogo ove è stata aperta la procedura, onerando poi il debitore di farne notifica al commissario e ai creditori dissenzienti;
- i creditori dissenzienti possono proporre opposizione con memoria da depositare fino a dieci giorni prima dell'udienza, mentre il commissario dovrà depositare la propria memoria fino a cinque giorni prima e il debitore, a sua volta, sino a due giorni prima;
- valutate nuovamente l'ammissibilità, la fattibilità economica, nonché la regolarità della procedura e l'esito del voto, il tribunale, tenuto conto del parere del commissario, e assunti eventualmente mezzi di prova, emette sentenza sulla domanda di omologazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ARTICOLO 112 DEL CODICE

1. Il tribunale omologa il concordato verificati:
   a) la regolarità della procedura;
   b) l'esito della votazione;
   c) l'ammissibilità della proposta;
   d) la corretta formazione delle classi;
   e) la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe;
   f) in caso di concordato in continuità aziendale, che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori;
   g) in ogni altro caso, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.
2. Nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:
   a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
   b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, comma 7;
   c) nessun creditore riceve piu dell'importo del proprio credito;
   d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.
3. Nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.
4. In caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal tribunale solo se con l'opposizione e eccepita la violazione della convenienza di cui al comma 3 o il mancato rispetto delle condizioni di ristrutturazione trasversale di cui al comma 2.
5. Nel concordato che prevede la liquidazione del patrimonio oppure l'attribuzione delle attività a un assuntore o in qualsiasi altra forma, se un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.
6. Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

La relazione illustrativa sottolinea che, rispetto alla normativa della legge fallimentare, il contraddittorio tra le parti è ora organizzato in modo più efficiente, con la previsione di termini sfalsati per le opposizioni.

Ciò è reso opportuno, da un lato, e possibile, dall'altro, dal fatto che il procedimento si è già incardinato con il deposito del ricorso e le opposizioni sono, dunque a ben vedere, eccezioni sollevate dai creditori e da qualunque interessato alla omologazione.

Il debitore potrà replicare ai motivi di opposizione con memoria da depositare fino a due giorni prima dell'udienza; tale termine consente di tener conto anche del parere del commissario giudiziale, da depositarsi almeno cinque giorni prima dell'udienza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Viene, in tal modo, correttamente superata la norma di cui all'articolo 180, comma 2 legge fallimentare, che, non prevedendo termini sfalsati per le diverse parti, determinava una ingiustificata compressione del diritto di difesa del debitore.

Il tribunale, dopo avere deciso le opposizioni in camera di consiglio, provvede con sentenza all'omologazione del concordato preventivo. Se il tribunale non omologa il concordato preventivo, può dichiarare con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale.

L'articolo 112, a sua volta, ampiamente modificato in sede di pubblicazione del Dlgs 83/2022, elenca una serie di aspetti che debbono essere oggetto di verifica del tribunale in sede di omologa e pone una serie di regole con riguardo a specifiche ipotesi concrete.

10.2 L'oggetto del giudizio

Tra le innovazioni più significative apportate dalla riforma fallimentare alla disciplina del concordato preventivo rientra sicuramente l'ampliamento dell'oggetto del giudizio di omologazione, le cui differenze rispetto al passato sono molteplici, non solo sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale.

Come noto, all'esito della riforma del 2015, un elemento di significativa novità veniva rinvenuto nella eliminazione del potere del tribunale di valutare quegli elementi di giudizio riguardanti la meritevolezza del debitore e la convenienza del concordato per i creditori.

Nel vigore della riforma precedente, e dopo diverse pronunce, sia di legittimità sia di merito, il sindacato giudiziario sulla proposta era stato sostanzialmente limitato alla sua ammissibilità giuridica, mentre la fattibilità economica in senso puro era stata attratta nell'area della valutazione di convenienza e, dunque, rimessa alle determinazioni dei soli creditori.

Con la riforma odierna, il legislatore ha inteso (ri)affermare la titolarità, in capo al tribunale, dei più ampi poteri di valutazione della fattibilità della proposta, poteri che vengono sanciti dall'articolo 47 del Codice (nell'ambito dei poteri in fase di apertura della procedura) ed espressamente richiamati dall'articolo 48, comma 3: con ciò pare definitivamente venir meno ogni dubbio in merito alla estensione degli stessi (anche) in questa fase della procedura.

In proposito, l'art. 112, come detto, ampiamente modificato in sede di conversione finale del decreto introduttivo del Codice della crisi:

- indica in maniera esplicita l'oggetto delle verifiche che il tribunale deve compiere in sede di omologa, verifiche che in parte divergono a seconda che si sia in presenza di un concordato in continuità ovvero di un concordato liquidatorio (art. 112, 1° comma), assecondando quella divaricazione della disciplina tra le due tipologie di concordato, su cui ci si è soffermati in più occasioni;
- introduce, per il solo concordato in continuità la regola della ristrutturazione trasversale definita anche *cross class cram down* (art. 112, 2° comma);
- detta particolari regole che governano la fase della opposizione, ancora una volta distinguendo la relativa disciplina a seconda che si sia in presenza di un concordato in continuità (art. 112, 3° comma) ovvero di un concordato liquidatorio (art. 112, 5° comma).

Di particolare rilievo appare la seconda innovazione.

L'art. 112, 2°-5° comma, infatti, sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 180, 4° comma, L. Fall., nella sola fattispecie del concordato in continuità, attri- buisce al tribunale il potere di omo-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

logare il concordato nonostante il dissenso di una classe dei creditori. Si tratta, come chiarito dalla Relazione al Dlgs 83/2022, del recepimento delle regole della omologazione tramite "ristrutturazione trasversale" (*cross-class cram-down*) contenute nella Direttiva *Insolvency*, all'art. 11.

Solo nel concordato in continuità, dunque il tribunale può procedere con l'omologa anche qualora non sia stata registrata l'unanime approvazione da parte di tutte le classi votanti, nella ricorrenza di taluni presupposti (specificati all'art. 112, 2° comma).

10.3 Il contenuto del provvedimento

Quanto al contenuto della sentenza di omologazione, l'articolo 114 del Codice detta la disciplina per la liquidazione dei beni prevista nel piano di concordato solo per il caso in cui il concordato consiste nella cessione dei beni, dunque quando è ascrivibile al *genus* del concordato liquidatorio.

ARTICOLO 114, COMMA 1, DEL CODICE

1. Se il concordato consiste nella cessione dei beni, il tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione. (...)

Dunque, la norma chiarisce definitivamente che, nel concordato in continuità aziendale che preveda la liquidazione dei beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività, la liquidazione avviene a cura del debitore, il cui unico obbligo è quello di assicurare ai creditori le utilità promesse e sulle quali essi hanno espresso la loro adesione.

Il tribunale, allorché omologa il concordato liquidatorio, nomina uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori, provvedendo a determinare le altre modalità della liquidazione.

I liquidatori debbono essere scelti tra gli iscritti all'albo degli incaricati della gestione e del controllo nelle procedure e agli stessi si applicano alcune norme dettate per il curatore (accettazione della nomina; revoca; responsabilità; compenso; obbligo di rendiconto) in quanto compatibili.

Ai membri del comitato dei creditori, sempre in quanto compatibile, si applica la disciplina dell'omologo organo della liquidazione giudiziale (modalità della nomina, funzioni e responsabilità).

Alla liquidazione si applica, in quanto compatibile, la disciplina della liquidazione giudiziale, compresa la previsione che attribuisce al giudice di disporre la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli, salvo diversa disposizione contenuta nella sentenza di omologazione per gli atti da compiersi successivamente.

Il liquidatore ha l'onere di riferire al commissario giudiziale sull'andamento della liquidazione con cadenza semestrale.

Il commissario giudiziale provvede a informare i creditori e il pubblico ministero e deposita in cancelleria la relazione del liquidatore, corredata dalle sue osservazioni.

Il decreto 83/2022 aggiunge un ultimo comma a mente del quale, conclusa l'esecuzione del concordato, il liquidatore comunica al commissario giudiziale un rapporto riepilogativo finale,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del tribunale.

10.4 La novità in tema di impugnazioni "societarie"

Una novità di rilievo introdotta dalla riforma si ritrova all'articolo 116, comma 1.

ARTICOLO 116, COMMA 1 DEL CODICE

1. 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.

Si tratta di una introduzione che colma un vuoto normativo e realizza un opportuno coordinamento con la normativa societaria. Secondo le previsioni della riforma, dunque, l'opposizione all'omologazione è l'unica forma di opposizione consentita ai creditori. Tali operazioni sono, per il resto, assoggettate alle norme del Codice civile che, in generale, le disciplinano. I loro effetti, però, anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento dei danni spettante ai soci o ai terzi ai sensi degli articoli 2500 *bis*, comma 1, 2504 *quater*, comma 2, e 2506 *ter*, comma 5 del Codice civile.

È interessante notare che, secondo quanto riferito nella relazione integrativa, per garantire l'effettività del diritto di proporre opposizione, il comma 2, riformulato sulla base delle osservazioni della Commissione Giustizia della Camera, dispone che al piano concordatario sia garantita adeguata pubblicità.

Infatti, il tribunale, nel provvedimento di fissazione dell'udienza di omologazione, dispone che il piano sia pubblicato nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società interessate dalle operazioni di trasformazione, fusione o scissione e che tra la data della pubblicazione e l'udienza devono intercorrere almeno trenta giorni.

La scelta di concentrare nel giudizio di omologazione e nelle eventuali opposizioni ivi convergenti anche gli strumenti di tutela dei creditori si spiega, secondo il legislatore, in ragione dell'obiettivo di dare nei tempi più brevi possibili stabilità al concordato approvato dalle prescritte maggioranze, evitando che un concordato ormai omologato e in fase di esecuzione resti in situazione di precaria certezza per effetto di impugnazioni od opposizioni successivamente proposte a norma del Codice civile.

Ancora, non deve stupire la previsione secondo la quale anche le operazioni destinate ad essere realizzate dopo l'omologazione del concordato debbano essere contestate attraverso l'opposizione all'omologazione, considerato che anche l'opposizione prevista dall'articolo 2503 del Codice civile è diretta a impedire il perfezionamento dell'*iter* avviato con la deliberazione di fusione.

La relazione riconosce il fatto che la legge delega facesse generico riferimento alle operazioni da compiersi durante la procedura. "*Tuttavia, considerato che, nella maggior parte dei casi, le operazioni di fusione o scissione sono attuate nella fase esecutiva del concordato e che l'altro principio espresso in materia dalla legge delega mira ad assicurare la stabilità degli effetti delle operazioni pre-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

viste dal piano, sicché una lettura restrittiva della delega non consentirebbe di realizzare tale scopo, pare più ragionevole ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento alla "procedura" intesa in senso ampio, comprensiva anche della fase successiva alla pronuncia della sentenza di omologazione".

Un'importante e doverosa precisazione è stata aggiunta con il Dlgs 83/2022, che ha introdotto all'articolo in parola un ultimo comma secondo cui quando il piano prevede il compimento delle operazioni di cui al comma 1, il diritto di recesso dei soci è sospeso fino all'attuazione del piano.

10.5 La chiusura della procedura

A mente dell'articolo 113, "*la procedura di concordato preventivo si chiude con la sentenza di omologazione ai sensi dell'articolo 48*". Si tratta di norma coerente con quanto, sino all'entrata in vigore della riforma, disposto dall'articolo 181 legge fallimentare

Pare opportuno rilevare, in proposito, che, nello stabilire che la procedura di concordato preventivo si chiude con la sentenza di omologazione, il legislatore fa, ovviamente, riferimento alla sola fase giudiziale.

Il procedimento di concordato preventivo continua a restare aperto fino all'integrale adempimento degli obblighi concordatari.

In occasione dell'approvazione del Dlgs 83/2022 è stato inserito un ultimo comma all'articolo in commento, a norma del quale l'omologazione deve intervenire nel termine di dodici mesi dalla presentazione della domanda: si tratta tuttavia, com'è evidente, di termine di natura ordinatoria.

10.6 Gli effetti del concordato

Ai sensi dell'articolo 117 del Codice, che riprende testualmente l'articolo 184 legge fallimentare, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato, anche se costoro mantengono inalterati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, pur restando salva la possibilità di stabilire in senso opposto nel contesto dell'accordo.

Come noto, il concordato preventivo produce una serie di effetti; tra questi emerge l'inizio dell'attività di vigilanza del commissario giudiziale, nonostante il debitore conservi l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa.

Pur con la propria impronta "giurisdizionalista", la riforma non ha inteso ripristinare la generale "direzione del giudice delegato", ma l'autorizzazione di tale organo è necessaria affinché gli atti di straordinaria amministrazione non perdano efficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato.

A partire dalla data della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti, del resto, rimangono sospese e le decadenze non si verificano. I creditori, inoltre, non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, a meno che non vi sia all'uopo una specifica autorizzazione del giudice.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

10.7 L'esecuzione del concordato

L'articolo 118 ripropone parzialmente il dettato dell'articolo 185 legge fallimentare, ribadendo, da un lato, che il debitore è obbligato a dare esecuzione alla proposta omologata, anche se formulata da uno dei creditori e, dall'altro lato, che è compito del commissario giudiziale sorvegliare l'adempimento del concordato e riferire, oltre a ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio per i creditori, anche condotte inerti o ritardi del debitore nel dare esecuzione alla proposta concorrente.

La nuova formulazione della norma risolve i dubbi che si sono manifestati con la precedente disciplina circa gli strumenti di controllo e di intervento del tribunale nella fase esecutiva del concordato mutuandoli dall'intervento operato con l'articolo 3 del Dl 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 relativamente all'esecuzione delle proposte concorrenti.

La disposizione prevede che il tribunale possa attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a porre in atto gli adempimenti omessi dal debitore, in violazione dell'obbligo che su di lui incombe di compiere tutto ciò che è necessario per dare esecuzione alla proposta, sia stata questa da lui presentata o sia stata omologata quella presentata da un creditore.

Nel caso in cui la proposta omologata sia quella presentata da uno o più creditori l'iniziativa della denuncia dei ritardi o delle omissioni del debitore può essere assunta anche dagli stessi, con ricorso da notificarsi al debitore e al commissario giudiziale, ricorso che può contenere anche la richiesta al tribunale di attribuzione a quest'ultimo dei poteri necessari a darvi corretta esecuzione oppure di revoca dell'organo amministrativo (se si tratta di società) e di nomina di un amministrazione giudiziario, fatti salvi i diritti di informazione e di voto dei soci di minoranza.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentiti il debitore e il commissario giudiziale, e, nel caso nomini un amministratore giudiziario, determina la durata dell'incarico e i poteri che possono essere particolarmente ampi, comprendendo, se il piano prevede un aumento del capitale sociale o altra deliberazione di competenza dell'assemblea, quello di convocare l'assemblea e l'esercizio nella stessa del diritto di voto per le azioni o quote facenti capo al socio di maggioranza.

Come già prevedeva l'articolo 185 legge fallimentare, per effetto delle modifiche introdotte dal Dl 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, alle cancellazioni delle formalità iscritte sui beni trasferiti provvede, su richiesta del commissario giudiziale, il tribunale, eventualmente delegando il notaio rogante: la novità è costituita dalla precisazione secondo cui, il tribunale opera in composizione monocratica.

La norma, infine, conferma il principio, già presente nella precedente disciplina, secondo cui in deroga all'articolo 2560 del Codice civile, l'acquirente o cessionario dell'azienda non risponde dei debiti pregressi, salvo diversa previsione del piano di concordato.

10.8 Le azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni

Il nuovo articolo 115 è stato introdotto espressamente al fine di risolvere, in maniera esplicita, la questione dibattuta circa la legittimazione all'esperimento, successivamente all'omologazione, delle azioni restitutorie, recuperatorie e dell'azione sociale di responsabilità, attribuendole al liquidatore, sia che queste debbano essere iniziate in corso di procedura, sia che siano già pendenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ARTICOLO 115 DEL CODICE

1. Il liquidatore giudiziale esercita, o se pendente, prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti. 2. Il liquidatore esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità. Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali. 3. Resta ferma, in ogni caso, anche in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394 del Codice civile.

Si osserva, con la relazione illustrativa, che la disposizione è coerente con l'articolo 2740 del Codice civile, e dunque con la regola della garanzia patrimoniale generica: spetta al liquidatore realizzare, nell'interesse dei creditori, tutte le poste attive comprese nel patrimonio del debitore.

In aggiunta, "*con particolare riferimento all'azione di responsabilità, viene sterilizzata, nei confronti della massa dei creditori e del liquidatore, l'eventuale esclusione di tale azione, da parte della società proponente (e cioè, per lo più, dei suoi amministratori, che potrebbero anche essere i potenziali responsabili dei danni arrecati al patrimonio sociale), dai beni offerti in cessione, escludendo, a fortiori, al fine della proposizione di tale azione, la necessità di una delibera assembleare o di una decisione del collegio sindacale*".

La norma non elimina, invece, la legittimazione dei singoli creditori sociali ad esercitare o proseguire l'azione prevista dall'articolo 2394 del Codice civile (e, nelle società a responsabilità limitata, dall'articolo 2476, comma 5 *bis* del Codice civile), che è di loro esclusiva pertinenza, per far valere l'inosservanza, da parte degli organi di gestione, degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale. Il danno risarcibile da parte degli amministratori e degli organi di controllo sarà ordinariamente rappresentato, in questo caso, dalla differenza tra quanto ricevuto in sede concordataria e l'originaria prestazione dovuta e non ricevuta.

10.9 La risoluzione del concordato

L'articolo 119 tratta della risoluzione del concordato. La disciplina è mutuata dall'art. 186 legge fallimentare, con alcune novità di non secondario rilievo.

La prima concerne il novero dei soggetti legittimati: alla legittimazione dei creditori, per la proposizione della azione di risoluzione, si associa quella del commissario giudiziale, ove richiesto da un creditore.

Si tratta di previsione la cui introduzione è dettata dal riscontro di ciò che, normalmente, avviene nella prassi: come chiarisce la relazione, questa opzione, espressamente indicata dalla legge delega all'articolo 6, comma 1 , lettera *m)*, è infatti "*finalizzata ad evitare che vi siano procedure concordatarie che si prolungano per anni ineseguite in quanto i creditori, spesso scoraggiati dall'andamento della procedura e preoccupati dei costi per l'avvio di un procedimento giudiziale, non si vogliono assumere l'onere di chiederne giudizialmente la risoluzione*".

Al procedimento di risoluzione, cui si applica il rito uniforme, è chiamato a partecipare l'eventuale garante.

Con riguardo agli elementi che giustificano la richiesta di risoluzione, va ricordato che l'inadempimento da parte del debitore del concordato omologato non è sufficiente, perché l'arti-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

colo 119 del Codice (come in precedenza l'articolo 186 legge fallimentare) pone come elemento condizionante la pronuncia di risoluzione la non scarsa importanza dell'inadempimento, che richiama la rilevanza dell'inadempimento richiesto dall'articolo 1455 del Codice civile per la risoluzione contrattuale.

Trovano applicazione, pertanto, i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia contrattuale, fermo restando che l'inadempimento nel concordato va valutato nella complessità e non con riferimento a un singolo creditore.

Analogamente a quanto accade con la disciplina precedente, il termine ultimo per poter richiedere la risoluzione del concordato rimane fissato in un anno dall'ultimo adempimento previsto nel piano concordatario omologato.

10.10 L'annullamento del concordato

Il nuovo articolo 120 del Codice prevede espressamente quanto, in precedenza, la legge fallimentare disciplinava attraverso il richiamo all'articolo 138 legge fallimentare contenuto nell'articolo 186, comma 5 legge fallimentare.

Articolo 120, comma 1, del Codice

1. Il concordato preventivo può essere annullato su istanza del commissario o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Non è ammessa altra azione di nullità.

Si tratta di comportamenti tesi a ingannare i creditori in punto al requisito della convenienza della proposta e che tendono ad ingannare, altresì, il tribunale, inducendolo a esprimere un giudizio di legittimità, fattibilità e convenienza che altrimenti non avrebbe pronunziato.

La norma andrà letta, alla luce della riforma, con particolare attenzione, in relazione al potere, espressamente riconosciuto all'autorità giudiziaria, di esprimere la propria valutazione in merito alla fattibilità della proposta.

Per la dolosa esagerazione del passivo non si pongono problemi interpretativi, potendo consistere sia dall'esposizione di debiti inesistenti sia dalla rappresentazione di debiti in misura maggiore rispetto al reale: in entrambi i casi la conseguenza è quella di un artificioso ampliamento del passivo rappresentato.

Per quanto riguarda l'attivo, questo non deve essere stato sottratto o dissimulato dal debitore, ma neppure artatamente esposto in un ammontare diverso e maggiore rispetto a quello effettivo, trattandosi, parimenti, di atto di dissimulazione idoneo a viziare geneticamente l'accordo che sorregge il concordato.

Il fatto che la condotta vizi l'adesione dei creditori alla domanda del debitore ha l'effetto di caducare, retroattivamente, gli effetti dell'omologazione (fatti salvi, si deve ritenere in ossequio ai principi generali, i diritti acquisiti dai terzi di buona fede).

I termini per l'esercizio della azione rimangono inalterati rispetto al presente: sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

I principi generali del concordato liquidatorio

Raffaele Gallina

SOMMARIO: 11.1 La definizione della fattispecie in termini di residualità rispetto al concordato in continuità – 11.2 L'apporto di risorse esterne a favore dei creditori – 111.3 Il coordinamento con le regole generali sul contenuto della proposta di concordato, di cui all'art. 87 – 111.4 Soddisfacimento minimo dei creditori chirografari e deroga agli artt. 2740 e 2741 Cc – 111.5 Concordato liquidatorio e disposizioni speciali comuni con il concordato in continuità – 111.6 Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni

11.1 La definizione della fattispecie in termini di residualità rispetto al concordato in continuità

La legge delega 155/2017 ha individuato una serie di elementi caratterizzanti la fattispecie del concordato liquidatorio, che nello spirito della riforma dovrebbe rappresentare ora una modalità di composizione e risoluzione della crisi d'impresa attivabile in termini residuali, e solo in presenza di determinate condizioni di soddisfacimento minimo a favore dei creditori. Si ritiene infatti che, nel caso in cui vi siano le condizioni per la prosecuzione dell'attività d'impresa, lo strumento privilegiato di risoluzione concordata della crisi sia rappresentato dal concordato in continuità; mentre nell'ipotesi in cui emerga la necessità di liquidare l'intero patrimonio aziendale la fattispecie naturale di approdo sia la liquidazione giudiziale (cfr. A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Giuffrè, 2014). È di ovvia evidenza come nell'ambito di una procedura di concordato possano coesistere elementi di continuità aziendale più o meno importanti, con liquidazioni di rilevanti beni patrimoniali (rappresentati da singoli beni, rami d'azienda, eccetera); in assenza di criteri normativi espliciti ciò ha determinato nel tempo numerosi dubbi interpretativi sulla qualificazione delle proposte concordatarie, via via chiariti dai contributi dottrinali e dalle pronunce giurisprudenziali.

Nel Codice della crisi prima delle recenti modifiche, era stato precisato il perimetro del concordato in continuità in termini di:

- prevalente provenienza delle risorse da destinare ai creditori;
- soggetto imprenditoriale agente (continuità diretta o indiretta);
- forza lavoro impiegata nei primi due anni di attuazione del piano.

Ora il Codice della Crisi delinea un concordato in continuità con confini molto più ampi: l'art. 84 co. 2 prevede che "*La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro. La continuità aziendale può essere diretta, con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiret-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ta, 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, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo".

Se vale l'affermazione che la natura del concordato liquidatorio si configura sostanzialmente in modo complementare (il concordato è di liquidazione quando non è in continuità), poiché la definizione di continuità appare ora a contorni molto più estesi, i margini di operatività del concordato liquidatorio sembrano destinati a ridursi ulteriormente.

Il concordato liquidatorio parrebbe assumere quindi la natura di strumento di regolazione dell'insolvenza con natura premiale, che consente di non dover accedere alla liquidazione giudiziale (vale a dire la procedura fallimentare di vecchia definizione) a fronte di un impegno economico esterno al patrimonio aziendale che integri l'attivo destinato ai creditori.

Tuttavia, le recenti modifiche al Codice della Crisi introducono al contempo dei nuovi elementi che, come si cercherà di delineare, potrebbero renderne più frequente l'utilizzo.

11.2 L'apporto di risorse esterne a favore dei creditori

L'articolo 6, comma 1, lettera *a)* della legge delega ha individuato il seguente principale criterio direttivo nel riordino della disciplina del concordato preventivo liquidatorio: "*prevedere l'ammissibilità di proposte che abbiano natura liquidatoria esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori; è assicurato, in ogni caso, il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari".*

Il decreto legislativo attuativo nella prima formulazione aveva dato corso a tale indicazione prevedendo quanto segue: "*Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il 10%, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al 20% dell'ammontare complessivo del credito chirografario".*

La formulazione lasciava aperta l'incertezza sul fatto che l'incremento dovesse intendersi come incremento della percentuale di soddisfacimento proposta in termini relativi, o come «aumento di 10 punti percentuali» (e quindi come incremento in termini assoluti).

L'art. 84 nella recente formulazione modifica completamente i termini di riferimento, prevedendo al comma 4 che: "*Nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo*". Pertanto:

- il termine di riferimento per la quantificazione delle risorse esterne non è più l'ammontare dell'attivo ricavabile dalla liquidazione giudiziale, ma l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda;
- l'incremento del 10% deve intendersi chiaramente in termini relativi rispetto all'attivo disponibile.

L'art. 84 co. 4 nuovo testo integra altresì la qualificazione degli apporti, specificando che "*si considerano esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nella formulazione precedente, in assenza di tale specificazione, si poteva ipotizzare l'apporto di risorse esterne da parte di qualunque soggetto interessato al buon esito del concordato. Se ora la specifica indicazione sulla provenienza delle risorse aggiuntive assurge ad esplicita limitazione soggettiva, non appaiono percorribili apporti diretti da:

- componenti degli organi sociali che non siano anche soci;
- familiari dei soci o soggetti con comunanza di legami rispetto ai soggetti precedenti;
- altri soggetti in generale.

Ciò peraltro non dovrebbe limitare l'autonomia contrattuale delle parti, e quindi non appare compromessa la possibilità da parte dei soggetti diversi dai soci di finanziare questi ultimi per procedere con gli apporti di risorse esterne normativamente previsti.

È evidente che l'obbligo in capo al debitore di rappresentare, nella proposta concordataria, come vedremo, le azioni risarcitorie esperibili e le prospettive di recupero, assume una rilevanza particolarmente pregnante per la decisione dei creditori sulla proposta stessa. Quanto più sarà elevata tale componente, tanto più il debitore sarà incentivato ad apportare risorse esterne a favore dei creditori.

11.3 Il coordinamento con le regole generali sul contenuto della proposta di concordato, di cui all'art. 87

L'art. 87 regola il contenuto del piano di concordato, e nella recente modifica prevede tra l'altro, limitandoci a quanto qui di peculiare interesse per il concordato liquidatorio, le seguenti indicazioni da parte del debitore:

- al comma 1, lettera c), "*il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale*";
- al comma 1, lettera g), "*gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano*";
- al comma 1, lettera h), "*le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo*";
- al comma 2), "*... le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale".*

Al comma 3), solo in caso di concordato in continuità, il debitore deve accompagnare il piano di concordato con l'attestazione che "*... il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale".*

Nella vigenza dell'attuale legge fallimentare, una delle difficoltà era (e continuerà ad essere con la nuova normativa) quella di individuare l'intero attivo ricavabile dalla liquidazione giudiziale. È di tutta evidenza che il perimetro dell'attivo definito in termini di beni inventariabili e verificabili (proprietà o altri diritti reali su beni immobili e mobili, diritti di credito documentati e già attivabili per il recupero) è individuabile e stimabile sulla base di processi, spesso affatto semplici, ma comunque razionalmente ripercorribili e verificabili (si veda ad esempio A. Danovi, *Fallimento, valutazione e affitto d'azienda*, Rivista dei dottori commercialisti, 2000. Quando tale attivo appare incrementabile con azioni risarcitorie e recuperatorie (azioni di responsabilità verso gli organi sociali, azioni revocatorie, azioni di ripetizione), l'alea

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dei possibili esiti giudiziali, la durata dei giudizi, l'effettiva solvibilità (nel tempo) dei soggetti nei confronti dei quali si ipotizzano tali azioni, comportano delle oggettive ed incomprimibili difficoltà di stima.

RIQUADRO 1

Composizione dell'attivo	In caso di liquidazione giudiziale	In caso di concordato liquidatorio
attivo stimato da liquidazione beni materiali	10.000,00	10.000,00
attivo stimato da azione risarcitoria	3.000,00	–
aumento del 10% dell'attivo disponibile	–	1.000,00
totale attivo	13.000,00	11.000,00
attivo da destinare ai creditori privilegiati	5.000,00	5.000,00
attivo residuo destinato ai creditori chirografari	8.000,00	6.000,00
totale passivo chirografario	20.000,00	20.000,00
% soddisfacimento creditori chirografari	40%	30%
soddisfacimento minimo		20%

Nell'attuale normativa *ante* riforma tali informazioni sono esplicitate solo al momento del deposito della relazione di cui all'articolo 172 L. Fall. resa dal commissario giudiziale, che deve per obbligo di legge "*... illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi*".

Tuttavia ora tale ricostruzione è richiesta in via obbligatoria ed anticipata in capo al debitore, che è chiamato a indicare nel piano concordatario "*le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo*".

E dunque il termine di paragone sarà una grandezza quantitativa determinata *in primis* dal debitore stesso, confermata dalle dovute attestazioni, e resa nota fin dal deposito della proposta. Ciò dovrebbe in linea teorica favorire l'attendibilità delle stime indicate nel piano concordatario, e consentire ai creditori ed a tutti i soggetti interessati di poter anticipare e soppesare il confronto con l'alternativa data dalla liquidazione giudiziale.

Nonostante tali indicazioni obbligatorie, pare comunque dover dedurre che, in caso di concordato liquidatorio, l'attivo ricavabile dalla liquidazione giudiziale vada espressamente indicato nel piano di concordato, **ma non rappresenti un termine di riferimento minimo obbligatorio per l'ammissibilità della proposta**, come nel caso di concordato in continuità. Come detto, infatti, il termine quantitativo di riferimento rispetto al quale calcolare il 10% di attivo incrementativo obbligatorio per il concordato liquidatorio non è più ora il soddisfacimento atteso per i creditori chirografari dalla liquidazione giudiziale, bensì l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda.

Un breve esempio numerico (*v. Riquadro 1*) meglio chiarisce la dinamica.

Per semplicità, si ipotizzi che:

› l'attivo liquidabile sia formato da soli beni mobili strumentali;
› vi sia un attivo stimabile da azione risarcitoria attivabile in caso di liquidazione giudiziale;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› l'incremento del 10 % dell'attivo disponibile sia rappresentato da liquidità;
› i debiti verso creditori privilegiati ammontino ad euro 5.000,00.

Una proposta di concordato liquidatorio come indicata nell'esempio appare in linea teorica ammissibile, pur se il soddisfacimento stimato per i creditori chirografari è del 30%, a fronte di un soddisfacimento stimato al 40% in caso di liquidazione giudiziale.

È evidente che il debitore deve comunque indicare, ai sensi dell'art. 87 co.2, *"le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale";* in tal caso tuttavia ben potrebbe argomentare che rispetto alla liquidazione giudiziale, e conseguente azione risarcitoria con un attivo "*atteso"* di 3.000,00 con tempi incerti, il concordato liquidatorio, con incremento dell'attivo disponibile "*certo",* in termini di quantità e tempistica, di euro 1.000,00 appare (a suo avviso) preferibile (lasciando evidentemente poi ai creditori la decisione, con la dovuta informativa).

11.4 Soddisfacimento minimo dei creditori chirografari e deroga agli artt. 2740 e 2741 Cc

Un'ulteriore modifica che potrebbe incentivare il ricorso al concordato liquidatorio è data dalla diversa formulazione inerente il soddisfacimento minimo dei creditori chirografari, contenuta nell'art. 84 co.4. Si è passati infatti dalla previsione che il soddisfacimento di tale categoria di creditori non potesse essere inferiore al 20% dell'ammontare complessivo del credito chirografario, ad una formulazione più articolata. Ora è esplicitamente indicato che la proposta debba assicurare "*il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo"* e che *"Le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile purché sia rispettato il requisito del 20 per cento*".

Il richiamo ai creditori degradati si coordina con la nuova previsione dell'art. 84 co. 5, e ne esplicita il trattamento, in linea con le previsioni della precedente normativa fallimentare.

Più marcato appare l'effetto della deroga esplicita agli articoli 2740 e 2741 del codice civile, che consente al debitore di destinare liberamente ai creditori le risorse esterne, senza dover rispettare le clausole legittime di prelazione. Ciò significa che le risorse esterne possono essere destinate dal debitore come meglio ritiene, purché ai creditori chirografari sia assicurato un soddisfacimento del 20% del loro ammontare complessivo.

Mentre nel concordato in continuità le risorse esterne devono essere distribuite (per effetto dell'art. 84 co. 6), avendo cura di evitare che una classe inferiore riceva un trattamento migliore di quello riservato ad una superiore, nel concordato liquidatorio tale previsione non è replicata, e pertanto vi è la più completa libertà di scelta nella loro destinazione.

Tale previsione è stata oggetto di esplicito rilievo da parte del Consiglio di Stato, che ha sottolineato come non vi fosse una disposizione comunitaria da attuare sul punto, ed un contrasto o comunque un'eccedenza della norma rispetto ai principi della legge delega n. 155 del 2017. Le repliche della Relazione Illustrativa ribadiscono la legittimità della formulazione normativa, anche in quanto riferita a risorse che non fanno parte del patrimonio dell'impresa, e quindi non soggette ai principi di cui agli articoli 2740 e 2741 Cc. Il tema appare foriero di possibili sviluppi, in particolare per possibile incostituzionalità rispetto all'art. 76 della Costituzione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.5 Concordato liquidatorio e disposizioni speciali comuni con il concordato in continuità

Il legislatore della riforma ha considerato (come già la normativa attualmente in vigore) la ricorrente compresenza di attivo derivante dalla liquidazione di beni non strategici nei concordati in continuità, ed al contempo le esigenze di mantenimento di elementi di continuità (seppur per periodi temporali limitati, e funzionali alla migliore liquidazione degli *asset*) nei concordati di liquidazione. Ciò si riflette su alcune norme specifiche, che pur rubricate in ambiti peculiari delle due forme di concordato, vengono direttamente od indirettamente richiamate, in tutto od in parte, per entrambe le tipologie.

11.6 Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni

Fra queste l'art. 95 del Codice, che prevede come i contratti in corso di esecuzione con la PA non si risolvano per effetto del deposito della domanda di concordato. La norma consente la possibilità di continuare tali contratti:

- ove il professionista incaricato ne abbia attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento; in presenza dell'attestazione e dei requisiti di legge beneficia della continuazione anche la società cessionaria o conferitaria dell'azienda o del ramo di azienda cui i contratti siano trasferiti;
- nel concordato liquidatorio, a fronte di un'ulteriore attestazione del professionista indipendente che precisi come la continuazione dei contratti sia necessaria "*per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio*".

Per quanto riguarda il requisito della conformità, è opportuno che il piano espliciti quali contratti pubblici intende proseguire, nonché i relativi effetti in termini di costi e ricavi che ne derivano. Per l'attestazione della ragionevole capacità di adempimento, appare necessaria la verifica in termini di adeguatezza attuale e prospettica delle risorse (umane, tecniche e finanziarie) necessarie per l'esecuzione del contratto.

L'evidenza di tali elementi consente altresì alla PA di prendere contezza delle risorse a disposizione dell'imprenditore e della capacità di quest'ultimo di dar corso a quanto contrattualmente stabilito.

È evidente che nel caso di concordato liquidatorio il mantenimento di adeguate risorse può rappresentare la variabile più critica, in relazione al rischio di riduzione (programmata) o dispersione (quale effetto non voluto) delle competenze (manageriali, tecniche, operative) che caratterizza ogni processo di ristrutturazione (tanto più ove non vi sia una prospettiva di continuità aziendale). Tale riduzione di competenze non deve quindi assumere proporzioni tali da compromettere la capacità operativa ritenuta necessaria. Nel caso in cui l'esecuzione del contratto presupponga il contributo di imprese subappaltatrici, la garanzia del loro intervento dovrà essere attentamente vagliata. La norma nulla prevede con riguardo al requisito di regolarità contributiva; tale elemento sarà comunque rilevante per la stima dei crediti maturati e maturandi nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Entra poi in gioco la seconda attestazione, richiesta esplicitamente nel caso di concordato liquidatorio, che deve esprimersi sul fatto che la continuazione di tali contratti sia "*necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio*". È da notare che non si richiede che la continuazione garantisca ad ogni creditore un trattamento

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. Per il concordato in continuità, tale previsione è esplicitamente indicata nell'articolo 87, comma 3 del Codice (e sostituisce il più stringente richiamo alla garanzia di un maggior soddisfacimento dei creditori, che era il criterio di valutazione generale per il concordato in continuità prima delle recenti modifiche). Non si ravvisa un simile richiamo normativo per il concordato liquidatorio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

I finanziamenti prededucibili, sostegno alle imprese in crisi

Daniele Giuffrida

SOMMARIO: 12.1 L'evoluzione del contesto normativo di riferimento – 12.2 Il requisito della continuità con particolare attenzione alla liquidazione – 12.3 I finanziamenti – 12.4 L'istanza di autorizzazione – 12.5 I presupposti dell'autorizzazione – 12.6 L'attestazione del professionista – 12.7 L'ambito del controllo del tribunale – 12.8 La prededucibilità – 12.9 Le limitazioni alla prededuzione – 12.10 La falsità nell'attestazione – 12.11 Osservazioni conclusive

Nella stesura del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione dei decreti delegati attuativi della legge 155/2017 (CCI) il governo ha seguito alcuni principi cardine, precisati nella legge stessa. In particolare, la modifica e armonizzazione della materia del sostegno finanziario alle imprese in crisi si è ispirata principalmente alla necessità di prevedere "*il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi, riconoscendo stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice*" (articolo 6, comma 1, lettera *o)* nonché «*riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi*» (articolo 2, comma 1, lettera *m)*.

Come noto, infatti, accanto alla norma di portata generale, rappresentata dall'articolo 111 legge fallimentare, il proliferare di interventi legislativi degli ultimi anni ha condotto all'istituzione in tema di prededuzione di una serie di norme particolari che possono essere ricondotte, senza pretesa di esaustività, rimandandosi sul punto alla dottrina più autorevole, agli articoli 161, comma 7, 167, 182 *quater*, 182 *quinquies*, 186 *bis,* comma 3 legge fallimentare.

Occorre, infatti, sottolineare che la possibilità di ottenere finanziamenti in certe fasi dei processi di *turnaround*, contribuisce ad accrescere significativamente la probabilità di successo dell'operazione. L'iniezione di nuova finanza costituisce infatti un sostegno, spesso imprescindibile, a percorsi volti al risanamento aziendale con rilancio del ciclo produttivo. Parimenti, anche nelle ipotesi liquidatorie, la finanza esterna rappresenta spesso lo strumento attraverso cui conservare, se non accrescere, il valore degli *asset* con il fine di assicurare una migliore soddisfazione del ceto creditorio rispetto a ipotesi di liquidazione fallimentare. Si pensi, per esempio, al "caso scuola" di imprese immobiliari in tensione finanziaria che necessitano di risorse per terminare le commesse o evitare il blocco dei cantieri. A tale riguardo, suscita particolare interesse la previsione di cui al comma 1 dell'articolo 99 CCI secondo cui il debitore può essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili *anche* "*quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione*" e, dunque, anche nel caso di concordato liquidatorio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ai fini di una migliore comprensione dell'istituto previsto dall'articolo 99 Cci e, in particolare, della sua portata nel caso di concordato liquidatorio, può essere utile ripercorrere brevemente il percorso storico che ha interessato l'acquisizione normativa del trattamento del sostegno finanziario alle imprese in difficoltà.

12.1 L'evoluzione del contesto normativo di riferimento

La centralità dei finanziamenti alle imprese in crisi, e l'esigenza di prevedere una disciplina che ne incentivasse l'erogazione da parte degli operatori economici, si è affermata soltanto di recente, a partire dal 2010, mediante l'introduzione nel nostro ordinamento dell'articolo 182 *quater* legge fallimentare.

La legge fallimentare così come riformata negli anni 2005-2007 serbava sul punto assoluto silenzio.

L'articolo 182 *quater*, introdotto nel 2010 (con il Dl 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122) e modificato nel 2012 (articolo 33, Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134), costituisce l'espressione dell'attenzione manifestata dal legislatore per le cosiddette "procedure minori", alternative al fallimento.

Occorre infatti considerare che, prima della riforma, i crediti sorti nel concordato preventivo erano ritenuti prededucibili in pochi e rari casi. Dalla fine degli anni '90 la giurisprudenza di legittimità ha dapprima ammesso la prededucibilità delle spese sorte per la gestione dell'impresa in concordato, quando la continuazione dell'attività fosse un elemento essenziale della proposta "*volta a una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti*" (ferma la subordinazione del beneficio all'omologazione del concordato preventivo), per poi riconoscerla per i debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori.

L'impianto normativo si traduceva quindi in un disincentivo per eventuali finanziatori al sostegno di imprese in crisi, visto l'alto rischio correlato alla concessione del finanziamento e l'assenza di adeguate garanzie.

L'obiettivo di incentivare l'utilizzo delle procedure di composizione negoziale della crisi e di favorire i processi di ristrutturazione delle imprese e il salvataggio delle stesse richiedeva, quindi, interventi più incisivi, idonei a garantire coloro che erogano nuovi finanziamenti per la risoluzione delle crisi dal rischio di insuccesso di tali operazioni.

L'introduzione dell'articolo 182 *quater* legge fallimentare nella sua prima formulazione nel Dl 83/2012 ante conversione, per quanto apprezzabile, rappresentava ancora un timido intervento (i crediti da finanziamenti, per esempio, erano considerati prededucibili soltanto se effettuati dalle "*banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*") necessitando inoltre di coordinamento e armonizzazione con le altre norme che componevano il sistema. Le auspicate modifiche venivano così attuate mediante la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134 che, oltre a modificare l'articolo 182 *quater* legge fallimentare introduceva nel nostro ordinamento le disposizioni in tema di finanziamenti interinali regolate dall'articolo 182 *quinquies* che rappresenta, a tutti gli effetti, il precursore dell'articolo 99 CCI.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

FINANZIAMENTI PREDEDUCIBILI AUTORIZZATI PRIMA DELL'OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO O DI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

Articolo 99 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

1. Il debitore, anche con la domanda di accesso di cui agli articoli 40 e 44 e nei casi previsti dagli articoli 57, 60, 61 e 87, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori.
2. La richiesta può avere a oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di cui al comma 1.
3. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e indicare le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura. Il ricorso deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista indipendente, che attesti la sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, nonché che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. La relazione non è necessaria quando il tribunale ravvisa l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave e irreparabile all'attività aziendale.
4. Il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale e, se lo ritiene opportuno, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.
5. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.
6. In caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che:
a) il ricorso o l'attestazione di cui al comma 3 contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione;
b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lettera a).

La norma come introdotta dalla legge di conversione concedeva infatti il beneficio della prededucibilità ai finanziamenti contratti dal debitore, previa autorizzazione del tribunale, al fine di un miglior soddisfacimento del ceto creditorio e qualificati come indispensabili per garantire la continuazione dell'attività nel breve termine (fissato all'omologazione).

Successivamente alla modifica dell'articolo 182 *quater* legge fallimentare e all'introduzione dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, a opera del Dl 83/2012 convertito nella legge 134/2012, le risorse finanziarie erogate all'impresa in crisi venivano così delineandosi:

a. finanziamenti concessi **in esecuzione** del piano di risanamento dell'impresa (c.d. "nuova finanza") (articolo 182 *quater* comma 1 legge fallimentare);
b. finanziamenti concessi **in funzione della predisposizione** del piano o della negoziazione degli accordi (c.d. "finanza ponte") (articolo 182 *quater* comma 2 legge fallimentare);
c. finanziamenti concessi **in funzione del conseguimento** degli obiettivi del piano (c.d. "finanza interinale") (articolo 182 *quinquies* legge fallimentare).

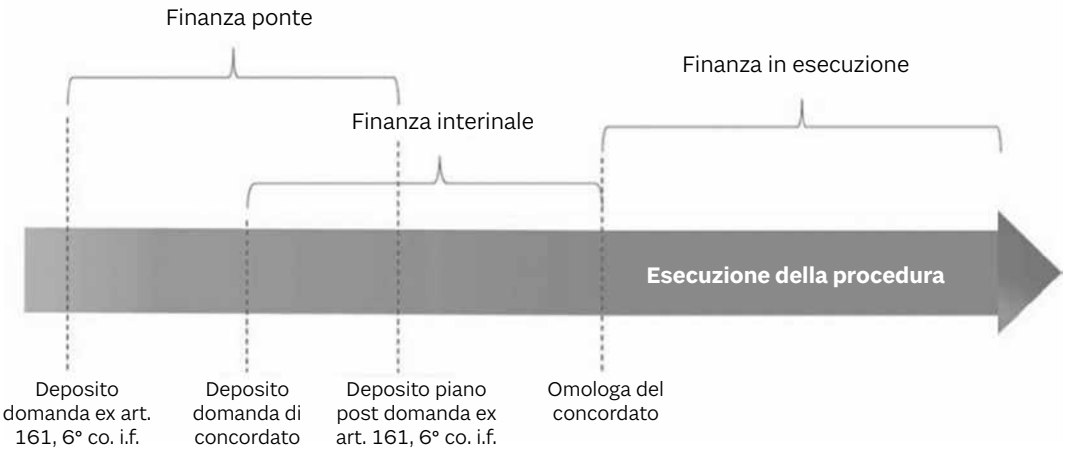
Il legislatore è tornato sulla disciplina del finanziamento dell'impresa in crisi da ultimo con la riforma di cui all'articolo 1 Dl 83/2015, convertito con legge 132/2015, modificando parzialmente l'articolo 182 *quinquies*, comma 1, legge fallimentare e, soprattutto, introducendo la nuova tipologia di "*finanziamento interinale urgente a tempo determinato*".

Sebbene non specificamente destinato al concordato in continuità, come si vedrà di seguito

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

(l'impianto è stato mantenuto nell'articolo 99 CCI) tale tipologia di finanziamento è finalizzata ad assicurare l'esercizio dell'azienda in situazioni di urgenza limitate al periodo necessario a predisporre il piano e la proposta concordataria, l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o, ancora, a perfezionare le trattative per articolare una proposta di accordo fino alla scadenza del termine fissato ai sensi dell'articolo 182 *bis*, comma 7 legge fallimentare (articolo 182 *quinquies*, comma 3 legge fallimentare).

FINANZA PONTE, FINANZA INTERINALE E FINANZA IN ESECUZIONE



12.2 Il requisito della continuità con particolare attenzione alla liquidazione

L'articolo 99 CCI stabilisce che la facoltà di chiedere l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti in parola è concessa al debitore quando, nell'ambito dello strumento richiesto, sia prevista la continuazione dell'attività aziendale, **anche se unicamente in funzione della liquidazione.** Tale ultima precisazione, introdotta in accoglimento di un'osservazione della Commissione Giustizia della Camera, si pone in continuità con quanto previsto dalla disciplina della legge fallimentare.

Il percorso che ha condotto al riconoscimento della "finanziabilità" della continuità in funzione della liquidazione affonda le sue radici nell'intervento riformatore del Dl 27 giugno 2015, n. 83. Secondo quanto chiarito nella relazione illustrativa, l'inserimento della locuzione "*anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo*" nell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare a opera del Dl 27 giugno 2015, n. 83 aveva infatti l'intento di "*meglio chiarire che il tribunale può autorizzare il debitore a contrarre finanziamenti prededucibili nella delicata fase che ha inizio con il deposito della domanda "prenotativa" di cui all'articolo 161 sesto comma e dunque, prima che siano stati predisposti il piano e la proposta proprio al fine di consentire che ciò avvenga*".

Nell'articolazione precedente alla modifica del 2015, autorevole e maggioritaria dottrina riteneva che l'istituto potesse trovare applicazione **esclusivamente** in caso di concordato in continuità aziendale.

Del resto, sia la previsione della funzionalità del finanziamento rispetto alla "*migliore soddisfazione dei creditori*" sia la necessità affinché il finanziamento fosse autorizzato, di proce-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dere alla verifica del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, lasciavano pochi dubbi sull'individuazione della continuazione dell'attività per tutta la durata del concordato preventivo quale presupposto necessario per l'applicazione della norma. A ciò si aggiunga una non felice formulazione del titolo della norma recante «Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti». Tali considerazioni risultavano maggiormente confermate dal quarto comma (poi quinto) dell'articolo 182 *quinquies* della legge fallimentare laddove, con riferimento all'ipotesi di autorizzazione a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, veniva prevista "*la necessaria attestazione che tali prestazioni siano essenziali le per la prosecuzione dell'attività d'impresa*".

Muovendo da tale considerazione, precedentemente all'intervento del legislatore del 2015, la prosecuzione dell'attività aziendale era condizione necessaria per l'applicazione dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare.

Ne discende che, ai fini dell'applicabilità del primo comma dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, soddisfacendo le condizioni prescritte dall'articolo 186 *bis* legge fallimentare, sarebbe stato necessario prevedere, già in fase di predisposizione della domanda *ex* articolo 161, sesto comma legge fallimentare:

- un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, attestante che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato fosse funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Mutato il quadro normativo mediante la previsione della possibilità di richiedere l'autorizzazione "*anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo*", si ritiene fugato ogni dubbio sulla possibilità che i finanziamenti interinali di cui al primo comma dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare ben potessero essere richiesti (e concessi), sia che ci si trovi in una prospettiva di concordato in continuità, sia che si verta su una manovra liquidatoria e, ancora, nell'ambito del concordato in bianco *ex* articolo 161, sesto comma legge fallimentare.

Invero, la sola ipotesi di concordato senza prosecuzione dell'attività finalizzato alla liquidazione atomistica del patrimonio o dell'azienda ferma sarebbe stata inconciliabile con la valutazione comparativa richiesta dall'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare.

Venendo ora al nuovo Codice, la ragione alla base della possibilità per il debitore di richiedere autorizzazione a contrarre finanziamenti anche quando è prevista la "*continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione*" ai sensi dell'articolo 99 Cci sarebbe quella di favorire, nel concordato liquidatorio, le temporanee prosecuzioni dell'attività ai fini della conservazione del valore dei beni oggetto della liquidazione, funzionali alla migliore soddisfazione del ceto creditorio. Secondo quanto chiarito nella relazione illustrativa del Codice, infatti, con la riforma attuale si è ritenuto di incentivare il ricorso al concordato in continuità, intendendo la situazione in cui "*vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di insolvenza, la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che consenta, al tempo stesso, di salvaguardare il valore dell'impresa e, tendenzialmente, i livelli occupazionali, con il soddisfacimento dei creditori*".

In tale ottica, il Codice ha notevolmente ridimensionato il concordato liquidatorio (processo invero già in atto all'indomani della riforma del 2015, mediante l'introduzione della soglia mi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nima del 20% per la soddisfazione dei creditori) espressamente previsto soltanto come "un'eccezione" al concordato in continuità ammessa solo mediante l'apporto di risorse poste a disposizione da terzi (c.d. nuova finanza) che aumentino in modo significativo le prospettive di soddisfacimento per i creditori e ferma restando la percentuale minima di soddisfazione al 20%.

Prima ancora di indagare i requisiti richiesti per l'applicazione della norma una prima conclusione è che la riforma attuale può, in astratto, aver dipanato i dubbi sulla possibilità di riservare la prededuzione ai finanziamenti ponte contratti anche nei concordati liquidatori ove sia prevista la "*continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione*". Nella pratica, tuttavia, la forte compressione del concordato liquidatorio determinata dalla necessità di consistenti apporti di finanza esterna e dalla soglia minima di soddisfacimento potrebbe, nella visione più ottimistica, riportare il ricorso a tale strumento ai livelli *ante* riforma del 2005 se non, addirittura, a livelli meno confortanti.

12.3 I finanziamenti

Al di là delle considerazioni sopra svolte, i finanziamenti di cui alla norma in esame si differenziano rispetto a quelli previsti dall'articolo 101 CCI o dall'articolo 182 *quater,* secondo comma legge fallimentare poiché si pongono in una prospettiva di anticipazione dell'apporto finanziario, coerente con l'ispirazione dell'intervento riformatore del 2012 e del 2015. Essi godono del regime di prededuzione per riconoscimento legale, con un effetto di stabilizzazione del beneficio immediato indipendentemente dalla erogazione (la norma, infatti, analogamente a quanto stabilito dall'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, utilizza la locuzione "*contrarre*").

Il finanziamento, che gode della prededuzione, può essere erogato **in qualsiasi forma**, compresa la richiesta di emissione di garanzie o il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda. In continuità con quanto previsto dall'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare in tema di concordato con riserva ai sensi dell'articolo 161, sesto comma legge fallimentare, la richiesta di finanziamenti può essere autorizzata anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda.

Su autorizzazione del tribunale il debitore può concedere pegno o ipoteca ovvero cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.

Nella norma, infine, manca ogni accenno ai finanziamenti che provengono dai soci, oggetto invece dell'articolo 102 CCI che raccoglie l'eredità dell'articolo 182 *quater*, terzo comma, legge fallimentare.

12.4 L'istanza di autorizzazione

La normativa individua le linee generali del contenuto dell'istanza di autorizzazione, che deve indicare:

- l'impossibilità per il debitore di reperire altrimenti il finanziamento (per esempio, per insufficiente capacità economica di eventuali soci);
- la destinazione del finanziamento;
- le ragioni per cui la sua mancanza determinerebbe un grave pregiudizio per la continuità aziendale, il prosieguo della procedura o le ragioni dei creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ancorché nell'ambito dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, che sul punto prevede la medesima formulazione dell'articolo 99 CCI; la dottrina ha prospettato l'opportunità che l'istanza indichi:

- l'entità del finanziamento (o almeno un minimo e un massimo);
- la natura giuridica dell'operazione (contratto bancario o di finanziamento, ovvero emissione di obbligazioni, titoli di debito o strumenti finanziari partecipativi);
- i profili essenziali del rimborso quali tassi di interesse (anche in questo caso ritenendosi sufficiente la previsione di valori minimi e massimi) e tempistiche;
- le eventuali garanzie in favore del finanziatore;
- le esigenze aziendali a cui le somme sono destinate. In sintesi, l'istanza dell'imprenditore e l'attestazione dell'esperto devono indicare l'ammontare e la destinazione della nuova finanza, ancorché alcuni punti di dettaglio dell'operazione siano ancora in via di definizione e la trattativa possa non essere stata ancora iniziata.

In mancanza di giurisprudenza formatasi sull'articolo 99 CCI, per ovvie ragioni, può essere utile richiamare quanto stabilito dal Tribunale di Milano sull'istanza autorizzatoria, che "*è atto giuridicamente distinguibile dalla domanda principale, sì che, se venga proposta separatamente rispetto alla domanda principale, non è soggetta né al regime di pubblicità presso il Registro delle imprese riguardante la domanda principale, né ad alcuno speciale obbligo di comunicazione ai creditori. Non è, conseguentemente, soggetto a tale regime pubblicitario o di comunicazione nemmeno il provvedimento che decidesse in modo distinto su tale istanza, senza ancora entrare nel merito delle domande principali*" (Tribunale di Milano, Sezione II civile, verbale riassuntivo del 18 dicembre 2012, *ex* articolo 47 *quater* o.g.).

12.5 I presupposti dell'autorizzazione

Analogamente a quanto previsto dall'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, i finanziamenti contratti devono configurarsi come funzionali all'esercizio dell'attività aziendale fino all'omologa o l'apertura e allo svolgimento delle citate procedure e, in ogni caso, funzionali all'interesse alla miglior soddisfacimento dei creditori.

12.6 L'attestazione del professionista

L'istanza per l'autorizzazione deve essere correlata da un'attestazione specifica redatta da un professionista **indipendente** il quale attesti:

- che i finanziamenti sono funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure;
- che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori

Nel caso in cui il tribunale ravvisi l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave e irreparabile all'impresa, come già prevede l'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, l'autorizzazione può essere concessa anche in mancanza della relazione redatta dal professionista indipendente.

L'articolo 2, lettera *o)* CCI fornisce la definizione di "professionista indipendente" identificandolo con il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti **requisiti**:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali;
- essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 Cc;
- non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Compito del professionista indipendente è quindi quella di verificare l'utilità dei finanziamenti rispetto alla realizzazione del piano e la probabilità che il ricorso a nuove risorse finanziarie consenta una migliore soddisfazione delle pretese creditorie, rispetto a quanto i creditori potrebbero ottenere in mancanza delle stesse. In particolare, la dottrina ha osservato che il professionista deve, da un lato, vagliare la ragionevole sostenibilità del rimborso, che può assumere rilevanza anche quale condizione di fattibilità dell'intero piano oggetto della proposta concordataria; dall'altro lato, attestare la strumentalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, o meglio alla preservazione dell'avviamento dell'impresa, quale valore funzionale a una soddisfazione dei creditori preferibile rispetto a quella ipotizzabile nella prospettiva di cessazione dell'attività o di prosecuzione della medesima senza il finanziamento.

Appare interessante richiamare l'attenzione sull'aspetto, controverso in dottrina, secondo cui il criterio della "migliore soddisfazione dei creditori", così come individuata nell'ambito dell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare, debba essere interpretato in termini meramente aritmetico-quantitativi o anche qualitativi.

Qualora si accolga la seconda opzione, infatti, occorrerebbe tenere conto anche del valore di conservazione dell'impresa in attività, della continuazione dei rapporti contrattuali e del mantenimento dei rapporti di lavoro subordinato.

Quanto alla stima del fabbisogno, il professionista deve quantificare, in considerazione delle esigenze dell'impresa nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e l'omologazione del concordato, le uscite ragionevolmente necessarie per il mantenimento della continuità aziendale e dunque individuare, almeno di massima, la destinazione della nuova finanza.

12.7 L'ambito del controllo del tribunale

Il tribunale, assunte sommarie informazioni, può autorizzare il finanziamento e l'eventuale concessione delle garanzie.

Il controllo del tribunale – che è il medesimo previsto nell'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare – dovrebbe consistere in un controllo di legittimità sostanziale e basato su quanto indicato nell'attestazione del professionista indipendente, cui è affidato il compito di indicare le motivazioni per le quali il finanziamento è ritenuto essenziale per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionale ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Il tribunale inoltre può assumere "*sommarie informazioni*", al fine di svolgere una verifica, di merito e di carattere contenutistico, in ordine all'effettiva funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori.

Ai fini dell'autorizzazione, inoltre, il commissario giudiziale sarà chiamato dal tribunale a rendere il proprio parere sui requisiti per concedere l'autorizzazione o meno su tali atti rilevanti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.8 La prededucibilità

La norma prevede che i finanziamenti contratti ai sensi della norma in esame godono della prededucibilità.

Analogamente a quanto ritenuto per i finanziamenti prededucibili disciplinati dalla legge fallimentare, essendo in un certo senso assimilabili all'impianto del Codice, la prededuzione riservata ai finanziamenti *ex* articolo 99 CCI opererebbe prima ancora che nell'eventuale, successivo, fallimento (*rectius* liquidazione giudiziale) all'interno del concordato preventivo e nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (ancorché il riferimento alla prededuzione in tale ultimo istituto appaia impropria dal momento che non opera la regola della *par condicio creditorum* bensì quella della adesione o meno all'accordo). Si precisa inoltre che l'articolo 6, comma 2 CCI afferma, in termini generali, che "*la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali*". Tuttavia, si segnala come il Codice non precisi se e quale legame debba sussistere tra la procedura nella quale è stato concesso il finanziamento e le eventuali procedure successive.

12.9 Le limitazioni alla prededuzione

A tutela degli altri creditori è previsto che, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, la prededuzione non spetti nel caso in cui emerga il carattere fraudolento del ricorso o dell'attestazione, se il curatore dimostra che il finanziatore ne aveva conoscenza.

La norma prevede pertanto l'esistenza congiunta di due elementi:

1. la falsità dei dati contenuti nel ricorso o nell'attestazione ovvero l'omissione di informazioni rilevanti o, comunque, la commissione di atti in frode ai creditori da parte del debitore al fine di ottenere l'autorizzazione;

2. la conoscenza, alla data dell'erogazione, delle circostanze di cui al precedente punto 1. da parte dei soggetti finanziatori (con onere della prova in capo al curatore).

A tale proposito giova segnalare che il punto 2. di cui alla originaria previsione inserita nella c.d. bozza Rordorf, prevedeva quale ipotesi di non riconoscimento della prededuzione, la mera conoscibilità degli atti in frode in capo al soggetto finanziatore, valutata sulla base dell'ordinaria diligenza.

12.10 La falsità nell'attestazione

Secondo quanto previsto dal citato articolo 342 CCI:

1. il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, comma 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti a esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro;
2. se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata;
3. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sulla base di quanto esposto anche al precedente paragrafo, il mancato riferimento alla attestazione del professionista contemplata dall'articolo 99 CCI appare talmente inspiegabile da ritenersi di doverlo ricondurre a una mera svista del legislatore. Ciò parrebbe confermato dal fatto che l'articolo 342 CCI ricalca letteralmente la previsione dell'articolo 236 *bis* legge fallimentare il quale, tra i soggetti destinatari del reato, prevede il professionista attestatore di cui all'articolo 182 *quinquies* legge fallimentare che, come riferito più volte, è in larga parte assimilabile all'articolo 99 CCI.

12.11 Osservazioni conclusive

Le recenti riforme delle procedure concorsuali hanno, a più riprese, esplicitato la volontà legislativa di incentivare la prosecuzione dell'impresa in crisi anche attraverso il ricorso al capitale di rischio. In tale contesto il legislatore ha tentato

di affidare un ruolo centrale agli istituti bancari nelle soluzioni della crisi attraverso l'individuazione di strumenti di protezione alle misure di sostegno fornite. A livello applicativo, tuttavia, il tentativo del legislatore non sembra rispettare del tutto le attese riposte.

È fondato il timore che la "nuova" (ma forse non abbastanza innovativa) disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi contenuta nel Codice possa rivelarsi una occasione persa da parte del legislatore mancando un effettivo coordinamento con le regole di vigilanza dei crediti deteriorati delle banche, magari attraverso strumenti derogatori.

La sostanziale conferma del precedente impianto normativo contenuto nella legge fallimentare e la miopia nei confronti delle sempre più stringenti regole della Bce potrebbero, di fatto, rendere la nuova finanza uno strumento utilizzabile soltanto in limitati casi, se non addirittura quasi inutilizzato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

Cessione dei beni nell'ambito del concordato liquidatorio

Michele Petriello

All'esito di un processo lungo e senza dubbio travagliato – segnato da ripetute proroghe, sino all'esplosione della pandemia da Covid nel marzo 2020 – ha finalmente visto la luce la versione definitiva del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, entrato in vigore il 15 luglio 2022.

Si rinvia per l'illustrazione dello strumento del concordato preventivo liquidatorio nella parte della trattazione a ciò dedicata: in questa sede, ci si limita essenzialmente ad una disamina della normativa in materia di cessione di beni dettata dall'art. 114 del Codice, evidenziando altresì le principali modifiche introdotte – rispetto alla versione originaria del Codice introdotto con il Dlgs 12 gennaio 2019 n. 14 – dapprima con il Dlgs 47 del 2020 (c.d. decreto Correttivo) e poi con il recente al Dlgs 17 giugno 2022, n. 83.

Non ci si soffermerà in questa sede sull'istituto – esso sì per molti versi "rivoluzionario" – del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio successivo alla composizione negoziata, originariamente introdotto dagli artt. 18-19 Dl 118/2021 e attualmente disciplinato negli artt. 25 *sexies* e 25 *septies* del Codice. Ci si limita in questa sede ad accennare al fatto che, essendo al cospetto di uno strumento che non prevede né la necessità della relazione di attestazione né una percentuale minima di soddisfacimento (bastando che la proposta sia "non deteriore" rispetto allo scenario fallimentare) né, da ultimo, il voto dei creditori (i quali possono far valere il loro dissenso solamente opponendosi all'omologa), potrebbe – unitamente agli altri strumenti introdotti dal Codice – ulteriormente ridimensionare i presupposti e le condizioni di operatività del concordato puramente liquidatorio.

Ciò detto, è bene esaminare innanzitutto l'ambito di applicazione dell'art. 114 Codice[1].

---

1 Dati i plurimi interventi avvenuti dal 2019 ad oggi, si ritiene opportuno riportare testualmente la versione finale della norma entrata in vigore dal 15 luglio 2022:
"1. Se il concordato consiste nella cessione dei beni, il tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione. In tal caso, il tribunale dispone che il liquidatore effettui la pubblicità prevista dall'articolo 490, primo comma, del codice di procedura civile e fissa il termine entro cui la stessa deve essere eseguita.
2. Si applicano ai liquidatori gli articoli 125, 126, 134, 135, 136, 137 e 231 in quanto compatibili e l'articolo 358. Si applicano altresì al liquidatore le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4-bis, e 35.1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 e si osservano le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del predetto decreto.
3. Si applicano al comitato dei creditori gli articoli 138 e 140, in quanto compatibili. Alla sostituzione dei membri del comitato provvede in ogni caso il tribunale.
4. Alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale, in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come noto, a norma dell'articolo 84 Codice, l'imprenditore commerciale, non "sotto soglia" e che versi in uno stato di crisi o di insolvenza, può accedere alla procedura di concordato preventivo. La procedura deve garantire la soddisfazione del ceto creditorio in misura non inferiore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale in caso di continuità aziendale. In caso di concordato liquidatorio, invece, la proposta deve invece prevedere un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari (e dei creditori privilegiati degradati per incapienza) in misura non inferiore al 20% del loro credito. La procedura si conclude con la sentenza di omologa del tribunale, che interviene nel termine di dodici mesi decorrenti dalla presentazione della domanda di concordato, ai sensi dell'articolo 113 del Codice.

Così sommariamente inquadrato l'istituto, è possibile esaminare il contenuto dell'art. 114 in materia di concordato preventivo con liquidazione dei beni.

Ai sensi dell'art. 114, co. 1, Codice, in caso di concordato consistente nella cessione di beni, la sentenza di omologa nominerà uno o più liquidatori – ai quali si trasferiscono solo i poteri gestori, esclusa dunque la titolarità dei diritti sui beni o sui crediti da liquidare – e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione. La sentenza inoltre stabilirà le modalità della liquidazione stessa.

Va chiarito immediatamente che la norma in commento trova applicazione solamente nel caso del concordato puramente liquidatorio previsto dall'art. 84, co. 4, Codice: al contrario, in tutti i casi in cui la proposta preveda la continuità aziendale (anche indiretta, cioè tramite il conferimento a terzi dell'azienda in funzione) ed anche se il piano preveda contemporaneamente la contestuale cessione di singoli beni, l'art. 114 non troverà applicazione. In tale eventualità, sarà quindi il debitore a curare la cessione di singoli beni.

Rimane quindi confermata la previsione della norma che circoscrive – senza prevedere eccezioni – l'intervento del Tribunale e l'applicabilità delle regole della liquidazione giudiziale alle vendite effettuate nel solo ambito del concordato preventivo di natura liquidatoria. Per questo, laddove nel concordato in continuità sia prevista anche la liquidazione di specifici beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività, tali beni saranno liquidati a cura del debitore e, soprattutto, senza l'imposizione di alcuna specifica modalità di alienazione (fra cui, soprattutto, quella di dover esperire procedure competitive previste nella liquidazione giudiziale). In tale scenario, in caso di inerzia nell'attività del debitore, si applicheranno i rimedi previsti dall'art. 118, co. 4, Codice, il quale prevede che, in caso di inattività o ritardo del debitore, il Tribunale potrà conferire al commissario giudiziale i poteri necessari per liquidare i beni al posto del debitore inadempiente.

---

quanto compatibili. La cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nella sentenza di omologazione per gli atti a questa successivi.

5. Il liquidatore comunica con periodicità semestrale al commissario giudiziale le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del tribunale.

6. Conclusa l'esecuzione del concordato, il liquidatore comunica al commissario giudiziale un rapporto riepilogativo finale, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del tribunale."

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In pratica, eccettuato il caso in cui oggetto di disposizione sia l'azienda o rami di essa (nel qual caso rimane l'obbligo di esperire procedure competitive nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza), il proponente il concordato in continuità avrà il solo obbligo di assicurare ai creditori le utilità promesse e sulle quali essi hanno espresso la loro adesione.

In un contesto del genere, laddove si consideri che – come si è visto – anche nel novellato art. 84 è stata confermata la regola secondo cui nel concordato liquidatorio la proposta deve prevedere un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile e che assicuri il soddisfacimento dei chirografari in misura non inferiore al 20%, si ha l'ennesima conferma dello "sfavore" con cui il legislatore ha guardato – e guarda tutt'ora – al concordato liquidatorio rispetto a quello con continuità aziendale.

Se a ciò si aggiunge l'introduzione del nuovo istituto del concordato semplificato cui si è fatto cenno in apertura, ben si comprende il ruolo residuale cui sembrerebbe essere stato relegato il concordato liquidatorio "ordinario" di cui all'art. 84, co. 4, del Codice. E, dunque, con esso, la disciplina delineata dall'art. 114.

Ciò detto, per tornare all'esegesi della norma, va evidenziato che la nuova formulazione dell'art. 114 esclude – a differenza di quanto previsto dall'attuale art. 182, co. 1, L. Fall. – la possibilità che il piano omologato possa derogare all'obbligo della nomina del liquidatore e del comitato dei creditori: tale soluzione sarà dunque vincolante per il Tribunale in tutti i casi di concordato liquidatorio.

I primi commenti hanno evidenziato come il legislatore abbia probabilmente perso l'occasione di dirimere la *vexata quaestio* della natura vincolante o meno, per il Tribunale, dell'indicazione del futuro liquidatore, laddove questo sia espressamente previsto nella proposta di concordato omologata [*si veda il riquadro a lato*]. Si tratta di una questione dotata di un indubbio rilievo pratico sia al momento della stesura del piano sia nella sua fase esecutiva. Ed infatti, l'individuazione di chi dovrà curare la concreta attuazione del piano non è indifferente né per il debitore che si accinge a depositare la domanda di concordato né per i creditori che, dopo l'omologa, ne attendono l'esecuzione. Sicché, sarebbe stato importante un chiarimento normativo in merito, laddove ora ci si dovrà continuare ad affidarsi alla prassi applicativa dei singoli Tribunali (il cui orientamento sul punto è tutt'altro che univoco).

Per il resto, l'art 114 Codice riprende pressoché integralmente la disciplina contenuta dall'articolo 182 L. Fall. e consente la parziale assimilazione del liquidatore al curatore fallimentare (giusta anche l'espresso richiamo agli artt. 125 e 126 del Codice).

Il liquidatore dovrà quindi accettare l'incarico entro due giorni dalla sentenza di omologa, facendo pervenire l'accettazione alla cancelleria del tribunale. Egli può essere revocato con decreto motivato dal Tribunale in ogni tempo su proposta del giudice o su richiesta del comitato dei creditori. Egli infine soggiace al medesimo regime di responsabilità del curatore e medesimi risultano essere anche i criteri di determinazione del compenso.

Il liquidatore dovrà essere un ragioniere, un dottore commercialista o un avvocato, uno studio associato tra tali professionisti, o un esperto amministratore, direttore o sindaco di una S.p.a. e non dovrà versare in nessuna delle situazioni di incompatibilità dell'odierno art. 28 L. Fall. In caso contrario, il debitore – e, dopo la novella in commento, anche la maggioranza dei creditori, come si dirà subito appresso – potranno presentare presso il Tribunale competente un'istanza motivata finalizzata alla sua sostituzione. Il Tribunale potrà provvedere alla nomina di un nuovo liquidatore, una volta verificata l'effettiva assenza di eventuali conflitti di interessi in capo ai creditori istanti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

NOMINA DEL LIQUIDATORE GIUDIZIALE, OSCILLANTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cassazione 29 luglio 2021, n. 21815, recentemente ha affermato che l'indicazione del liquidatore da parte del debitore viene a rivestire i tratti e la portata di una designazione vincolante, purché rispettosa dei requisiti di professionalità e indipendenza di cui all'art. 28 legge fallimentare. La Suprema Corte ritiene non condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito per cui il Tribunale potrebbe disattendere l'indicazione della persona del liquidatore eventualmente contenuta nella proposta di concordato, ribadendo un potere integrativo della proposta nel caso in cui il liquidatore non venga specificatamente indicato dal debitore. Da ultimo, nel caso in cui il Tribunale dovesse disattendere la designazione effettuata dal debitore, quest'ultimo potrebbe essere motivo di ricorso in Cassazione a norma dell'art. 111, comma 7, Costituzione.
La sopracitata sentenza riprende pronunce conformi passate tra cui: **Cassazione 15 luglio 2011, n. 15699**, questa aveva affermato che «nel concordato preventivo con cessione dei beni, la fase della liquidazione avviene ad opera della procedura concorsuale tramite i suoi organi, e tra essi il liquidatore giudiziale, la cui designazione può anche costituire oggetto della proposta del debitore volta a fissare le modalità di esecuzione del piano, ai sensi dell'articolo 182 legge fallimentare, ma nel necessario rispetto dei requisiti soggettivi - tra cui le incompatibilità di cui all'articolo 28 legge fallimentare - previsti per la nomina a curatore ed ivi richiamati; in difetto, la designazione sostitutiva compete al tribunale» e **Cassazione 16 luglio 2008, n. 19506**, che afferma «Le disposizioni dettate dal tribunale nel provvedimento di omologazione e relative alla liquidazione dei beni, in quanto meramente integrative della volontà delle parti, sono in ogni tempo modificabili e non sono suscettibili di dar vita al giudicato».
In precedenza, però, **Cassazione 13 settembre 2016, n. 17949**, aveva affermato il principio secondo cui «la nomina del liquidatore giudiziale da parte del tribunale in persona diversa da quella indicata dal proponente il concordato preventivo costituisce attività meramente gestoria rientrante nelle modalità della liquidazione che non muta i termini della proposta approvata, che non lede il diritto del debitore di regolare la propria insolvenza secondo le clausole inserite della proposta e approvate».

Proprio su questo aspetto si incentra una delle novità del decreto correttivo che ha di fatto esteso al liquidatore giudiziale tutte le disposizioni dettate per il curatore ed il commissario giudiziale.

In particolare, il secondo comma dell'art. 114 del Codice vede l'inserimento anche dell'articolo 135 del Codice rubricato "sostituzione del curatore": in pratica, anche i creditori che rappresentano la maggioranza del passivo concordatario potranno chiedere la sostituzione del curatore, ovviamente sempre esplicitando le ragioni della richiesta. Nel computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, vengono esclusi quelli i cui titolari si trovino in conflitto di interessi rispetto alla richiesta.

Per quanto riguarda l'attività del liquidatore, ferme restando eventuali specifiche disposizioni contenute nella sentenza di omologa, l'art. 114, co. 4, Codice prevede in via generale che tutti gli atti dispositivi dei beni dovranno essere assoggettati alla disciplina sulle vendite prevista nella liquidazione giudiziale, in quanto compatibili: si tratta degli artt. 214 – 219 del Codice. La cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice (a meno che, per gli atti successivi alla sentenza di omologa, questa abbia previsto regole diverse).

Infine, va evidenziato che il Dlgs 17 giugno 2022 n. 83 ha aggiunto *ex novo* all'art. 114 un intero comma (il sesto), prevedendo che: "6. *Conclusa l'esecuzione del concordato, il liquidatore comunica al commissario giudiziale un rapporto riepilogativo finale, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del tribunale*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta di una previsione che richiama, ancora una volta, quello che è l'ordinario *modus operandi* previsto in via generale a carico del curatore, allorquando porta a compimento la propria attività: pertanto, non si tratta di un'innovazione particolarmente rilevante (se non nella misura in cui conferma ulteriormente l'avvicinamento della disciplina del liquidatore a quella del curatore).

In proposito, deve però essere evidenziato come – a differenza di quanto previsto dall'attuale art. 182 L. Fall. – anche il nuovo co. 6 ribadisce la previsione già contenuta nel co. 5, secondo cui i rapporti riepilogativi periodici e quello finale devono essere inviati anche al Pubblico Ministero: viene dunque confermata una sorta di "pubblicizzazione" della fase esecutiva del concordato liquidatorio, che è viceversa assente nell'attuale legge fallimentare.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

Interesse macroeconomico al salvataggio dell'azienda e nuovo concordato in continuità

Angela Petrosillo e Guido Berti

SOMMARIO: 14.1 La nuova assiologia del concordato in continuità – 14.2 I "propulsori" della continuità – 14.3 Conclusioni

14.1 La nuova assiologia del concordato in continuità

Questo contributo si propone l'obiettivo di offrire una lettura dell'istituto del nuovo concordato in continuità in una chiave non didascalica né compilativa, assumendo la conoscenza del lettore delle disposizioni in materia contenute nel Codice della crisi. Si cercherà quindi di rappresentare le novità dell'istituto in una prospettiva che metta in luce gli interventi del legislatore che, nell'ambito del concordato in continuità, agevolano l'applicazione di un principio che permea l'intero *corpus* normativo e che perciò rappresenta la vera chiave interpretativa di tutti gli istituti in esso contenuti: l'interesse alla continuazione e preservazione dell'entità aziendale.

A parere di chi scrive, infatti, esso è, con le debite declinazioni specifiche, l'interesse prioritario che ciascun istituto previsto nel codice della crisi persegue.

Tale affermazione si basa sull'indicazione del Legislatore europeo ai Paesi membri di adottare normative finalizzate alla introduzione dei c.d. "*quadri di ristrutturazione preventiva*", intesi come misure volte al risanamento dell'impresa e capaci di intercettare situazioni di crisi embrionali, consentendo al debitore un risanamento precoce ed evitando che imprese ancora "*viable*" vengano liquidate.

Il legislatore della riforma ha dunque tenuto fisso lo sguardo sull'obiettivo primario di considerare la continuità aziendale come valore in sé da preservare al fine di favorire il salvataggio e la circolazione di *asset* aziendali onde evitare che il nostro sistema economico ne risulti depauperato. In tal modo è di immediata percezione la volontà del legislatore di porre alla base del nuovo sistema normativo interessi macroeconomici tesi a garantire la stabilità dei mercati anche mediante la sopravvivenza delle unità produttive.

D'altro canto, la relazione illustrativa al Dlgs 83/2022, nel descrivere tale logica, specifica chiaramente l'esigenza di "*garantire il corretto funzionamento del mercato interno e il pieno esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei capitali e stabilimento, tramite l'armonizzazione delle legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. La rimozione degli ostacoli esistenti rispetto al funzionamento del mercato ed alla fruizione delle libertà fondamentali da parte dei cittadini e delle realtà produttive è perseguita*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

facendo salvi i diritti dei lavoratori e garantendo alle imprese e agli imprenditori che si trovano in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a misure nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva per la prosecuzione delle loro attività, laddove risanabili, e per essere esdebitati con procedimenti efficienti, tali cioè da garantire in un ragionevole lasso di tempo l'opportunità di rientrare nel ciclo produttivo".

In tale contesto, la linea seguita dal legislatore della riforma, in coerenza con i principi sostenuti dal legislatore eurounitario, è di assoluto favore per l'istituto concordatario e ciò soprattutto quando esso riesca a garantire la continuità aziendale e, per suo tramite, ricorrendone i presupposti, altresì a preservare i livelli occupazionali e ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori.

Il ragionamento sulle finalità del concordato in continuità deve quindi necessariamente partire da un momento anteriore alle affermazioni di principio contenute nell'ambito della disciplina della crisi di impresa.

Il discorso deve prendere il largo dall'analisi dei canoni che rimangono sullo sfondo di tale disciplina e che ne costituiscono la logica ispiratrice perché essi perimetrano il contesto all'interno del quale ci si muove e dalla cui individuazione non si può prescindere.

In tale prospettiva, pare a chi scrive che l'obiettivo sotteso alla intera disciplina del concordato in continuità risieda nell'esigenza di preservare l'integrità del complesso produttivo, la cui importanza immanente è definita ed esaltata dalle conseguenze che alla perdita di tale complesso seguirebbero ossia una propagazione a tessere di domino della crisi nei confronti degli interlocutori ancora *in bonis* del debitore.

Appare allora evidente che nel concordato in continuità il discorso sulla individuazione degli interessi tutelati sia molto più complesso di quanto appaia da una rapida lettura dell'art. 84 CCI coinvolgendo necessariamente interessi economici superiori di indubbia rilevanza pubblicistica – naturalmente legati all'imprenditore ed ai soci (in quanto soggetti che fanno impresa) – che costituiscono quasi una sorta di "presupposizione" dell'intero istituto.

Se infatti è vero che l'art. 84 CCI (rubricato per l'appunto "Finalità del concordato") attribuisce un ruolo rilevante all'interesse dei creditori, non è men vero che tale norma presupponga che tale interesse sia tutelato principalmente attraverso la stessa continuità aziendale. Il secondo comma si apre infatti con una sorta di affermazione di principio: "*La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro*". Tale principio opera in maniera diffusa e trasversale all'interno della intera disciplina del concordato preventivo e, più in generale, nella disciplina della crisi di impresa, costituendone una delle principali chiavi interpretative. Sennonché il medesimo principio della continuità va ovviamente declinato e contestualizzato nell'ambito del sistema del concordato in continuità, con riferimento al quale entrano in gioco anche altre tipologie di interessi della cui rilevanza occorre comunque tener conto.

L'affermazione secondo cui il Piano debba essere idoneo ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che (e quindi in aggiunta a quello) dell'imprenditore e dei soci, ha la funzione di smussare la classica dicotomia esistente nell'ambito della gestione della crisi di impresa, laddove l'esigenza di preservazione delle realtà produttive può confliggere (o comunque concorrere) con l'interesse dei creditori. Nel nuovo contesto, al contrario, il primo obiettivo del piano è quello di assicurare la continuità aziendale in una modalità che consenta di tutelare l'interesse dei creditori. Sul punto non si può fare a meno di notare la differenza di approccio del legislatore che, nella Legge Fallimentare, attribuisce ad entrambi gli obiettivi pari dignità mentre, nel Codice della crisi, asservisce l'uno all'altro.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Occorre poi tenere presente che l'interesse dei creditori, nel contesto del concordato in continuità, corrisponde in particolare all'interesse dei creditori *anteriori* poiché la prosecuzione dell'impresa, generando altri debiti, va a intaccare la massa patrimoniale a loro disposizione (massa circoscritta poiché i beni strumentali alla continuazione sono sottratti alla liquidazione concorsuale), alterando l'assetto tra le varie categorie di creditori per come cristallizzato al momento della proposizione della domanda di concordato.

Dunque, la disciplina della continuità aziendale delle imprese in crisi ha la finalità di avvicinare il più possibile i due centri di interesse affinché dalla continuazione dell'impresa tragga giovamento non solo il mercato, ma anche i singoli creditori.

D'altro canto, a ben vedere, entrambi gli interessi, pur operando su piani differenti, sono volti verso il medesimo fine di tutelare, più in generale, il tessuto economico del contesto territoriale nell'ambito del quale l'impresa opera.

Infatti, garantire l'efficiente recupero del credito è pur sempre uno strumento indiretto di tutela del mercato: ogni strumento posto, nell'ambito della procedura di concordato, a tutela dei creditori, è in fin dei conti finalizzato a evitare che la crisi di un soggetto si propaghi a cascata e finisca per contagiare i creditori dello stesso.

Peraltro, nella assiologia degli interessi coinvolti, non si può non tener conto del contesto nell'ambito del quale tale principio viene affermato, già di per sé "speciale" in quanto costruito *ad hoc* con la precipua finalità di preservazione delle realtà produttive. In tale ambito speciale, le facoltà spettanti ai creditori secondo le regole comuni (artt. 2740 ss. Cc) sono già compresse in nome del mercato e della superiore esigenza di mantenere vitale l'unità produttiva.

Questa chiave interpretativa pare rispondente anche alle linee direttrici indicate dal legislatore europeo che ha imposto ai Paesi membri la strada della semplificazione e della razionalizzazione dei percorsi di ristrutturazione delle imprese allo scopo di evitare, con ogni mezzo a disposizione, di disperderne il valore aziendale e, ove possibile, i posti di lavoro. In questa linea di indirizzo si iscrive anche la novità, per certi versi davvero dirompente, della eliminazione dell'autonomo effetto protettivo della domanda di concordato (art. 54, comma 2, CCI).

In questo contesto, l'interesse dei creditori, più che costituire l'obiettivo di riferimento del concordato, sembra invece essere valorizzato come "*punto di caduta*".

Ciò perché, giustamente, il fine della ristrutturazione aziendale che il debitore si pone attraverso la procedura di concordato, non può essere raggiunto a totale discapito dei creditori, sui quali non può essere scaricato il rischio d'impresa laddove si constati che, nella loro prospettiva, sarebbe complessivamente più conveniente (intesa la convenienza non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche sotto il profilo qualitativo) lo scenario alternativo caratterizzato dalla discontinuità.

Quindi, l'interesse dei creditori deve ritenersi tutelato ogni qualvolta il valore della continuità della impresa (intesa anche come possibilità di coltivazione dei rapporti negoziali in chiave prospettica) sia maggiore del valore della somma dei beni aziendali, nel senso che non potrebbe mai ammettersi un concordato in continuità di un'impresa che assorba più valore di quello che crea perché questa situazione non giustificherebbe il sacrificio/rischio di impresa che i creditori si accollano nell'ambito del concordato in continuità nonché la deroga alle norme civilistiche sulla garanzia patrimoniale che la disciplina concordataria contiene.

Va ancora osservato che la tutela dell'interesse dei creditori si esplica principalmente attraverso la prestazione del voto, che è espressione del consenso rispetto alla proposta concordataria, in difetto del quale la proposta non avrà attuazione alcuna.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Attraverso la votazione della proposta di concordato i creditori manifestano di avere maggiore interesse alla prosecuzione dell'impresa anziché alla sua liquidazione (atomistica o no) perché, evidentemente, ricevono anch'essi un maggiore utilità.

Quindi, in definitiva, pare di potersi concludere che la finalità del concordato in continuità sia appunto quella di assicurare il salvataggio dell'impresa attraverso una serie di strategie di intervento che trovano un limite nel dovere di tutelare l'interesse dei creditori, il cui rispetto giustifica il godimento da parte del debitore della normativa di favore cui egli accede.

La finalità del concordato, e quindi anche la sua causa concreta, può essere individuata nella continuazione piegata alla migliore soddisfazione dei creditori nel senso (ampio) innanzi precisato.

14.2 I "propulsori" della continuità

Le disposizioni tese ad agevolare il più possibile le soluzioni che favoriscono la continuità aziendale sono disseminate all'interno della disciplina dell'istituto.

Si assiste, innanzitutto, ad un deciso a**llargamento delle maglie delle valutazioni poste a carico del Tribunale in sede di ammissione**, valutazioni che, proprio ai fini innanzi indicati, assumono una connotazione espressa "in negativo". Tale aspetto milita nel senso di una maggiore permissività. In particolare, nel caso di concordato in continuità è richiesta unicamente una verifica di "ritualità della proposta" con arresto della procedura solo nei casi di presentazione di un piano "manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori" e alla "conservazione dei valori aziendali" (art. 47, comma 1, lett. *b)*. Questa impostazione avrà senz'altro ricadute pratiche rilevanti, considerato che, ai fini dell'ammissione, non sarà necessario per il Tribunale effettuare uno stringente vaglio di idoneità del piano, bensì un assai elastico giudizio di non manifesta inidoneità.

Viene peraltro **definitivamente allargato il concetto della continuità**, che oggi è formalmente esteso anche alla continuità indiretta, ipotesi che si verifica quando la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività sia a carico di un soggetto diverso dal debitore. La continuità indiretta potrà essere attuata nelle forme più varie ovverosia "*in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo*". Viene, in tale contesto, in forte rilievo il criterio della "funzionalità", che deve essere chiaramente esplicitato nell'ambito del ricorso. Il Legislatore dunque risolve in modo netto (conformemente ai principi stabiliti nella recente sentenza della Suprema Corte, 19 novembre 2018, n. 29742), a favore della ammissibilità della c.d. continuità indiretta, il dibattito giurisprudenziale alimentatosi negli ultimi anni e che vedeva opposte due tesi, quella della continuità in senso soggettivo (sussistente solo ove fosse l'imprenditore, debitore in crisi, a portare avanti l'attività nell'ottica del risanamento dunque in continuità diretta) e quella della continuità in senso oggettivo (che invece aveva come punto di riferimento l'azienda e dunque consentiva che si parlasse di continuità anche nell'ipotesi in cui fossero terzi a proseguire l'attività).

Sempre in favore della continuità, viene poi in qualche modo ridimensionato, rispetto alla originaria formulazione, il vincolo del mantenimento della forza lavoro come uno dei presupposti minimi da soddisfare perché un concordato possa essere qualificato come in continuità e godere del relativo trattamento: ed infatti, la norma oggi istituisce il principio **della conservazione "nella misura possibile", dei posti di lavoro.**

Una delle principali innovazioni apportate dal Codice della crisi in favore della continuità è

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

costituita dalla **positivizzazione della c.d. "*relative priority rule*"**, che consente maggiore elasticità e abilita il pagamento di creditori di rango inferiore, anche in difetto di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che il trattamento complessivo dei creditori appartenenti alle diverse classi rispetti comunque l'ordine delle prelazioni. Così testualmente illustra la scelta la Relazione che accompagna il Dlgs 83/2022: "*la regola di distribuzione contenuta nel comma 6 dell'articolo 84 detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite. Essa prevede, in particolare, che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore) mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore)"; "Il comma 7 dell'articolo 84 detta disposizioni a tutela dei lavoratori in attuazione dell'articolo 13 della direttiva e della più generale 'clausola di non regresso', di matrice comunitaria, secondo la quale ogni intervento normativo che incide sui diritti dei lavoratori non può determinare una riduzione delle garanzie e dei diritti già garantiti dal singolo ordinamento nazionale e dal diritto europeo. La norma in questione, dunque, impone di applicare ai lavoratori la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione che sul valore di continuità e fa salvi i diritti pensionistici garantiti dall'articolo 2116 del codice civile, in attuazione dell'articolo 1, paragrafo 6 della direttiva*".

L'**obbligatorietà del classamento** nell'ambito dei concordati in continuità consentirà una più agevole distribuzione del valore nell'ambito delle diverse classi, anche in relazione alle concrete e differenti aspettative dei creditori. Particolarmente rilevante, in tale ambito, è poi la norma prevista all'art. 112, comma 2, CCI, che consente al Tribunale di omologare, su richiesta del debitore, il concordato in continuità aziendale anche in caso di dissenso manifestato da parte di una o più classi in deroga alla regola generale sancita dal comma 1 lett. f). Tale regola (denominata *cross-class cram down*) è applicabile solo se è rispettata la "*graduazione delle cause legittime di prelazione*" (lett. A) e se il valore eccedente quello di liquidazione (il c.d. "surplus concordatario") è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

Una ulteriore disposizione innovativa, sempre volta ad agevolare la continuità aziendale, è costituita dal superamento **del limite temporale della moratoria dei crediti prelatizi**. Superamento già nei fatti consentito dalla giurisprudenza di legittimità, che aveva comunque ammesso la possibilità di una dilazione più ampia, compensata dal computo degli interessi e con ammissione al voto per il sacrificio imposto.

L'art. 86 CCI stabilisce ora che, salve le ipotesi di liquidazione del bene su cui insiste il privilegio, nell'ambito del concordato in continuità, sia possibile prevedere una moratoria del pagamento dei crediti assistiti da privilegio o diritto reale di garanzia anche superiore ai due anni. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio previsto dall'articolo 2751 *bis*, n. 1, Cc il termine massimo della moratoria è di sei mesi dall'omologazione.

Altra importante innovazione è rappresentata dall'eliminazione di uno dei principi cardine che ha retto l'istituto nella Legge Fallimentare ossia quello del migliore soddisfacimento dei creditori. Tale principio viene ora sostituito con altro del tutto differente sia nell'ambito della redazione del piano sia con riguardo alle valutazioni del professionista indipendente.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, il principio del miglior soddisfacimento è ora rimpiazzato da quello dell'**assenza di pregiudizio per le ragioni dei creditori dello scenario di continuità rispetto a quello meramente liquidatorio**. Questo cambio di rotta avrà ricadute pratiche assai rilevanti dal momento che il piano e la relativa attestazione non dovranno più essere incentrati sull'obiettivo della funzionalità della prosecuzione dell'attività al miglior soddisfacimento dei creditori ma dovranno ora riguardare le modalità di eliminazione dell'insolvenza, le ragioni di sostenibilità economica dell'impresa e la sussistenza di un trattamento non deteriore rispetto a quello ricevibile in caso di liquidazione giudiziale. Sotto questo profilo vale la pena di evidenziare ancora una volta il radicale cambio di prospettiva attuato dal legislatore che ora perimetra le aspettative dei creditori non alla loro migliore soddisfazione ma alla soddisfazione in misura non inferiore a quella dello scenario liquidatorio.

Ulteriori novità sono ritraibili dal dettato dell'art. 100 CCI il quale consente al debitore, in sostanziale continuità con quanto era previsto nella Legge Fallimentare, di chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, **a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, ritenute essenziali e funzionali ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.** Rispetto alla precedente impostazione, la norma contiene due significative novità:

- la possibilità, per il debitore, di essere autorizzato a pagare ai propri lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione la retribuzione dovuta per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso: la deroga è giustificata dalla necessità di preservare la forza lavoro e non riservare alla stessa un trattamento deteriore rispetto a determinati fornitori "strategici";
- la possibilità che il debitore sia autorizzato a far fronte al pagamento delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, in deroga all'art. 154, comma 2, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data.

Il diverso approccio del legislatore si palesa anche nella fase giudiziale finale del procedimento concordatario. Infatti, l'art. 112 CCI **ridisegna il perimetro del vaglio del Tribunale nel giudizio di omologazione**. In tale sede, il collegio rigetterà l'omologazione del concordato solo nel caso in cui il piano sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza.

Ancora una volta, così come in fase di ammissione, il legislatore pare attuare una sorta di inversione della prospettiva di giudizio prescrivendo che solo allorquando sia evidente tale assenza di concrete prospettive di superamento dell'insolvenza, il tribunale possa rigettare l'omologazione. Sempre con riguardo alla fase di omologa, occorre ricordare la possibilità per il Tribunale di attivare, su richiesta del debitore, il c.d. *cross-class cram down* di derivazione eurounitaria.

In conclusione, profili innovativi presenta anche **il giudizio di reclamo** dinnanzi alla Corte d'Appello. L'art. 53, comma 5 *bis*, introduce infatti una disposizione di carattere dirompente secondo cui anche in caso di accoglimento del reclamo, la Corte può confermare la sentenza di omologa ove l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori alla continuità aziendale prevalga rispetto al pregiudizio del reclamante e riconoscendo a quest'ultimo solo un risarcimento del danno.

14.3 Conclusioni

Alla luce dei rilievi innanzi esposti con riguardo al "nuovissimo" concordato preventivo in continuità aziendale, appare evidente che il legislatore abbia tradotto in norme la filosofia di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

favore che permea la normativa comunitaria con riguardo alla salvaguardia delle unità produttive rispetto agli altri interessi in gioco che vengono sacrificati sull'altare del maggiore interesse all'efficienza complessiva del sistema economico.

In tale contesto, anche l'interesse dei creditori (che costituiva la stella polare della Legge Fallimentare) – pur se ampiamente valorizzato all'interno del Codice della crisi – cede ora il passo in favore della preservazione dell'unità produttiva che viene, in questo modo, tutelata in maniera autonoma rispetto all'impresa. L'impostazione del Codice della crisi, sotto questo profilo, appare apprezzabile soprattutto perché pare responsabilizzare i creditori coinvolti nel percorso di ristrutturazione invitandoli (per non dire, costringendoli) a considerare con estrema serietà le prospettive del loro soddisfacimento nella liquidazione giudiziale così arginando eventuali condotte opportunistiche in danno agli interessi alla base della continuità aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

Le finalità del concordato con continuità aziendale

Alessandro Pais

SOMMARIO: 15.1 L'interesse dei creditori come principio generale – 15.2 L'interesse al concreto risanamento dell'impresa – 15.3 L'interesse alla conservazione dei complessi aziendali – 15.4 Il prioritario interesse dei creditori quale finalità del concordato in continuità – 15.5 Regole di distribuzione del nuovo concordato con continuità aziendale – 15.6 La classazione obbligatoria e maggioranza per l'approvazione nel nuovo concordato con continuità aziendale – 15.7 Conclusioni

15.1 L'interesse dei creditori come principio generale

L'impianto generale del Codice della crisi e dell'insolvenza, nelle intenzioni del legislatore, è improntato al favore verso l'istituto concordatario quando l'utilizzo dello strumento sia volto a garantire la continuità aziendale.

La finalità del concordato preventivo in continuità aziendale indica e identifica gli obiettivi e gli interessi al cui soddisfacimento la procedura concordataria è diretta e coordinata.

Parlare di finalità del concordato preventivo con continuità aziendale significa cercare di individuare quali siano in generale gli interessi tutelati e, successivamente, cercare di attribuire agli stessi un ordine gerarchico secondo i valori di cui la normativa è espressione.

Nel sistema della legge fallimentare (Rd 267/1972) la finalità del concordato in continuità aziendale è sorretta dalla clausola generale della miglior soddisfazione dei creditori, che è l'interesse prioritario tutelato. La continuità aziendale è un mezzo per perseguire l'obiettivo principale appena declinato. La continuità aziendale non risulta pertanto essere il valore da tutelare bensì lo strumento per mezzo del quale perseguire la migliore soddisfazione dei creditori. Questo principio appare trovare affermazione in modo diverso nel comma 2 dell'articolo 7 del Codice, come modificato dal decreto legislativo di recepimento della Direttiva *insolvency*, ove è previsto che nella proposta, in caso di concordato in continuità aziendale, siano espressamente indicate *le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori*. La misura del pregiudizio si rinviene nella nuova formulazione dell'art. 84 del Codice ove, infatti, è previsto che il piano realizzi la soddisfazione dei creditori nella misura non inferiore a quella ricavabile in caso di liquidazione giudiziale. Il favor del legislatore verso le soluzioni concordatarie in continuità aziendale nel nuovo Codice si traduce nell'abbandono del criterio del *miglior soddisfacimento dei creditori*.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

15.2 L'interesse al concreto risanamento dell'impresa

Il legislatore della riforma del 2019 già aveva ampliato il perimetro del concetto di continuità distinguendone la natura tra diretta ed indiretta, e contemporaneamente in ottica di prevenzione degli abusi aveva fissato principalmente due obblighi lasciando emergere le ulteriori finalità, in termini di ulteriori interessi tutelati, del concordato preventivo in continuità aziendale. Il primo obbligo era posto in relazione a tutte le forme di continuità aziendale con la previsione dell'originario co. 2 dell'articolo 84 che "*in caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci*", disposizione, "*in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore*".

L'interesse al concreto risanamento dell'impresa, quale finalità del concordato preventivo in continuità aziendale, viene confermato anche con il decreto di attuazione della Direttiva *Insolvency* e assume rilievo nella fase di verifica demandata al Tribunale in sede di omologa. Infatti, all'articolo 112 del Codice è previsto che nella fase del giudizio di omologazione il Tribunale verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza. Risulta necessario che alla base del processo di risanamento sia sempre posto un piano industriale economico e finanziario che abbia l'attitudine non solo al miglior soddisfacimento dei creditori, ma anche a creare le condizioni prospettiche di equilibrio di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario dell'impresa, necessarie per superare la situazione di insolvenza in cui si trova e conseguire il risanamento prospettato.

Sostanzialmente il passaggio attraverso la procedura di concordato in continuità aziendale deve condurre a un effettivo risanamento dell'impresa al termine del periodo sotteso al piano; la prosecuzione dell'attività di impresa dovrà contestualmente aver creato sia le condizioni per il soddisfacimento dei creditori concorsuali sia le condizioni di equilibrio richieste a una entità sana in grado di operare sul mercato in modo fisiologico.

Nel caso di concordato in continuità diretta, la prima versione dell'art. 84 del Codice disponeva, che il piano prevedesse che l'attività di impresa fosse funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. Nella nuova formulazione dell'art. 84 l'interesse prioritario tutelato rimane quello dei creditori, seguito anche sotto il profilo gerarchico, dalla preservazione dei posti di lavoro nella misura possibile, risulta invece espunto tra i diversi interessi quello dell'imprenditore e dei soci al risanamento dell'impresa.

15.3 L'interesse alla conservazione dei complessi aziendali

Emerge pertanto che l'effettivo risanamento aziendale è la seconda finalità del concordato preventivo con continuità, finalità di "secondo livello" rispetto al "prioritario" soddisfacimento dei creditori.

L'esigenza per l'impresa risanata di raggiungere tutte le condizioni di equilibrio, attraverso il concordato preventivo in continuità aziendale passa anche dalla nuova previsione normativa che limita alla sola "misura possibile" la tutela dei posti di lavoro.

Nella prima versione del Codice con l'intento di scoraggiare atteggiamenti opportunistici il legislatore aveva introdotto la necessità che il soggetto, diverso dal debitore, in capo al quale l'a-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zienda era destinata a proseguire nell'esercizio, si facesse carico di garantire per almeno un anno dall'omologazione la salvaguardia di una quota qualificata dei lavoratori dell'impresa trasferita. Nella precedente versione disponeva infatti la norma del co. 2 dell'articolo 84 che la "*continuità è indiretta*" in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

La limitazione della preservazione dei posti di lavoro nella (sola) misura possibile, appare essere una previsione normativa più coerente e aderente alla realtà dei contesti di risanamento aziendale. Critiche erano state mosse alla precedente formulazione di norme dettate a salvaguardia dei livelli occupazionali dall'articolo 84 commi 2 e 3, che certamente pur avendo pregio sotto il profilo sociale, proponevano soglie minime di salvaguardia della forza lavoro, che rischiavano di limitare la concreta realizzabilità di processi di risanamento. È noto che ogni ristrutturazione aziendale presuppone l'individuazione di una struttura dei costi coerente, sostenibile finanziariamente e che conduca alla produzione di profitto, non appariva pertanto coerente in un contesto di risanamento l'imposizione "per legge" di un quoziente minimo di forza lavoro.

Dalla lettura del nuovo articolo 84, può affermarsi che sia venuto meno il legame tra la forma concordataria con continuità ed il principio quantitativo della prevalenza. La norma non prevede più che "*nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino*" come previsto nel comma 2 della precedente formulazione.

Prevede ora il comma 3 dell'articolo 84 che "*nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta*.".

Finalità dichiarata di questa previsione normativa è quella di disciplinare le ipotesi di piani di risanamento in cui la strategia si basi non solo sulla prosecuzione dell'attività di impresa ma anche sulla dismissione di asset non funzionali alla stessa.

Risulta venuto meno il criterio di discrimine tra concordati con continuità e concordati liquidatori legato alla prevalenza dei flussi da destinarsi alla soddisfazione dei creditori generati dalla prosecuzione dell'attività di impresa rispetto ai flussi generati dalle dismissioni.

15.4 Il prioritario interesse dei creditori quale finalità del concordato in continuità

Emerge chiaramente dal dettato normativo del Codice la volontà da parte del legislatore di individuare una pluralità di interessi meritevoli di tutela, ma tale pluralità porta con sé l'inevitabile emersione di potenziali punti di frizione con l'interesse dei creditori al loro miglior soddisfacimento.

Anche la disposizione del comma 3 dell'articolo 87 del Codice (dalla rubrica "*Contenuto del Piano di concordato*"), appare orientata in tale senso. Infatti, con riferimento alla relazione del professionista indipendente è previsto che «*in caso di continuità aziendale*» il piano oltre ad essere atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa, sia funzionale a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel nuovo Codice, per l'ipotesi di concordato in continuità aziendale, assume rilievo tra le norme funzionali alla tutela dei lavoratori quella contenuta nel comma 5 *bis* dell'art. 53. L'articolo disciplina gli "*Effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione*". Il neo-introdotto comma 5 *bis* prevede, in attuazione dell'art.16, par. 4, della direttiva unionale, che in caso di accoglimento del reclamo contro la sentenza di omologazione del concordato in continuità aziendale, la corte d'appello, su richiesta delle parti può confermare la sentenza di omologazione "*se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno*".

Anche questa norma esprime il principio di prevalenza dell'interesse generale, in primo luogo, di tutti i creditori ed in secondo luogo dei lavoratori rispetto all'interesse particolare del singolo creditore.

Appare così doversi necessariamente concludere che la finalità prevalente del concordato preventivo con continuità aziendale, e del concordato preventivo in generale, sia quella della tutela del ceto creditorio e della convenienza (da intendersi come non peggiore rispetto alla liquidazione) della proposta per gli stessi. Non pare possibile potersi concludere diversamente in considerazione del fatto che il legislatore attribuisce al ceto creditorio il potere, tramite l'esercizio del voto e il criterio di maggioranza, di determinare l'approvazione della proposta formulata, approvazione che non sarebbe ragionevole attendersi qualora l'interesse dei creditori venga subordinato a ulteriori interessi. L'assunto pare trovare conforto nella nuova disposizione del comma 2 dell'art. 87 del Codice ove è previsto che il debitore nella domanda di concordato debba indicare le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale, previsione dettata per tutti i tipi di concordato.

15.5 Regole di distribuzione del nuovo concordato con continuità aziendale

Il legislatore nel disciplinare il concordato preventivo con continuità aziendale e quello liquidatorio non si è limitato alla regolazione del fenomeno economico della crisi di impresa ma ha tenuto in debita considerazione il dichiarato intento di evitare i «possibili abusi» dello strumento.

Il decreto di recepimento della Direttiva *Insolvency* incide sulle soglie di ingresso al concordato con liquidazione del patrimonio chiarendone la portata rispetto alla prima formulazione del codice. In tali casi, la proposta deve sempre prevedere un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda, inoltre che la proposta deve assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo. A ben vedere l'incremento del 10% delle risorse da parte del terzo non è più riferito al soddisfacimento dei creditori chirografari ritraibile da questi sulla base della liquidazione giudiziale, bensì all'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda.

Per il concordato con continuità aziendale continua a non essere fissata nessuna soglia minima di soddisfacimento trovando conferma nell'ultimo periodo del co. 3 dell'articolo 84 che la proposta "*prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con i suoi aventi causa*".

I commentatori sin dalla prima versione del Codice avevano già fatto osservare che con la disposizione normativa citata il legislatore pareva aver trascurato di attribuire il giusto peso sia

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

agli elementi di carattere economico sia agli elementi di carattere psicologico che stanno alla base delle trattative per l'implementazione di una proposta concordataria che possa non soltanto essere ammissibile giuridicamente ma soprattutto possa ottenere il necessario consenso da parte dei creditori. È stato osservato infatti che in un contesto stressato quale quello delle trattative tra impresa in crisi e i creditori appare puramente utopico condurre positivamente trattative funzionali alla prosecuzione di una attività di impresa con proposte di soddisfazione dei creditori inferiori al 20% magari unicamente sulla base di proposte di «prosecuzione e rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore».

Il "decreto di recepimento della Direttiva *Insolvency"* per il concordato in continuità aziendale recepisce invece la regola della priorità relativa da applicarsi in sede di distribuzione sulla parte di valore del patrimonio dell'impresa generata dalla prosecuzione dell'attività. Viene pertanto rimodulata l'applicazione della regola generale di cui all'art. 160 comma 2 della legge fallimentare.

Più precisamente, la nuova regola di distribuzione è contenuta nel comma 6 dell'articolo 84 ove è previsto che "*nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore"*.

Sono quindi dettati due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite.

La norma prevede ora che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta. Detta regola impedisce la soddisfazione dei creditori di rango inferiore qualora non ci sia stata l'integrale soddisfazione del credito di grado superiore.

Per quanto attiene il c.d. "plusvalore da continuità", ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, questa utilità può essere distribuita osservando il criterio c.d. della priorità relativa. Tale seconda regola considera sufficiente che i crediti di una classe siano pagati nella stessa misura rispetto ai crediti delle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di creditori di rango inferiore.

Il recepimento della regola della priorità relativa con la possibilità di diversa distribuzione del "plusvalore da continuità" rispetto alle rigide previsioni degli articoli 2740 e 2741 trova l'eccezione nel trattamento riservabile ai crediti di lavoro subordinato assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, del Codice civile.

Il nuovo comma 7 dell'articolo 84 dispone che i crediti di lavoro di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1 "*sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione*".

Con questa previsione normativa il legislatore dispone che per i crediti di lavoro di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1 si applichi in ogni caso la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione che sul valore di continuità.

15.6 La classazione obbligatoria e maggioranza per l'approvazione nel nuovo concordato con continuità aziendale

Con il comma 3 dell'art. 19 del decreto di recepimento della Direttiva *Insolvency* è stato riscritto l'articolo 85 del Codice. Nella normativa del 2019 l'articolo disciplinava i presupposti di acces-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

so al concordato ora, a seguito delle modifiche introdotte, l'articolo è rubricato "Suddivisione dei creditori in classi".

La norma, per come modificata, detta ora principi generali sulla formazione delle classi sancendo il principio generale della facoltatività della suddivisione in classi e del trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse.

Il legislatore ha inserito una eccezione per il concordato in continuità aziendale. Prevede ora il comma 3 dell'articolo 85 del Codice che nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione perché non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 109, comma 5, sono suddivisi in classi e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate.

Le previsioni dell'articolo 109, comma 5 che assumono rilievo ai fini della classazione obbligatoria riguardano i creditori muniti di diritto di prelazione, i quali non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Con riferimento ai crediti di lavoro, assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, del Codice civile, la norma prevede che questi non siano chiamati ad esprimersi sulla proposta se il termine di pagamento in loro favore è di trenta giorni.

Qualora non ricorrano le condizioni sopra richiamate ricorre una ipotesi di classazione obbligatoria ed i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.

La norma ha contenuto innovativo, infatti nell'ordinamento vigente il creditore privilegiato non è chiamato ad esprimersi sulla proposta se non per la parte incapiente degradata al chirografo.

15.7 Conclusioni

Il *favor* legislativo verso le soluzioni che prevedono la continuità aziendale, in via diretta o indiretta, è indiscusso sin dalla versione originaria del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Con l'intervento legislativo di recepimento della Direttiva *Insolvency*, il legislatore, tramite l'introduzione della regola della priorità relativa e l'abolizione dell'obbligo di mantenimento di un certo numero di lavoratori, ha ulteriormente evidenziato il favore verso soluzioni concordatarie in continuità aziendale. La tutela dei creditori rimane indubbiamente la finalità principale del concordato preventivo, sia in continuità aziendale sia con cessione dei beni. Tuttavia, non è da trascurare l'eliminazione, con specifico riferimento alla disciplina del concordato in continuità aziendale, dell'espressione "*miglior soddisfacimento dei creditori"* prevista in ben due commi dell'originario art. 87 con "*assenza di pregiudizio per i creditori*" prevista dalla nuova lett. c), 2° comma art. 7 del Codice.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 16

La tutela dei creditori e dei posti di lavoro

Stefano Ambrosini

SOMMARIO: 16.1 Il Codice della crisi fra shareholders e stakeholders – 16.2 La continuità aziendale e la conservazione dei posti di lavoro – 16.3 La "cornice" costituzionale: utilità sociale e tutela del lavoro

16.1 Il Codice della crisi fra shareholders e stakeholders

Con l'introduzione dell'art. 84 del Codice della crisi e dell'insolvenza (nella formulazione di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019) si sono per la prima volta menzionati interessi diversi da quello dei creditori, pur sempre definito, giustamente, prioritario.

Il secondo comma della norma, infatti, stabilisce fra l'altro che, in caso di continuità diretta, il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltreche dell'imprenditore e dei soci.

Di là dalle possibili considerazioni sulla gerarchia fra detti interessi, già svolte in una precedente sede[1] e da altri riprese in dottrina[2], emerge la persistente mancanza di attenzione per gli *stakeholders*, dal momento che, oltre al debitore, si menzionano esclusivamente i soci (*shareholders*). Il che sembra trovare conferma nel fatto che la norma parla, riguardo al debitore, di "imprenditore" anziché di impresa, con una scelta che, lungi dall'essere casuale, denota – ad avviso di chi scrive – la volontà di evitare che il raccordo fra dibattito su finalità del diritto della crisi e teoria dell'impresa sia connotato in senso istituzionalistico (oltre a risultare, l'opzione adottata, più aderente alla terminologia del codice civile, che agli artt. 2082 e seguenti si riferisce appunto all'imprenditore e non all'impresa[3]). Va inoltre ricordato che la legge del 2019 (come modificata dal decreto correttivo del 2020), sempre all'art. 84, stabilisce che, nel caso di continuità indiretta, sia previsto dal contratto o dal titolo (cessione, usufrutto, affitto, conferimento dell'azienda) il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per i successivi due anni.

1 S. AmbrosinI, Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021, in www.dirittobancario.it, 11 novembre 2021; (pubblicato anche, con titolo diverso, in Diritto dell'impresa in crisi, Pisa, 2022, pp. 261 ss.).

2 V. Minervini, La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "insolvency". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano, in Dir. fall., 2022, I, p. 274.

3 Sul punto si veda, anche per riferimenti, G. Bonfante-G. Cottino, L'imprenditore, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, I, Padova, 2001, pp. 713 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come già altrove osservato[4], l'impostazione adottata suscita qualche perplessità, sia dal punto di vista della "contaminazione" della fattispecie con aspetti occupazionali più acconci, come si diceva, alla disciplina dell'amministrazione straordinaria che non a quella del concordato preventivo, sia sotto il profilo del rispetto della legge delega, dal momento che l'art. 6, comma 1, lett. i), n. 3, è imperniato sul presupposto dell'identità di disciplina fra continuità diretta e indiretta, con ciò sembrando escludere disposizioni di "sfavore" (in termini di oneri supplementari) per quest'ultima, com'è, invece, chiaramente quella sul livello minimo di lavoratori da mantenere o riassumere. Senza dire del possibile, ulteriore, profilo di incostituzionalità – di là dal dirimente contrasto con la legge delega – in ordine alla dubbia ragionevolezza di una siffatta disparità di trattamento fra continuità diretta e indiretta.

Non è un caso che l'assunto della irragionevole disparità di trattamento sia condiviso in dottrina da chi ha puntualmente osservato che la norma rischia di essere viziata anche per irragionevolezza se non per violazione del principio di eguaglianza[5].

Deve ancora rammentarsi che la medesima legge del 2019, nella seconda parte del terzo comma dell'art. 84, recita: "La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso".

Le anzidette previsioni, seppur – come detto – non esenti da censure e comunque modificate dall'ultima versione del Codice della crisi, hanno tuttavia costituito l'anticamera di uno spazio normativo, nell'ambito del concordato, in cui – come si dirà nel paragrafo successivo – la tutela dei livelli occupazionali sembra aver infine trovato, in termini ancor più generali, il suo "diritto di cittadinanza".

16.2 La continuità aziendale e la conservazione dei posti di lavoro

La più recente versione dell'art. 84, CCI, oltre a recare con sé la provvida espunzione del requisito della prevalenza – ancora da ultimo vibratamente invocata in dottrina[6] ¯-, al secondo comma stabilisce quanto segue: "La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e pre-

4 S. Ambrosini, Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis, in Ilcaso.it, 2 gennaio 2019, pp. 7-8.

5 D'Angelo, Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, in Dir. fall., 2020, I, pp. 41-42: "Pur nella diversità di fattispecie, infatti, non si ravvisano ragioni per l'adozione di una disciplina che finisce con il premiare la continuità diretta, posto che (anche al netto di qualsiasi valutazione circa il comportamento del debitore e l'eventuale concorso nella causazione o nell'aggravamento della crisi): (i) l'impresa concordataria ha certamente più difficoltà di prosecuzione rispetto ad un terzo acquirente in bonis;
(ii) proprio i lavoratori potrebbero essere più favorevoli a soluzioni che prevedano la cessione dell'azienda ad un terzo più "solido'; (iii) il piano di continuità diretta è certamente il più rischioso per i creditori per la intrinseca maggiore aleatorietà dell'attività di impresa rispetto al conseguimento di un prezzo – o di un valore – a fronte della cessione a terzi. Ciò senza considerare, ancora, la disparità – anch'essa priva di qualunque ragione – che si avrebbe a seconda che l'intervento del terzo avvenga attraverso l'ingresso nella compagine sociale e nel capitale, ovvero mediante acquisto dell'azienda".

6 S. Ambrosini, Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro "tabù" da sfatare nel concordato preventivo che verrà, in Ristrutturazioni Aziendali, 7 marzo 2022, p. 2.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

serva, nella misura possibile, i posti di lavoro". Al riguardo, deve anzitutto osservarsi che il *focus* non è – né potrebbe essere – sul concordato *tout court*, bensì sulla continuità aziendale, giacché è solo nel caso di prosecuzione, diretta o indiretta, dell'attività d'impresa che viene in evidenza il problema di cui trattasi. Con la particolarità che lessicalmente è appunto *la continuità aziendale*, e non *il concordato* in continuità, a incarnare il soggetto cui la legge affida la protezione dei suddetti interessi.

Al vertice della piramide viene posto, ancora una volta e correttamente, l'interesse dei creditori: continua quindi a non essere configurabile un concordato che non si ponga (o addirittura contrasti con) questa finalità, o che subordini la tutela di tale interesse ad altri.

Ne deriva che quello dei creditori è e resta l'interesse da perseguire in via prioritaria, seppur declinato, ai sensi del primo comma dello stesso art. 84, come soddisfacimento *non inferiore* a quello realizzabile nel caso di liquidazione giudiziale (ovvero come assenza di pregiudizio per i creditori in base all'art. 7, c. 2, lett. c) e non più, come invece alla stregua dell'art. 186 *bis*, L. Fall., in termini di miglior soddisfacimento dei creditori. Con la precisazione che il concetto di trattamento non deteriore in rapporto allo scenario alternativo sembra mal conciliarsi con il concetto, di portata generale, di *preferibilità* dell'opzione concordataria di cui all'ultimo capoverso del nuovo art. 87 (previsione, per vero, non esattamente indispensabile), giacché a ben vedere solo per il concordato diverso da quello in continuità il predetto art. 7 richiede il requisito della *convenienza*.

Accanto all'interesse dei creditori la nuova norma colloca ora, come si diceva, la conservazione, *nella misura possibile*, dei posti di lavoro, a conferma che l'oggettiva rilevanza della questione era destinata, presto o tardi, a far breccia nel muro, sempre meno granitico, dell'interesse esclusivo dei creditori e a trovare uno sbocco sul piano legislativo; sebbene vada ricordato come nella disciplina sul fallimento vi siano profili di emersione del tema (il riferimento è essenzialmente all'art. 104 *bis*, secondo comma, della legge fallimentare, in base al quale, nell'affitto d'azienda, la scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, "avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali")[7].

Diventa allora importante, ai fini della corretta interpretazione della norma, cogliere appieno la portata delle parole "nella misura possibile".

In proposito si ritiene, alla luce del contesto in cui l'espressione è inserita, che essa rivesta un duplice significato, alludendosi, da un lato, al perseguimento prioritario dell'interesse dei creditori, come tale destinato a prevalere, in caso di contrasto, sulla tutela dell'occupazione, dall'altro, alla necessaria compatibilità della conservazione dei posti di lavoro con il contenuto del piano concordatario e con la sua sostenibilità dal punto di vista economico-finanziario.

Dovendo peraltro soggiungersi che, ove non si ravvisino profili di contrasto né con l'uno aspetto né con l'altro, l'imprenditore è *tenuto* a salvaguardare, per l'appunto nei limiti del possibile, i livelli occupazionali che connotano l'impresa al momento dell'accesso al concordato.

Merita ancora segnalare, fra le disposizioni destinate (anche) alla tutela dell'occupazione, il

7 Nella trattatistica si vedano i contributi di S. AMBROSINI, L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda, in S. Ambrosini – G. Cavalli – A. Jorio, Il fallimento, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, XI.2, Padova, 2009, pp 521 ss. e di F. Fimmanò, La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento, in AA.VV, Il fallimento, in Trattato delle procedure concorsuali, diretto da A. Jorio e B. Sassani, III, Milano, 2016, pp. 191 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

comma 5 *bis* dell'art. 53, ove è contemplata un'interessante ipotesi di prevalenza dell'interesse generale su quello, particolare, del singolo creditore. In base a questa previsione, infatti, nel caso in cui venga accolto il reclamo contro la sentenza di omologazione del concordato in continuità, la corte d'appello può essere richiesta dalle parti di confermare nondimeno tale decisione "se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante", al quale va peraltro riconosciuto – precisa la norma – il risarcimento del danno patito.

16.3 La "cornice" costituzionale: utilità sociale e tutela del lavoro

Non sembra dubbio che la disposizione finalizzata a preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro sia ispirata a valori di rango costituzionale.

I princìpi che vengono in evidenza dal punto di vista che ci occupa non attengono tanto al concetto (in qualche modo potenzialmente *bon à tout faire*[8]) di solidarietà – di recente invocato, nel dibattito dottrinale, soprattutto a proposito della composizione negoziata della crisi[9] – quanto piuttosto a quelli di protezione del lavoro e di utilità sociale.

È infatti evidente che, in linea generale, il nuovo art. 84, comma 2, del Codice della crisi, si colloca, per così dire, sotto l'ampio ombrello dell'art. 35, ai sensi del quale la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni[10]. E l'aspetto fortemente innovativo – si torna a dire – è rappresentato dall'applicazione di questo principio con riferimento al concordato preventivo, tradizionalmente "funzionalizzato" al solo perseguimento dell'interesse dei creditori.

Altro precetto non estraneo alla nostra tematica è quello dell'utilità sociale come limite alla libertà di iniziativa economica privata *ex* art. 41 Cost.[11] Ed invero, nei casi in cui la conservazione dei posti di lavoro in un'impresa in crisi risulta possibile – vale a dire, come si diceva, non confliggente con l'interesse dei creditori e compatibile con il piano di concordato – questo obiettivo *deve* essere perseguito dal debitore, pena l'inammissibilità della domanda di concordato (o l'improseguibilità del relativo *iter*) per contrasto con la norma imperativa del ridetto art. 84, c. 2, CCI: ciò che trova conferma precisamente nei princìpi costituzionali ai quali quest'ultimo è informato.

Altrimenti detto: non è accettabile che il concordato in continuità non preservi i posti di lavoro quando – e nella misura in cui – risulta possibile farlo, perché la disposizione in parola non configura una semplice opzione per l'imprenditore, bensì un suo preciso *dovere* in tal senso.

---

8 E ciò senza voler minimamente sminuire la riconosciuta importanza del principio nella nostra Carta, sol che si pensi al fatto che secondo Paolo Barile la solidarietà "costituisce il vero Leitmotiv della nostra Costituzione" (Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione, in Studi in onore di Leopoldo Elia, a cura di A. Pace, Milano, 1999, p. 137).

9 M. Fabiani, Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa, in Fallimento, 2022, p. 5 ss.

10 Cfr. il contributo sempre attuale di T. TREU, Sub art. 35, 1° comma, in Commentario della costituzione. Rapporti economici, t. 1, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 1 e ss.

11 In argomento, si è da tempo messo in luce che in base all'art. 41 la libertà economica privata, per il fatto di essere inserita in un sistema di pubblico governo dell'economia, si caratterizza per l'imposizione di limiti, inscrivendosi tuttavia in un quadro a sua volta "caratterizzato da precise limitazioni dei poteri di intervento pubblico nell'economia" (F. Galgano, Sub art. 41, in Commentario della costituzione. Rapporti economici, t. 2, Bologna-Roma, 1982, p. 10). Sul tema cfr., in luogo di altri, P. Barile, Il soggetto privato nella Costituzione italiana, Padova, 1953, pp. 140-141; M. Luciani, Economia nel diritto costituzionale, in Digesto disc. pubbl., V, Torino, 1990, pp. 376 ss. (in particolare p. 378), ove il riferimento alle diverse accezioni di "utilità sociale".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ad altre finalità risponde invece, pur nel medesimo ambito dei rapporti fra imprese e lavoratori, l'art. 46 Cost., relativo al diritto di costoro a "collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende"[12]. Precetto, questo, rimasto largamente inattuato nel nostro Paese[13] (a differenza, ad esempio, dell'esperienza della *Mitbestimmung* in Germania[14]), sebbene negli ultimi anni inizi a trovare qualche applicazione, peraltro su un piano diverso, lo strumento del *workers buy-out*[15]. Là dove il virtuoso coinvolgimento dei lavoratori in operazioni di salvataggio – come pure, *mutatis mutandis*, nel caso del *management buy-out*[16] – conferma quanto possa essere opportunamente variegata, in ragione delle peculiarità delle singole situazioni, la declinazione dei tentativi di soluzione della crisi improntati al mantenimento, quanto meno parziale, dei livelli occupazionali.

12 Sul tema v., anche per gli opportuni riferimenti, M. Martone, Governo dell'economia e azione sindacale, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, XLII, Padova, 2006, pp. 109 ss.

13 M. Ricolfi – P. Montalenti, La proposta modificata di quinta direttiva comunitaria sulle società per azioni, in Giur. comm., 1985, I, pp. 256 ss.

14 In argomento, per tutti, G. Portale, Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici, in Riv. dir. comm., 2015, pp. 39 ss.; cui adde più di recente, M. Luciano – C.A. Weber, Le società quotate tra modelli normativi "rigidi" e autonomia statutaria: spunti per un'analisi comparata italo-tedesca, in Riv. dir. soc., 2015, I, pp. 539 ss.; M. Palmieri, La corporate governance delle imprese sociali riformate. Dal multistakeholder approach verso la Mitbestimmung, in Analisi Giuridica dell'Economia, 2018, pp. 125 ss.; K. J. HOPT – R. VEIL, Gli stakeholders nel diritto azionario tedesco: il concetto e l'applicazione. Spunti comparatistici di diritto europeo e statunitense, in Riv. soc., 2020, pp. 921 ss.; e v. anche l'analisi effettuata da P. Garibaldo, I percorsi e gli esiti della Mitbestimmung tedesca, in, AA.VV., La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese, a cura di M. Carrieri – P. Nerozzi – T. TREU, Bologna, 2015, p. 164 ss.

15 In argomento cfr. P. De Martini – S. MonnI, Workers' buyout Corporate Governance e sistemi di controllo, Roma, 2017; S. Pacchi, Una possibile alternativa per la continuità indiretta: l'acquisto dell'azienda da parte dei lavoratori, in AA.VV., Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2021, pp. 23 ss. (pubblicato anche in Ristrutturazioni Aziendali, 30 giugno 2021), nonché, in precedenza, per una rassegna di dati in materia, AA.VV., Workers buyout: un fenomeno in crescita, in Bancadati.ItaliaLavoro.it, 26 febbraio 2016 e, per un profilo specifico in ambito cooperativo, G. Di Cecco, Il diritto di "prelazione" previsto dalla disciplina italiana del "workers buyout" a favore delle cooperative costituite dai lavoratori delle imprese in crisi, in Fallimento, 2016, pp. 633 ss.

16 Fra i contributi aziendalistici in materia cfr. M. Wright – J. Coyne, Management buy-outs, London, 1985; M. Fazzini, Turnaround management, Milano, 2020. Per il caso applicativo più recente v. L. Galvagni, Conforama, tre manager acquistano l'azienda, in Sole 24Ore del 25 maggio 2022, p. 32.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 17

Il concordato preventivo prima della riforma, dati empirici

Alessandro Danovi

SOMMARIO: 17.1 Il concordato preventivo nell'originaria formulazione – 17.2 Il concordato preventivo post 2005 – 17.3 Esito delle procedure – 17.4 Soddisfacimento dei creditori – 17.5 Conclusioni

17.1 Il concordato preventivo nell'originaria formulazione

Nell'originaria formulazione del 1942 il concordato preventivo era l'alternativa concessa all'imprenditore "onesto ma sfortunato" per evitare il fallimento, sia in ottica liquidatoria che di continuità. La procedura prevedeva oltre ad un requisito di meritevolezza dell'imprenditore, la necessaria promessa dell'integrale pagamento del credito privilegiato e del 40% del credito chirografario.

Il concordato si declinava, infatti, in due forme tipiche, potendo prevedere alternativamente:

- l'offerta di garanzie di pagare almeno il 40% dei creditori chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato, oltre agli interessi se era previsto un tempo più lungo (c.d. concordato garantito);
- l'offerta della cessione ai creditori di tutti i beni dell'impresa, sempre che una ragionevole valutazione inducesse a ritenere che i creditori chirografari potessero essere soddisfatti nella misura minima del 40% (c.d. concordato con cessione dei beni).

A queste due forme veniva di solito affiancata nella prassi una terza modalità, chiamata di concordato misto. In questo caso il debitore, ai fini del raggiungimento della percentuale del 40%, proponeva contemporaneamente la cessione dei beni dell'impresa e forme tipiche o atipiche di garanzie prestate anche da un terzo. Un esempio molto diffuso era la stipulazione di un contratto di affitto di azienda con impegno all'acquisto ad un prezzo prestabilito. Nella prassi il concordato aveva però una limitata applicazione, essendo i requisiti particolarmente stringenti.

I molti commentatori e le poche analisi empiriche disponibili concordavano nell'individuarne significativi limiti tra cui:

- la durata eccessiva delle procedure;
- l'eccessiva rigidità che, da un lato limitava l'accesso e, dall'altro faceva sì che oltre l'80% dei concordati presentati avvenisse per cessione dei beni;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- l'accesso da parte di imprese ampiamente decotte con un elevato rapporto di *leverage* che rendeva impraticabile ogni prospettiva concreta di risanamento;
- il significativo livello dei costi e la compressione di quanto recuperato dai creditori.

L'analisi empirica forse più ampia sul tema è contenuta in un lavoro del 2015: A. Danovi, G. Brettoni "Il concordato preventivo ante-riforma: un'analisi empirica sull'efficienza della procedura" in "Il concordato preventivo: riflessioni teoriche", *I Quaderni della Scuola di Alta Formazione* n. 57/2015. In tale contributo era esaminato un campione di 542 concordati, ammessi nel periodo dal 1989 al 2002 presso 6 tribunali: Milano, Brescia, Monza, Busto Arsizio, Sassari e Bergamo, relativi ad un arco temporale di tredici anni (1989-2002), integrato con il lavoro di G. Bertoli ("Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concordato preventivo nell'esperienza del Tribunale di Brescia", in *Rivista dei dottori commercialisti*, n. 6/2000) sull'efficienza del tribunale di Brescia, usato come base informativa secondaria.

I dati mostravano come il concordato con cessione dei beni fosse richiesto da oltre l'80% delle imprese per le quali è stata accolta la domanda di ammissione alla procedura.

Le altre tipologie si caratterizzano per la molto minore frequenza (particolarmente ridotto è il numero di concordati per garanzia, considerati poco appetibili per le imprese debitrici) (*v. riquadro 1*).

Sotto il profilo dell'esito, il concordato per garanzia presentava invece le maggiori possibilità di successo (circa il 50% dei casi) contro una media del 23% del campione di procedure eseguite regolarmente, mentre quelle che erano ancora in corso al momento delle rilevazioni (217) rappresentano il restante 42%.

Per circa il 35% dei concordati (181 casi) alla data della rilevazione si era avuta la conversione in fallimento.

Un po' diversi i dati noti in letteratura relativi ai tribunali di Ancona, La Spezia, Lodi, Milano, Napoli e Piacenza, per i quali le procedure avviate e successivamente sfociate in fallimento ammontano in media a circa il 50%, quelle regolarmente eseguite a circa il 14% e quelle ancora in corso al 35% (Barontini R., "Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali", in Caprio L. (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia*, Milano, Medio credito Lombardo 1997).

Un'analisi divisa per i tribunali oggetto di indagine mostra come il fallimento rappresentasse mediamente la conclusione nel 47% dei concordati ammessi (*v. riquadro 2*). Sotto il profilo della durata i concordati mostravano una relativa efficienza con un tempo medio necessario per la completa esecuzione degli obblighi concordatari di circa 5 anni, comunque inferiore all'allora durata media dei fallimenti.

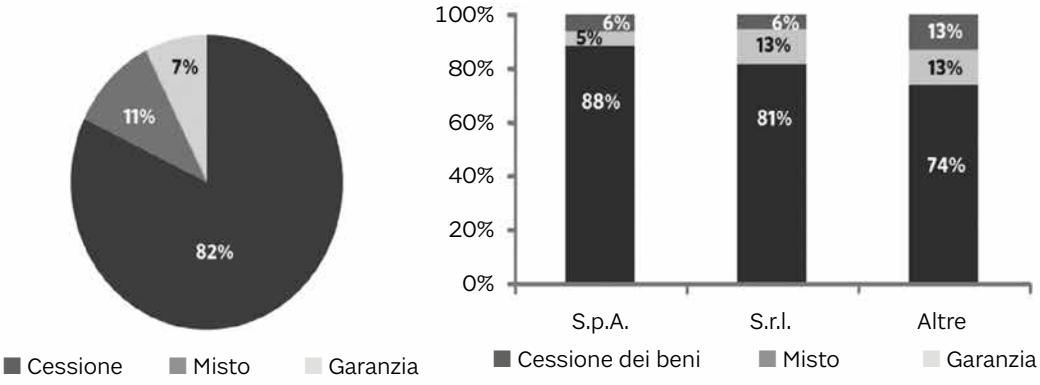
Peraltro, il concordato misto che rappresentava la procedura verosimilmente più favorevole al ceto creditorio, presentava anche i tempi di esecuzioni più elevati.

Dall'analisi empirica nasceva, invece, un giudizio favorevole sul soddisfacimento dei creditori. Nel campione tutte le forme di concordato, quando portati a termine, garantivano risultati prossimi, non tenendo in considerazione il valore finanziario del tempo, al 60% del credito chirografario ammesso al passivo (*v. riquadro 3*). I dati empirici sembravano quindi indicare come il concordato preventivo:

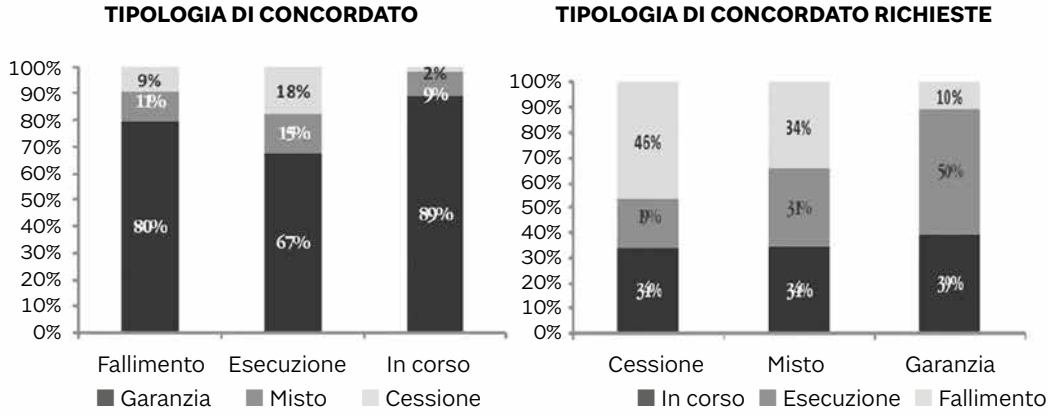
- fosse scarsamente utilizzato;
- nella metà circa dei casi (o poco meno) sfociasse comunque in fallimento;
- dove invece fosse correttamente utilizzato, portasse a risultati favorevoli per i creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1. TIPOLOGIA DI CONCORDATO RICHIESTA (%)



2. ESITI DELLE DOMANDE



3. SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI PER TIPOLOGIA DI CONTRATTO

Tipologia	Passivo totale	Soddisfacimento	%
Cessione	908.343.717	614.765.923	67,7%
Misto	74.821.731	46.760.742	62,5%
Garanzia	18.569.059	11.033.22	59,4%

17.2 Il concordato preventivo post 2005

Come è noto, la riforma del 2005 ha significativamente modificato il contesto precedente, trasformando il concordato preventivo in una procedura di largo utilizzo quale alternativa al fallimento, soprattutto negli anni di massima portata della crisi e dopo le modifiche del 2012 con l'introduzione del concordato in bianco (*v. riquadro 4*). Anche per la situazione *post* riforma non sono

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

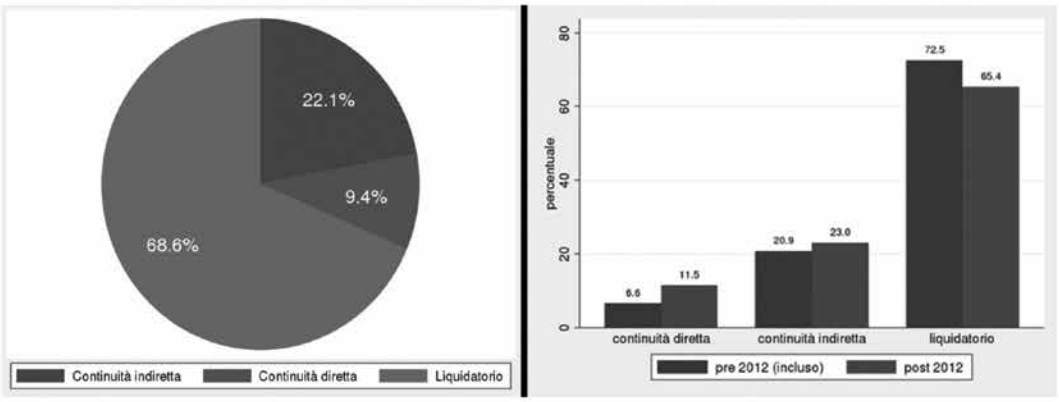
molte le ricerche empiriche disponibili. I lavori probabilmente più completi sono basati su un dataset costituito dall'OCRI con il supporto del CESPEC nell'ambito del progetto CO.DIRE. finanziato dall'Unione Europea. Il campione è costituito da circa 3.350 procedure di concordato preventivo nel periodo 2009-2015, pari a circa il 35% di quelle complessivamente ammesse in Italia negli stessi anni (Danovi A., Giacomelli S., Rodano (2018), "Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa. Il concordato preventivo" in *Questioni di economia e finanza*: Banca d'Italia 2018). Da questa analisi si apprende come, nonostante l'intenzione del liquidatore di incentivarne l'utilizzo a fini risanatori, l'uso che è stato fatto del concordato in prevalenza è largamente a fini liquidatori (69% dei casi), ancorché negli ultimi anni si sia assistito ad un incremento della "continuità", specie per le imprese di dimensioni maggiori. In particolare, la continuità diretta è riscontrabile nel 9% dei casi, mentre la continuità indiretta – con proseguimento dell'attività in capo a un soggetto terzo – ricorre nel 21% dei casi. Confrontando la ripartizione prima e dopo il 2012, si nota un incremento di circa 7 punti della quota di concordati in continuità, prevalentemente in continuità diretta (*v. riquadro 5*).

4. LE PROCEDURE CONCORSUALI AVVIATE IN ITALIA

	Fallimenti	Concordati	Accordi di ristrutturazione
2010	11.118	1.027	76
2011	12.040	975	137
2012	12.451	1.119	165
2013	14.052	2.279	246
2014	15.629	1.828	314
2015	14.695	1.415	392
2016	13.480	817	488
2017	12.013	592	nd
2018	11.205	500	nd
2019	11.110	525	nd
2020	7.594	430	nd

Fonte: Cerved Group osservatorio 4Q marzo 2021 n. 43

5. FINALITÀ DEL CONCORDATO



Fonte: Danovi et al., 2018

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sotto il profilo dimensionale le imprese che ricorrono al concordato sono in media più grandi delle imprese sottoposte a fallimento, ma più piccole delle imprese che propongono accordi di ristrutturazione. Le imprese che tramite il concordato si prefiggono di proseguire l'attività si caratterizzano per maggiore dimensione e per condizioni economico-finanziarie relativamente migliori (redditività, grado di indebitamento).

Le imprese in concordato in continuità hanno anche rapporti creditizi con un numero maggiore di banche e la loro esposizione complessiva è maggiore rispetto alle imprese in concordato liquidatorio.

17.3 Esito delle procedure

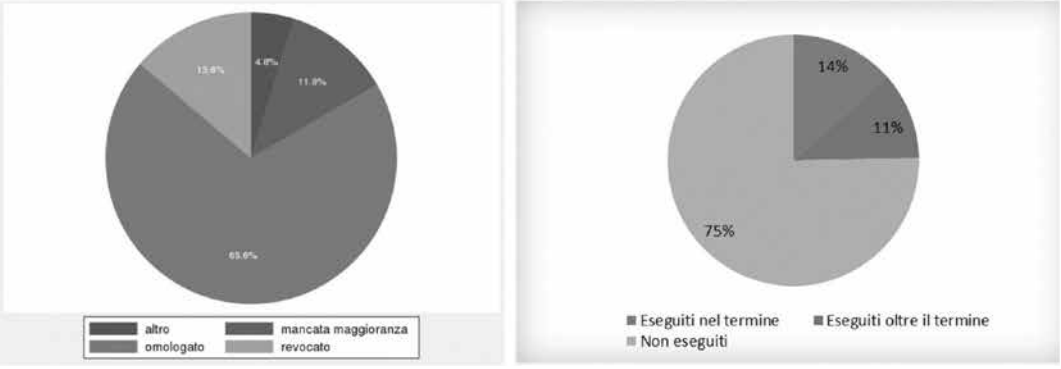
L'analisi delle tempistiche mostra una durata della fase giudiziale mediamente di 10 mesi, di poco superiore alle previsioni di legge, ma con un'elevata variabilità tra i diversi tribunali. L'orizzonte temporale previsto nei piani di concordato è in media pari a tre anni, ma il termine non è quasi mai rispettato.

La percentuale di concordati per i quali quanto previsto nel piano è effettivamente realizzato è pari a meno di un quarto. I concordati che vengono omologati sono su base nazionale il 70% con un'elevata variabilità tra i diversi tribunali: dal 46 all'82% circa. Nel 12% dei casi non sono state raggiunte le maggioranze per l'approvazione da parte dei creditori; nel 14% dei casi il concordato è stato revocato; la restante quota di casi (5%) include le rinunce da parte del proponente. Dopo l'omologa si pone il tema dell'esecuzione.

Nella ricerca, considerando i concordati per i quali il termine per l'esecuzione indicato nel piano è scaduto, meno di un quarto risultano eseguiti, di cui poco più della metà entro il termine. Come è noto, ciò non comporta necessariamente la risoluzione in mancanza dell'interesse dei creditori a richiederla.

L'analisi del database porta a pensare che per molti concordati la mancata esecuzione (o il ritardo) sia dipesa, ad esempio, dalla difficoltà di realizzo del patrimonio immobiliare. In caso di mancato rispetto dei termini, la risoluzione del concordato è richiesta nel 17% dei casi (con maggiore frequenza nei concordati in continuità diretta 30%) (*v. riquadro 6*).

6. ESITO DELLE PROCEDURE



Fonte: Danovi et al., 2018

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

17.4 Soddisfacimento dei creditori

Anche la citata ricerca, da cui provengono i dati qui riportati, sconta il problema della minore disponibilità di dati relativi all'esecuzione. E' questo un tema di carattere generale, correlato alle tipologie di rilevazioni e ai lunghi tempi di esecuzione dei concordati poiché per i concordati più recenti l'esecuzione del piano non è ancora giunta a termine.

Nondimeno, per un limitato campione è possibile calcolare i tassi di recupero.

In generale i piani concordatari propongono percentuali di soddisfacimento pressoché integrali per il privilegio e percentuali per il chirografo complessivamente prossime al minimo di legge del 20%.

Tali percentuali non sono sempre rispettate. I tassi di recupero effettivi per il chirografo sono inferiori a quelli proposti nel 50% dei concordati (il tasso effettivo è in media pari al 60% di quello proposto).

Si osserva che nei concordati eseguiti (o in corso di esecuzione) il recupero dei crediti garantiti è pressoché integrale in tutte le tipologie di concordato. Per i crediti non garantiti i tassi di recupero variano dal 18% per i concordati liquidatori, al 37% per i concordati in continuità diretta (il 23% per quelli in continuità indiretta) (*v. riquadro 7*).

Analisi di regressione mostrano la correlazione tra maggiori probabilità di omologa o soddisfacimento dei creditori e il minore grado di "cronicità della crisi" al momento dell'apertura del concordato, misurata con il tempo trascorso dalle prime difficoltà persistenti che l'impresa incontra nell'adempiere agli obblighi nei confronti dei creditori bancari e l'avvio della procedura.

7. TASSI DI RECUPERO NEI CONCORDATI ESEGUITI E APERTI PRIMA DEL 2014 PER I CREDITI CHIROGRAFARI (valori percentuali)

Soggetto	**Liquidatorio**			**Continuità Diretta**			**Continuità Indiretta**		
	Media	Mediana	N	Media	Mediana	N	Media	Mediana	N
Media ponderata tra soggetti	15	10	225	21	19	23	12	8	84
Banche	15	10	214	18	14	22	11	8	80
Fornitori	15	10	220	23	25	23	12	8	83
Fondi Rischio	18	5	65	4	4	4	13	10	26
Privilegi Incapienti	4	4	9	1	1	1	4	1	7
Altro	15	6	139	11	5	13	12	6	56

17.5 Conclusioni

Le analisi empiriche disponibili, pur con tutti i limiti correlati alle caratteristiche dei campioni costruiti, consentono di formulare alcune considerazioni sull'utilizzo dei concordati, basate sulla osservazione dello svolgimento generale.In estrema sintesi e rinviando alle fonti già citate per i necessari approfondimenti:

› mentre il concordato ante 2005 presentava numerosità trascurabili, in seguito alla riforma, l'istituto è stato significativamente utilizzato;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- l'utilizzo che se ne è fatto è stato largamente liquidatorio (quasi 70% dei casi), ancorché l'utilizzo a fini risanatori è diventato più frequente dopo le modifiche del 2012. Sotto questo profilo i dati empirici mostrano un processo di autoselezione: le imprese che tentano il risanamento sono spesso quelle che presentano dati di partenza (relativamente) migliori e maggiori dimensioni;
- a livello nazionale nel 70% dei casi i concordati sono stati omologati poiché creditori e organi della procedura hanno condiviso la realizzabilità della proposta formulata dal debitore.

Tale percentuale, seppur molto variabile a seconda dei diversi tribunali, è superiore a quella attestata nel 50% prima del 2005;

- il principale limite rimane la fase di esecuzione. Pochi concordati sono stati eseguiti nei termini e molti di quelli in corso di esecuzione vengono a collocarsi in una sorta di limbo, non avendo i creditori particolare interesse a chiederne la risoluzione. Per quelli eseguiti, le percentuali promesse sono rispettate nella continuità e solo parzialmente nei concordati liquidatori.

Da queste osservazioni matura un convincimento che, come prima della riforma del 2005, lo strumento mantenga una sua validità ed efficacia, specie se raffrontato all'attuale fallimento, ma non sia uno strumento per tutti i casi. In un'ottica di sistema non si può non apprezzare la lungimiranza del legislatore del 2005 che, prima dell'avvio dell'ultima crisi, aveva immaginato di dotare il Paese di più significativi strumenti per la composizione della crisi e il risanamento. Il legislatore della attuale riforma pare aver fatto tesoro dell'esperienza, seppure con una apparente pregiudiziale nei confronti degli eccessi di autonomia privata. In questo senso, le limitazioni poste al concordato liquidatorio rivelano l'auspicio che la nuova liquidazione giudiziale sia più efficace di quanto non fosse il fallimento. È agevole prevedere che l'esclusione del concordato liquidatorio in assenza dell'apporto di significative risorse esterne, ne ridurrà significativamente l'utilizzo.

L'analisi mostra come le risorse esterne fino ad ora siano intervenute in pochi casi e prevalentemente nelle soluzioni che prevedano (in forma diretta o indiretta) la continuità aziendale. Occorrerà inoltre esaminare l'impatto della nuova normativa in termini di possibilità di accesso.

L'esperienza degli ultimi anni vede una scelta degli strumenti di gestione della crisi legata alle caratteristiche delle imprese, oltre che al livello della crisi: le imprese che utilizzano strumenti negoziali sono in genere più grandi e strutturate. In questo senso molta dell'efficacia della riforma dipenderà dalla capacità del sistema Paese di recepire nel complesso le novità per cercare di sviluppare la desiderata cultura anticipatoria della crisi. Il ruolo delle soluzioni concordatarie, pur ridotto rispetto all'attuale, rimarrà comunque rilevante.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE VI

La procedura di liquidazione giudiziale

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

La cessazione dell'attività del debitore

Martino Amadardo

SOMMARIO: 1.1 Cessazione dell'impresa – 1.2 Morte del debitore prima dell'apertura della liquidazione giudiziale – 1.3 Morte del debitore dopo l'apertura della procedura

Collocato tra le prime disposizioni in merito alla liquidazione giudiziale, come già la corrispondente disciplina nella legge Fallimentare (articoli 10 ss.), il Capo III del Codice (articoli 33-36) regola, da una parte, il rapporto tra l'apertura della procedura concorsuale e la cessazione dell'impresa dovuta o alla precedente cessazione dell'attività (articolo 33) o alla morte del debitore (articolo 34) e, dall'altra, le conseguenze della morte del debitore successiva all'apertura della procedura concorsuale.

1.1 Cessazione dell'impresa

Quanto alla cessazione dell'impresa, l'articolo 33 CCI, che riprende la disciplina dell'articolo 10 legge Fallimentare e positivizza le integrazioni e interpretazioni giurisprudenziali consolidatesi nel vigore della legge Fallimentare, stabilisce (comma 1) un termine annuale dall'interruzione dell'attività imprenditoriale entro il quale la procedura concorsuale può essere aperta e (comma 2) la presunzione legale, in alcuni casi relativa (comma 3), sull'individuazione del *dies a quo* dell'effettiva cessazione (la cessazione dell'attività del debitore, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla stessa, o la manifestazione dell'insolvenza, se successiva alla cessazione dell'attività).

Tra le novità nella formulazione possiamo rilevare:

› il riferimento alla "cessazione dell'attività" e non più alla sola "cancellazione dal registro delle imprese" quale *dies a quo*; dall'esame della relazione accompagnatoria allo schema del decreto delegato 14/2019, la modifica sarebbe tesa a coordinare queste disposizioni con la disciplina dell'insolvenza transfrontaliera (ricordando inoltre che il criterio adottato dal Codice per la determinazione di giurisdizione e competenza per l'apertura della procedura concorsuale - in ossequio alle istanze di origine europea - è rappresentato dal centro degli interessi principali *ex* articolo 26 ss. CCI), con una particolare attenzione ai casi di trasferimento della sede all'estero che, pur determinando una cancellazione dal Registro delle imprese italiano, non implica cessazione dell'attività (e quindi a evitare un "cortocircuito" normativo che impedisca l'apertura della procedura concorsuale quando tra l'altro il centro

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di interessi principali, nuovo criterio di determinazione di giurisdizione e competenza - si veda *infra* - resti nel Paese);

› meno innovativo lo specifico riferimento agli imprenditori che non siano iscritti in quanto, come detto, si tratta della positivizzazione della consolidata giurisprudenza e dottrina in tema (*ex multis* Cassazione 8 settembre 2003, n. 13070), in applicazione del criterio di conoscenza degli atti di cui è prescritta l'iscrizione di cui all'articolo 2193 del Codice civile. Come anticipato, la legge Fallimentare declina il *dies a quo* da cui far decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento unicamente nella data di cancellazione dal registro imprese (e così il comma 2, primo periodo dell'articolo 33 CCI) mentre nulla dice in merito a soggetti che non siano iscritti (si pensi al caso delle società di fatto) e la giurisprudenza colma la lacuna applicando il criterio della conoscenza di fatto dell'insolvenza. Il secondo comma dell'articolo 33 CCI raccoglie questa interpretazione e così aggiunge che il *dies a quo* per l'imprenditore non iscritto al registro decorre dal momento in cui i terzi abbiano conoscenza della cessazione dell'attività;

› all'ultimo periodo del comma 2 è fatto obbligo all'imprenditore di mantenere il domicilio digitale (ossia il servizio di recapito certificato o la Pec comunicati al registro pubblico IniPec) per un anno a decorrere dalla cancellazione, superando in tal modo le criticità sollevate negli ultimi anni con il passaggio alle notifiche in via telematica.

Come anticipato, resta invece - come già all'articolo 10, comma 2, legge Fallimentare, il carattere relativo della presunzione del comma 2 in caso di impresa individuale o cancellazione d'ufficio di società: il ricorrente può dimostrare che il *dies a quo*, ossia l'effettiva cessazione dell'attività d'impresa, sia diverso dalla - e nel concreto, successivo alla - data di cancellazione dal registro.

È poi opportuno segnalare che il diverso riferimento al "debitore" nella legge Fallimentare e all'"imprenditore" nel Codice non appare significativo, applicandosi l'articolo 33 CCI alla sola liquidazione giudiziale (solo l'imprenditore commerciale è soggetto a tale procedura e le disposizioni sulla liquidazione controllata del sovraindebitato di cui all'articolo 268 ss. non richiamano l'articolo in esame).

LA CESSAZIONE DELL'ATTIVITÀ ESCLUDE LA LEGITTIMAZIONE AD ACCEDERE ALLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI

Per quanto esuli dal presente contributo dedicato alla liquidazione giudiziale, si segnala un'ulteriore novità su altro tema affrontato da giurisprudenza e dottrina nel contesto della legge Fallimentare: si tratta della possibilità di ricorrere al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione del debito da parte del debitore la cui attività imprenditoriale sia cessata (evidentemente quale strumento di reazione all'istanza successiva alla cancellazione dal registro delle imprese). L'articolo 33, comma 4 CCI, vieta espressamente di ricorrere a questi strumenti: conseguentemente la cessazione dell'attività (che, nel caso di società, è declinata nella cancellazione dal registro delle imprese) esclude la legittimazione ad accedere alle altre procedure concorsuali (in particolare al concordato preventivo, all'omologazione accordi di ristrutturazione del debito e, a seguito della modifica introdotta con l'articolo 6 comma 1, Dlgs 147/2020, al concordato minore) con relativa assunzione del rischio da parte dell'imprenditore insolvente che intenda ricorrere proprio alla cessazione dell'impresa per sottrarsi alla disciplina dell'insolvenza.

1.2 Morte del debitore prima dell'apertura della liquidazione giudiziale

L'articolo 34 CCI disciplina le condizioni e gli effetti della liquidazione giudiziale in relazione a un debitore già defunto. Si sottolinea come il riferimento al "debitore" rispetto all'«impren-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ditore» in questo caso assuma uno specifico significato, assoggettando alla relativa disciplina anche le procedure che interessino per esempio i soci illimitatamente responsabili di società di persone.

La nuova disposizione ricalca la disciplina dettata dall'articolo 11 legge Fallimentare:

- il comma 1 richiama il termine annuale dettato dall'articolo 33 CCI, riferito qui alla morte del debitore, decorso il quale non è possibile aprire la procedura di liquidazione giudiziale nei confronti del defunto; si segnala soltanto che il preciso riferimento alla "liquidazione giudiziale" sembrerebbe precludere l'applicabilità alla liquidazione controllata del sovraindebitato, salvo non si argomenti per *analogia legis*;
- il comma 2 legittima l'erede a chiedere l'apertura della procedura; rispetto alla omologa disposizione della legge Fallimentare (articolo 11, comma 2, primo periodo), al presupposto della mancata confusione dell'eredità con il patrimonio dell'erede (e quindi, se vi sia stata accettazione, che sia avvenuta con beneficio di inventario) è stato aggiunto l'interesse all'apertura della procedura che l'erede stesso dovrà dimostrare in sede di ricorso;
- il comma 3, rispetto alla precedente disciplina (articolo 11, comma 2, secondo periodo, legge Fallimentare), richiede ora all'erede almeno il deposito di una relazione sulla situazione economico-patrimoniale aggiornata, con esclusione dell'ulteriore documentazione di norma richiesta in caso di apertura della procedura *ex* articolo 39 CCI;
- infine, il comma 4, con la medesima formulazione dell'articolo 11, comma 3 legge Fallimentare, stabilisce la cessazione degli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto ai sensi del Codice civile.

1.3 Morte del debitore dopo l'apertura della procedura

Quanto invece alla morte che intervenga a procedura in corso, gli articoli 35 e 36 CCI sono formulati sostanzialmente in continuità con l'articolo 12 legge Fallimentare; la procedura prosegue nei confronti:

- dell'erede, anche se abbia accettato con beneficio di inventario, e in presenza di più eredi, nei confronti di quello designato dagli stessi - o in difetto di accordo, dal giudice delegato entro quindici giorni dalla morte - rappresentante;
- del curatore dell'eredità giacente nel caso appunto di eredità giacente *ex* articolo 528, comma 1 del Codice civile;
- dell'amministratore nominato in caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva (come oggi è riportato anche nella rubrica dell'articolo 36 CCI) ma anche in caso di erede o legatario inadempiente rispetto all'obbligo di prestare la garanzia disposta nelle ipotesi rispettivamente di disposizione testamentaria risolutivamente condizionata o di legato sotto condizione sospensiva o termine (iniziale o finale).

Si segnala, per mera completezza, che con il Dlgs 147/2020 è stato risolto il dubbio interpretativo sulla prima versione dell'articolo 35, che nell'indicare la procedura concorsuale in corso alla morte del debitore, richiamava una generica "liquidazione concorsuale". La nuova formulazione sostituisce tale espressione con uno specifico riferimento sia alla liquidazione giudiziale sia alla liquidazione controllata del sovraindebitamento (confermando così l'interpretazione dei primi commentatori che estendeva a quest'ultima procedura).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

Il ricorso: legittimazione attiva e contenuti

Martino Amadardo

SOMMARIO: 2.1 Le modifiche al Codice – 2.2 La legittimazione attiva – 2.3 Contenuti del ricorso del debitore per l'accesso alle procedure

Una delle principali novità del Codice della crisi d'impresa, nonché principio della riforma dettato dall'articolo 2, comma 1, lettera *d)*, della legge delega, è il rito uniforme di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza. Il rito uniforme viene disciplinato dal Capo IV del Titolo III, che inizia con gli articoli 37-39 oggetto di questo contributo in tema di iniziativa per l'accesso.

2.1 Le modifiche al Codice

In via preliminare si segnala come le modifiche apportate dal recente Dlgs 83/2022 agli articoli 37-39 siano principalmente modifiche di coordinamento (così l'analisi tecnico-normativa accompagnatoria allo schema di decreto). In sostanza, sono stati sostituiti i riferimenti alle "procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza", con cui venivano indicati gli istituti disciplinati dal codice nella sua prima versione, con il riferimento:

- agli "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza", richiamando così la definizione introdotta proprio dal Dlgs 83/2022 all'articolo 2 comma 1, lettera *m-bis* CCI in occasione del recepimento della direttiva (UE) 2019/1023;
- alla liquidazione giudiziale (così all'articolo 37); o
- alle "procedure di insolvenza" (così all'articolo 38, comma 2 e 39) richiamando il Reg. (UE) 2015/848.

Piuttosto occorre segnalare come gli articoli 38 e 39 siano stati in parte modificati con integrazioni non di mera forma dal Dlgs 147/2020 e tali variazioni siano rimaste nella versione vigente, modificate o integrate dalla nuova definizione sopra descritta. In particolare:

- all'articolo 38 sono stati introdotti il terzo e il quarto comma sulla facoltà di intervento del pubblico ministero nei procedimenti volti all'acceso di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza- facoltà originariamente non esplicitata[1] (v. *infra*);

1 Nella prima versione del Codice, infatti, non era esplicitato che il pubblico ministero disponesse di un'autonoma facoltà di intervento in tutti i procedimenti relativi all'apertura di procedure di regolazione della crisi e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› all'articolo 39 è stato ampliato il novero della documentazione e delle informazioni che il debitore deve depositare per accedere agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza[2] (v. *infra*); inoltre è stato aggiunto un rimando all'elenco di atti di straordinaria amministrazione descritti dall'articolo 94, comma 2, CCI[3] (in tema di autorizzazione del giudice delegato nel contesto del concordato preventivo) per individuare gli atti degli ultimi 5 anni, oggetto di relazione riepilogativa da depositarsi insieme alla già menzionata documentazione.

LA DEFINIZIONE DI "STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA"

"le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi."

2.2 La legittimazione attiva

Entrando nel merito dell'iniziativa di accesso al rito uniforme, l'articolo 37 stabilisce:

› lo strumento con cui si introduce la domanda di accesso, ossia il ricorso;

› i soggetti legittimati a proporlo. I principali e rilevanti cambiamenti rispetto alla legge Fallimentare riguardano questo secondo aspetto. Nel vigore della legge Fallimentare solamente il debitore era legittimato a depositare il ricorso per l'accesso al concordato preventivo, anche in forma prenotativa, e per l'accesso alla procedura di sovraindebitamento come pure a depositare gli accordi di ristrutturazione del debito ai fini dell'omologa del tribunale. Quanto al fallimento, invece, oltre al debitore, il principale ricorrente era notoriamente il creditore; era poi legittimato il pubblico ministero ma nelle sole

dell'insolvenza, circostanza che poteva sollevare dubbi sull'estensione di tale legittimazione. Peraltro, considerato il venir meno dell'allerta a seguito delle modifiche apportate nel 2022 - all'esito negativo della quale, si ricorda, il PM avrebbe dovuto ricevere un'informativa proprio al fine di promuovere la liquidazione giudiziale - l'esplicitazione in esame assume ancora più rilievo.

2 Con il Dlgs 147/2020 sono stati aggiunti, tra i documenti da depositare a cura del debitore per l'accesso a procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, le dichiarazioni Irap e Iva relative agli ultimi tre anni precedenti (o intera durata dell'attività se minore). Inoltre, si è precisato che gli elenchi dei creditori e di coloro che vantino diritti reali e personali su cose nel possesso del debitore debbano indicare il domicilio digitale di tali soggetti.
Nel caso il debitore depositi la domanda di accesso "con riserva" di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a) (con cui viene chiesto il termine per depositare la proposta di concordato o la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o infine la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione), di tali integrazioni documentali e informative è tenuto a depositare tempestivamente le dichiarazioni Irap - qualora impresa non tenuta alla redazione del bilancio- e il domicilio digitale dei creditori - la restante parte può essere depositata successivamente nel termine concesso dal Tribunale.

3 Elenco che non può intendersi tassativo visto che comprende la formulazione di chiusura: "[...] e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione" ma perlomeno identifica un contenuto minimo della relazione ("i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni").

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ipotesi di acquisizione della notizia nel corso di un procedimento penale (o comunque dall'individuazione di una serie di comportamenti del debitore potenzialmente rilevanti ai fini penali) o su impulso del giudice civile. Come noto, la limitazione alla legittimazione del pubblico ministero è stata uno dei principali *driver* della riforma "copernicana" della legge Fallimentare del 2006, che mise al centro dell'universo concorsuale l'imprenditore, i creditori e il curatore, motori delle diverse procedure concorsuali, e attribuì alla magistratura requirente e giudicante un ruolo di controllo e di custode della legalità. Molti commentatori sostengono che l'esito di quella riforma, sotto il profilo della responsabilizzazione dell'impresa e dei creditori, auspicato contraltare della "privatizzazione" del sistema, sia stato parzialmente fallimentare. A eccezione di creditori strutturati quali i creditori istituzionali (istituti di credito, loro mandatari, enti pubblici e l'agente della riscossione), i creditori privati hanno preferito continuare a lasciare alla curatela e alla magistratura il ruolo principale, ritenendo una partecipazione attiva inefficiente (in termini di costo rispetto al soddisfacimento atteso del proprio credito - astrattamente indipendente dal grado di coinvolgimento e dal contributo alla gestione della procedura concorsuale) e inefficace (per limiti ai poteri di autorizzazione e approvazione ad essi destinati e soprattutto per una sostanziale asimmetria informativa derivante dalla fisiologica estraneità a una gestione e supervisione continua del curatore e del giudice delegato). Conseguentemente i creditori si sono ridotti il più delle volte ad accettare passivamente quanto proposto dalla curatela e a fidarsi dell'attività della magistratura e dei suoi ausiliari.

Quanto invece ai debitori, a volte hanno subito la schizofrenia normativa e interpretativa di questi anni; a volte hanno tratto consistente vantaggio da aree grigie, dall'apatia dei creditori e dall'assuefazione degli operatori del settore a certe prassi. Anche da questi rilievi sono nate le istanze tese a espandere nuovamente il ruolo della magistratura requirente. Sotto altro profilo, un altro *driver* di matrice comunitaria della riforma, quale la necessità di anticipare la manifestazione e la gestione della crisi (in quanto elemento statisticamente correlato al miglior soddisfacimento dei creditori e a un più efficace salvataggio dell'impresa), ha portato all'introduzione di:

- doveri e meccanismi di controllo in capo agli organi societari "indipendenti" deputati alle attività di *audit*;
- doveri di monitoraggio di autorità di vigilanza di settore;
- doveri di segnalazione di quei creditori pubblici qualificati, naturali destinatari di informazioni sensibili sullo stato di salute dell'impresa, quali l'Agenzia delle Entrate, l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, l'Inps e l'Inail (anche considerato che i mancati versamenti di Iva e contributi previdenziali sono tra i sintomi tipici e anticipatori della crisi).

LE AUTORITÀ DI VIGILANZA DI SETTORE

Tra i legittimati a proporre il ricorso vengono menzionate le autorità di vigilanza: non si tratta tanto dell'Agenzia delle Entrate (che rientra nella categoria dei creditori) quanto delle autorità di vigilanza di settore, per quanto occorra ricordare che gran parte delle imprese soggette a vigilanza delle principali autorità (Consob, Banca d'Italia e Isvap e garanti) sono sottratte alla disciplina della liquidazione giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel disegnare tali sistemi di controllo - per quanto sostanzialmente riformulati nel 2022 con l'eliminazione dell'allerta

- il legislatore ha coerentemente allargato la legittimazione ad attivare la liquidazione giudiziale e tali istanze sono state accolte nel Codice negli articoli 37 e 38 in commento. L'articolo 37 prevede:
- al comma 1, la **legittimazione del debitore** ad accedere agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
- al comma 2, la **legittimazione concorrente** alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale in capo a:
  - debitore,
  - organi e autorità amministrative con funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa,
  - creditori,
  - pubblico ministero, cui viene altresì specificamente dedicato l'articolo 38 CCI.

Quanto agli **organi e** alle **autorità amministrative con funzioni di controllo e vigilanza**, come già anticipato, si tratta in parte di soggetti cui l'articolo 25 *octies* CCI assegna compiti di controllo, ossia il collegio sindacale, il sindaco unico e il revisore legale.

Questi sono tenuti a segnalare all'organo amministrativo della società la potenziale situazione di crisi affinché si dia luogo alla nomina dell'esperto indipendente ai sensi dell'articolo 17 CCI e iniziare così il procedimento di composizione negoziata. Si rileva come, dopo tale onere, non sia previsto un ulteriore onere di attivazione per il ricorso per l'accesso alla liquidazione giudiziale qualora la composizione negoziata termini senza il raggiungimento di un accordo, né d'altra parte siano previste forme di sanzione o di sostanziale incentivazione ad azioni tese a sollecitare o attivare una gestione proattiva della crisi. L'unica disposizione in merito rimasta dopo le modifiche del 2022 (eliminato l'impianto relativo all'allerta e alla procedura di composizione) è il secondo comma dell'articolo 25 *octies* secondo cui la tempestiva segnalazione e la vigilanza nel corso della composizione negoziata sono tenute in considerazione nella valutazione di eventuali responsabilità dell'organo di controllo ai sensi dell'articolo 2407 Cc. Di fatto, un passo indietro rispetto all'esonero da responsabilità (e non una generica ricomprensione tra le circostanze valutabili) stabilito dall'articolo 14 del CCI nella versione originale[4]. Se già si nutrivano dei dubbi sull'effettiva portata del coinvolgimento dell'organo di controllo (considerato che l'esonero interveniva in un momento già fisiologicamente precedente alla composizione della crisi - ossia la segnalazione all'imprenditore - e non erano previsti ulteriori oneri in capo all'organo di controllo), a maggior ragione con il testo in vigore è lecito domandarsi quanto gli organi di controllo abbiano interesse, non solo a insistere in iniziative destinate a rendere manifesta la crisi dopo la segnalazione all'imprenditore, ma pure alla segnalazione all'organo amministrativo.

4 La disposizione prevedeva infatti che la tempestiva segnalazione all'Ocri costituisse: "causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione [...]".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA GIURISDIZIONE E DELLA COMPETENZA

È utile ricordare presso quale autorità debba essere depositato il ricorso per l'accesso alla liquidazione giudiziale: il legislatore del Codice della crisi, come prescritto dall'articolo 2, comma 1, lettera f) della legge delega 155/2017, ha infatti rivisto la determinazione della giurisdizione e competenza per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, uniformandosi tra l'altro al criterio del centro di interessi principali del debitore (c.d. COMI) sancito in ambito europeo.

La definizione di centro di interessi principali è dettata dall'articolo 2, comma 1, lettera m), ossia è il luogo dove il debitore gestisce i propri interessi in modo

› abituale e
› riconoscibile ai terzi.

L'articolo 27, comma 3, detta peraltro una presunzione relativa secondo cui tale luogo coincida con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale. Con specifico riferimento all'imprenditore non persona fisica viene indicato un ulteriore criterio suppletivo (riferito al legale rappresentante persona fisica) ma, ai fini della liquidazione giudiziale cui è destinato il presente fascicolo, si tratterebbe di ipotesi davvero residuali (per esempio, società di fatto, come tali non iscritte al registro delle imprese e quindi prive di sede legale, di cui non fosse determinabile una sede effettiva dell'attività abituale).

Quanto alla giurisdizione, l'articolo 11 e l'articolo 26 prevedono quella italiana anche per imprese con centro degli interessi principali all'estero, qualora abbiano una dipendenza in Italia e fanno salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea (in particolare il regolamento UE 2015/848 in tema di procedure di insolvenza transfrontaliera, che definisce anche il concetto di dipendenza come: «qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale di insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni»).

Quanto invece alla competenza per materia e territoriale, l'articolo 27 al comma 2 detta la regola generale del tribunale del circondario ove il debitore abbia il centro degli interessi principali. Al comma 1 invece, limitatamente a strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a procedure cui siano assoggettati tra l'altro i gruppi di imprese di rilevante dimensione prevede la competenza del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese individuato con riferimento al centro di interessi principali.

Ricordiamo che i gruppi di imprese di rilevante dimensione vengono definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera i) CCI come i gruppi composti da un'impresa e dalle imprese incluse nel suo bilancio consolidato che rispettino i limiti di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7 della direttiva 2013/34/Ue - ossia gruppi che su base consolidata superino almeno due tra le seguenti soglie:

› attivo patrimoniale: 4 milioni di euro,
› ricavi netti: 8 milioni di euro,
› dipendenti: 50.

Infine, l'articolo 28 sterilizza ai fini della determinazione della competenza gli effetti dei trasferimenti del centro di interessi principali nell'anno precedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale.

Quanto ai **creditori**, rispetto all'impianto della legge Fallimentare occorre ricordare che anche i c.d. «creditori pubblici qualificati» di cui all'articolo 25 *novies* CCI, ossia Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Entrate - Riscossione, Inps e Inail non sono solo legittimati alla proposizione del ricorso ma altresì onerati della segnalazione all'imprenditore di circostanze che possono rappresentare potenziale crisi e l'invito a presentare istanza per l'accesso alla composizione negoziata. Anche in questo caso c'è stato un depotenziamento del sistema di pressione a sollecitare l'emersione della crisi rispetto all'impianto originario del Codice che prevedeva:

› la segnalazione al mai nato Ocri, in caso di inerzia dell'imprenditore e
› l'inefficacia di eventuali titoli di prelazione spettanti a Agenzia delle Entrate e Inps in sede di accertamento del passivo in caso di mancata segnalazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Quanto, infine, al **pubblico ministero**, l'articolo 38, comma 1, CCI stabilisce che questi promuova il ricorso ogni qualvolta abbia notizia di uno stato di insolvenza. Come detto, si tratta di una riappropriazione di un pieno e centrale ruolo di impulso: l'articolo 7 L. Fall., infatti, nell'ammettere la legittimazione del pubblico ministero la limitava a tassative ipotesi di rilevazione dell'insolvenza[5]. D'altra parte, il comma 2 dell'articolo 38 detta l'obbligo per l'autorità giudiziaria di segnalare al pubblico ministero l'insolvenza rilevata nel corso di un qualsiasi procedimento.

Il comma 3, introdotto come già ricordato nel 2020, esplicita invece la **facoltà** (non l'obbligo) di intervento del PM nei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza, durante i quali potrà quindi verificare la sussistenza dell'insolvenza al fine di promuovere tempestivamente, qualora ne ricorrano i presupposti, la procedura di liquidazione giudiziale.

L'ultimo comma è volto infine a garantire economia processuale, consentendo al magistrato dell'ufficio del PM che abbia partecipato al procedimento di primo grado di partecipare anche al secondo grado quale sostituto del Procuratore Generale di Corte d'Appello - organo della magistratura requirente competente per tale grado di giudizio[6].

ESERCIZI E ANNI

Il legislatore non utilizza l'espressione «periodi di imposta» ma «esercizi» e «anni»; per quanto nella maggior parte dei casi l'esercizio (senza voler entrare nel merito se per l'impresa individuale si abbia un vero e proprio esercizio contabile, inteso quale periodo amministrativo convenzionalmente determinato, o sia più corretto effettivamente parlare di anno, visto il dettato inderogabile dell'articolo 2217 del Codice civile) coincida con l'anno solare come il periodo d'imposta, le imprese organizzate in forma societaria possono stabilire che l'esercizio scada nel corso dell'anno; il debitore dovrà quindi depositare anche le dichiarazioni concernenti l'anno solare in cui è scaduto il quarto esercizio precedente ed è iniziato il terzo, in modo garantire uniformità e completezza documentale agli organi della Procedura che dovranno esaminare i dati contabili e fiscali tenendo conto dell'asincronia.

2.3 Contenuti del ricorso del debitore per l'accesso alle procedure

L'articolo 39 CCI riprende parzialmente la disciplina dettata dalla legge Fallimentare all'articolo 14, elencando la documentazione che il debitore è tenuto a depositare congiuntamente al ricorso e la integra con ulteriori documenti e più approfondite informazioni.

Già nel vigore della legge Fallimentare il debitore era tenuto a depositare con il ricorso per la declaratoria di fallimento in proprio questi **documenti**:

› le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti (v. riquadro in alto) ovvero l'intera esistenza dell'impresa se di minore durata;

5 (i) nel corso di un procedimento penale o (ii) da una serie di comportamenti tassativi dell'imprenditore (fuga, irreperibilità, latitanza, chiusura dei locali dell'impresa, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo) o infine (iii) da segnalazione di un giudice che l'avesse rilevata in un procedimento civile.

6 "Ciò sul modello tracciato dall'articolo 570, comma 3, del codice di procedura penale, allo scopo di valorizzare le conoscenze già acquisite in merito alla procedura dal magistrato che ha seguito il procedimento nel primo grado di giudizio" - Così la relazione illustrativa allo schema del Dlgs 147/2020.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività;
- l'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei crediti, corredato dal rispettivo domicilio digitale qualora esistente;
- l'elenco di coloro che vantassero diritti reali e personali su beni in possesso dell'imprenditore con indicazione di tali beni e del titolo da cui sorge il diritto, corredato dal rispettivo domicilio digitale qualora esistente.

LA PROCEDURA PER OTTENERE LA CERTIFICAZIONE DEI DEBITI FISCALI E CONTRIBUTIVI

La certificazione sui debiti fiscali, contributivi e assicurativi è stata introdotta, secondo la relazione accompagnatoria allo schema di decreto delegato del 2017, per rendere più agevole l'istruttoria nei procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.
L'articolo 363 CCI prevede che Inps e Inail rilascino un unico certificato avente a oggetto crediti vantati per contributi e premi assicurativi; l'articolo 364 CCI prevede che l'Amministrazione finanziaria e gli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza rilascino un unico certificato sui debiti risultanti

- da atti,
- da contestazioni in corso e
- da contestazioni già definite per i quali siano ancora in corso i versamenti.

Quanto alla certificazione unica dei debiti contributivi, Inps e Inail hanno definito contenuti e tempi di rilascio (v. determinazione Direttore Generale INPS n. 99 del 14 giugno 2019 cui è allegato il modello di certificazione) nonché la relativa procedura (c.d. "V.E.R.A. e Certificazione dei Debiti Contributivi" di cui al Messaggio INPS 4696 del 28 dicembre 2021 - realizzata sulla falsariga della procedura per l'ottenimento del D.U.R.C.). In particolare il Certificato unico potrà essere richiesto dall'imprenditore tramite apposito servizio del sito www.inps.it (in cui l'imprenditore/il professionista deve essere profilato come legale rappresentante/lavoratore autonomo) e trasmesso via PEC entro 45 giornidalla data di richiesta; il certificato contiene: "la denominazione o ragione sociale, la sede legale e il codice fiscale del debitore; il numero identificativo e la data di effettuazione della richiesta; le esposizioni debitorie consolidate, distinte per gestione previdenziale, numero di posizione contributiva, periodo, importo dei contributi, importo delle sanzioni civili, stato del credito. Il certificato è corredato di un prospetto riepilogativo delle esposizioni debitorie con il dettaglio dei crediti in fase amministrativa e di quelli affidati per il recupero agli agenti della riscossione."
Quanto al Certificato unico debiti tributari (modello e istruzioni approvate con provvedimento Direttoriale dell'Agenzia delle Entrate del 27 giugno 2019), l'istanza deve essere presentata all'ufficio competente in base "al domicilio fiscale del soggetto d'imposta" 7 , anche tramite delegato, a mani o tramite raccomandata o infine a mezzo PEC (all'indirizzo dell'ufficio competente) con modello firmato digitalmente o, assieme alla carta d'identità del soggetto che firma, con firma autografa. Viene rilasciato entro 30 giorni dalla richiesta e, in presenza di debiti fiscali, riporta in un prospetto tali debiti distinti per ammontare e stato della riscossione come da anagrafe tributaria.
Si segnala infine che oltre al debitore, anche il tribunale stesso può richiedere il rilascio dei certificati, come di prassi già avviene per gli estratti di ruolo. In tal modo anche gli altri legittimati a promuovere il ricorso potranno ottenere tale documentazione, formulando istanza al giudice in sede di istruttoria per l'acquisizione dei certificati.

Il **Codice**, oltre a richiedere che l'elenco nominativo dei creditori riporti anche le cause di prelazione (e quindi una distinzione per gradi di prelazione e privilegio), **integra** detto elenco con:

- le dichiarazioni dei redditi, le dichiarazioni Irap e annuali Iva concernenti i tre esercizi precedenti «o anni precedenti» o dell'intera esistenza dell'impresa se di minor durata;

---

7 In caso di errore, tuttavia, l'ufficio che si riconosca non competente trasmette senza indugio la richiesta all'ufficio competente notiziandone il richiedente.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi precedenti o dell'intera esistenza dell'impresa se di minor durata, documenti che di fatto contengono l'indicazione dei ricavi lordi, richiesta dall'articolo 14 legge Fallimentare ed espunta dal nuovo dettato normativo;
- una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;
- un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi (la procedura per ottenere la certificazione è sintetizzata nel riquadro *riportato a in questa pagina*);
- una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore (articolo 39, comma 2 CCI). Il termine dei cinque anni è evidentemente coordinato con il termine di prescrizione per l'azione revocatoria ordinaria e, come si può rilevare dalla relazione accompagnatoria allo schema di decreto delegato, questo documento è stato principalmente introdotto per consentire una più completa valutazione da parte dei creditori della liquidazione giudiziale quale alternativa alle soluzioni di regolazione della crisi proposte dal debitore (ricordando che il rito uniforme si applica a tutti gli strumenti e procedure). Con il Dlgs 147/2020 è stato introdotto un rimando all'articolo 94, comma 2, CCI che elenca gli atti di straordinaria amministrazione soggetti ad autorizzazione del giudice delegato nel concordato preventivo a pena di inefficacia[8].

Quanto all'utilità di tale relazione nella liquidazione giudiziale, è comunque un aiuto per il curatore nella predisposizione del programma di liquidazione (articolo 213 CCI) e nella relazione sulle cause del dissesto (articolo 130 CCI, già articolo 33 legge Fallimentare).

Nel considerare la reale portata degli oneri di produzione in capo al debitore e, soprattutto, l'idoneità di omissioni o scarsa collaborazione del debitore a rallentare l'*iter* di apertura della procedura e il proseguo della stessa, si tenga presente che l'articolo 42 CCI prevede (in caso di concordato preventivo e liquidazione giudiziale) l'acquisizione d'ufficio da parte della cancelleria mediante collegamento diretto dall'Agenzia delle Entrate, Inps e Registro delle imprese degli stessi documenti di cui ai punti 5) e 6) dei precedenti paragrafi nonché:

- l'elenco dei debiti fiscali con separata indicazione di interessi e sanzioni e le informazioni relative ai debiti contributivi (che di fatto sono il contenuto dei certificati di cui al precedente punto 8) e
- la visura storica, gli atti con cui sono state compiute operazioni straordinarie, l'elenco di atti sottoposti a imposta di registro (che consentono in buona parte la ricostruzione degli atti di straordinaria amministrazione descritti nella relazione di cui al precedente punto 9).

Ed è già previsto che tale elenco possa essere ampliato nel tempo. A prescindere dall'effettivo funzionamento e tempestività dei canali di comunicazione previsti, è evidente il rischio che la mole documentale che confluirà nel fascicolo e dovrà essere "processata" dal tribunale e dalle parti sia ridondante e paradossalmente rallenti l'*iter* procedurale. A maggior ragione occorre quindi riflettere sulla efficacia delle integrazioni documentali poste a carico del debitore. Nell'esperienza delle curatele fallimentari, salvo realtà strutturate che peraltro giungevano sempre più spesso al fallimento passando attraverso tentativi di soluzioni concordate (soprattutto dopo l'introduzione del concordato in bianco) e quindi disponevano già di un dossier documentale e informativo ampio e spesso abbastanza completo, eventualmente solo da allineare a un ultimo periodo comunque soggetto alla supervisione del tribunale, era raro che il debitore depositasse tempestivamente i documenti completi richiesti dall'articolo 14 della legge Fallimentare.

8 V. nota 5.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Tendenzialmente l'impresa si trovava già in una situazione di insolvenza talmente conclamata da non poter, nemmeno organizzativamente, produrre informazioni attendibili in tempo; spesso non era nemmeno interessata a farlo. L'ampliamento dell'elenco, soprattutto con la relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria nonché la relazione sugli atti di straordinaria amministrazione nel quinquennio, non cambierà evidentemente questa tendenza. Ad ogni modo, è ragionevole che la norma troverà piena o comunque più compiuta applicazione nelle procedure regolatrici della crisi, mentre nella liquidazione giudiziale troverà efficace realizzazione in quanto "aggiornamento" di un dossier ereditato dalle predette procedure. Il che in astratto pare coerente con l'*iter* "fisiologico" della gestione della crisi auspicato dal legislatore: starà agli operatori di settore e alla magistratura, tuttavia, mantenere questa coerenza logica nell'applicazione del Codice, perché, differentemente, queste come tante altre innovazioni isolatamente considerate e applicate non avranno un impatto utile sulla gestione della crisi riducendosi a ridondanza amministrativa.

A conclusione, pur esulando dal contesto di questo fascicolo sulla liquidazione giudiziale, si segnala che il comma 3 interviene a limitare la documentazione richiesta ai sensi delle disposizioni precedenti per il caso la domanda di accesso "con riserva" di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a), omologo al concordato prenotativo *ex* articolo 161, comma 6 legge Fallimentare (coerentemente allo scopo preventivo e al carattere provvisorio dell'istituto) stabilendo che il debitore depositi esclusivamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (o le dichiarazioni dei redditi e Irap, per imprese non tenute alla redazione del bilancio civilistico quali le società di persone e le ditte individuali) e l'elenco nominativo dei creditori con indicazione di crediti e cause di prelazioni e rimettendo il deposito degli ulteriori documenti sopra elencati al successivo termine assegnato dal tribunale.

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E GRUPPI D'IMPRESE: LA DOMANDA DI ACCESSO

Altra novità del Codice della crisi è la disciplina dedicata ai gruppi di imprese (sollecitata dai regolamenti Ue 2016/451 e 2015/848), tesa a garantire un maggiore coordinamento tra le singole procedure e la possibilità di aprire e gestire procedure unitarie per più imprese. Anche in questo caso, pur esulando dagli articoli in commento, appare opportuna una breve digressione sull'accesso alla liquidazione giudiziale da parte dei gruppi d'imprese.

Preliminarmente si ricorda che il Codice individua i gruppi d'imprese secondo criteri sostanzialmente omologhi a quelli dettati dagli articoli 2497 e 2545 septies del Codice civile, con presunzione relativa di direzione e coordinamento per l'ente tenuto al consolidamento dei bilanci oppure dell'ente che eserciti il controllo.

L'articolo 287 ammette che le imprese del gruppo, qualora abbiano il proprio COMI nel Paese, possano essere assoggettate a procedura unitaria di liquidazione giudiziale su presentazione di un ricorso unico. Qualora il COMI di ciascuna impresa si trovi in circoscrizioni giudiziarie diverse, vale un criterio di priorità cronologica per il quale è competente (e quindi la procedura si aprirà presso) il tribunale ove è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale.

La scelta non sembra particolarmente felice: una regia congiunta della procedura concorsuale nel circondario ove fosse stata presente la sede amministrativa del gruppo o la principale sede operativa, a prescindere dalla declinazione nel COMI, sarebbe stata probabilmente più efficiente. Peraltro occorre considerare che legittimati a depositare il ricorso di accesso alla procedura non sono solo i debitori ma altresì i creditori, gli organi di controllo, gli organismi di vigilanza e il pubblico ministero: nulla sembrerebbe vietare che il ricorso unitario sia depositato da uno di questi soggetti (anzi, l'articolo 289 prevede contenuti integrativi del ricorso solo qualora depositato da imprese del gruppo, lasciando presumere che il ricorso possa essere depositato anche da altri soggetti) e a maggior ragione non necessariamente presso il tribunale nel cui circondario la capogruppo abbia il proprio COMI. Paradossalmente, il legislatore ha effettivamente dettato

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

un criterio di soluzione del conflitto di competenza secondo cui prevale il COMI dell'impresa che eserciti direzione e coordinamento o, in assenza, che presenti la più elevata esposizione debitoria (e potrebbe criticarsi anche questa scelta di individuare quale driver il passivo - il cui accertamento è un'attività in gran parte documentale - e non l'attivo - che invece richiede spesso un'attività sul territorio - si pensi all'inventario e alle visite dei beni destinate ai potenziali interessati). Tuttavia tale criterio, secondo la lettera della legge, si applica esclusivamente alla residuale ipotesi di contemporaneo deposito di ricorsi da parte delle imprese del gruppo (condizione che, con onestà, lascia abbastanza perplessi: anzitutto sembra presupporre situazioni di patologico mancato coordinamento organizzativo nel gruppo; in secondo luogo, non è applicabile se a depositare il ricorso siano soggetti diversi dalle imprese di gruppo; infine, riguarda il solo caso di contemporaneo deposito, talché è sufficiente che una delle imprese del gruppo depositi il giorno prima rispetto alle altre e il semplice criterio di priorità già esaminato spazzerebbe via ogni conflitto). Altro significato avrebbe la disposizione se si fosse riferita al "congiunto" deposito da parte di più imprese del gruppo e non al "contemporaneo" deposito, ma poco cambierebbe nei fatti.

Altra disposizione interessante è il comma 5 dell'articolo 287, che sembrerebbe estendere la legittimazione alla presentazione del ricorso per l'accesso alla liquidazione giudiziale al curatore del gruppo, qualora ravvisi l'insolvenza di un'impresa di gruppo non ancora assoggettata alla procedura unitaria. La disposizione, infatti, prevede che il curatore segnali l'insolvenza agli organi di amministrazione e controllo (evidentemente affinché possano valutare se ricorrere ad alternative procedure di regolazione) ovvero "promuove direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza"; quest'ultima parte potrebbe essere interpretata come l'attribuzione della legittimazione a depositare direttamente il ricorso riguardante l'impresa oppure, secondo una lettura più conservativa dell'autonomia dell'articolo 37, a informare e sollecitare il pubblico ministero.

Quanto ai contenuti del ricorso, l'articolo 289 integra l'articolo 39 CCI nel richiedere il deposito di:

- informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli societari o contrattuali tra le imprese, indicando il soggetto che esercita la direzione e coordinamento individuato ai sensi dell'articolo 2497 bis del Codice civile; peraltro il tribunale (come il curatore successivamente) può richiedere a pubbliche autorità (espressamente menzionata la sola Consob) e a società fiduciarie di fornire le generalità degli effettivi titolari delle partecipazioni;
- bilancio consolidato di gruppo, ove redatto (senza precisare il periodo di riferimento anche se per coerenza sistemica, pare sensato ipotizzare i tre esercizi già previsti per il bilancio di esercizio).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure

Daniele Portinaro

SOMMARIO: 3.1 Elementi caratterizzanti del ricorso e produzione documentale – 3.2 Obbligatorietà della difesa tecnica – 3.3 Deposito della domanda – 3.4 Istruttoria d'ufficio – 3.5 Coordinamento tra le procedure – 3.6 Procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale – 3.7 Accesso alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione di accordi di ristrutturazione – 3.8 Concordato preventivo a seguito del deposito del piano e della proposta – 3.9 Contenuto del decreto di apertura – 3.10 Regime delle impugnazioni

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, come noto, ha disciplinato in maniera organica e complessiva la crisi e l'insolvenza delle persone fisiche e giuridiche, raccogliendo in un unico corpo normativo le procedure concorsuali e introducendo, altresì, un procedimento unitario per il relativo accesso. In particolare, in attuazione dell'articolo 2, comma 1, lettere *e)* e *l)* della legge 155/2017, la riforma ha attuato il principio di unitarietà della procedura diretta ad accertare lo stato di crisi o di insolvenza e all'individuazione della più idonea procedura concorsuale. Nella relazione illustrativa si legge che il procedimento è unico e l'ingresso nella concorsualità è tendenzialmente anticipato a tutela crescente e a protezione progressiva della proposta procedura.

Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza trova la sua disciplina nella Sezione II del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, agli articoli da 40 a 53.

Nonostante la previsione di un procedimento unitario, resta comunque salvo il principio della domanda - nell'unica denominazione di ricorso indipendentemente dalla provenienza - il cui esito rimane condizionato al *petitum* oggetto della domanda medesima.

Nel ricorso, in sostanza, il debitore e gli altri soggetti aventi legittimazione attiva dovranno identificare la procedura alla quale intendono fare accesso.

3.1 Elementi caratterizzanti del ricorso e produzione documentale

Gli elementi caratterizzanti del ricorso ricalcano, pertanto, a tutti gli effetti quelli della domanda di accesso alla procedura concorsuale, così come prevista anche nell'attuale disciplina, posto che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'atto introduttivo dovrà indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni e dovrà essere sottoscritto dal difensore munito di procura (articolo 40, 2 comma CCI).

Con la recente entrata in vigore del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, che modifica del CCI, si prevede che la domanda formulata da una società debba essere approvata dall'organo amministrativo, con decisione verbalizzata da notaio, e sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza della società.

Al ricorso devono essere allegati i documenti indicati nell'articolo 39 CCI. Anche sotto il profilo della produzione documentale emerge il carattere unitario del procedimento posto che la legge 83/2022 racchiude in un'unica disposizione l'elenco dei documenti necessari per l'accesso alla procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza uniformando anche la tipologia di documentazione necessaria rispetto alla procedura prescelta. La sola differenziazione prevista nel Codice si riferisce, infatti, unicamente all'ipotesi in cui l'istante richieda la concessione dei termini per il successivo deposito di un piano o di un accordo di ristrutturazione del debito, in linea con quanto previsto nell'*ex* articolo 161, comma 6 legge Fallimentare.

3.2 Obbligatorietà della difesa tecnica

Il procedimento per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza si svolge **dinanzi al Tribunale** in composizione collegiale avanti al quale, pertanto, confluiscono tutte le domande e le istanze di creditori, pubblico ministero e debitore in vista dell'adozione (o dell'omologazione) da parte dell'organo giurisdizionale

della soluzione alla crisi ritenuta più appropriata, il tutto nel rispetto del principio del contraddittorio.

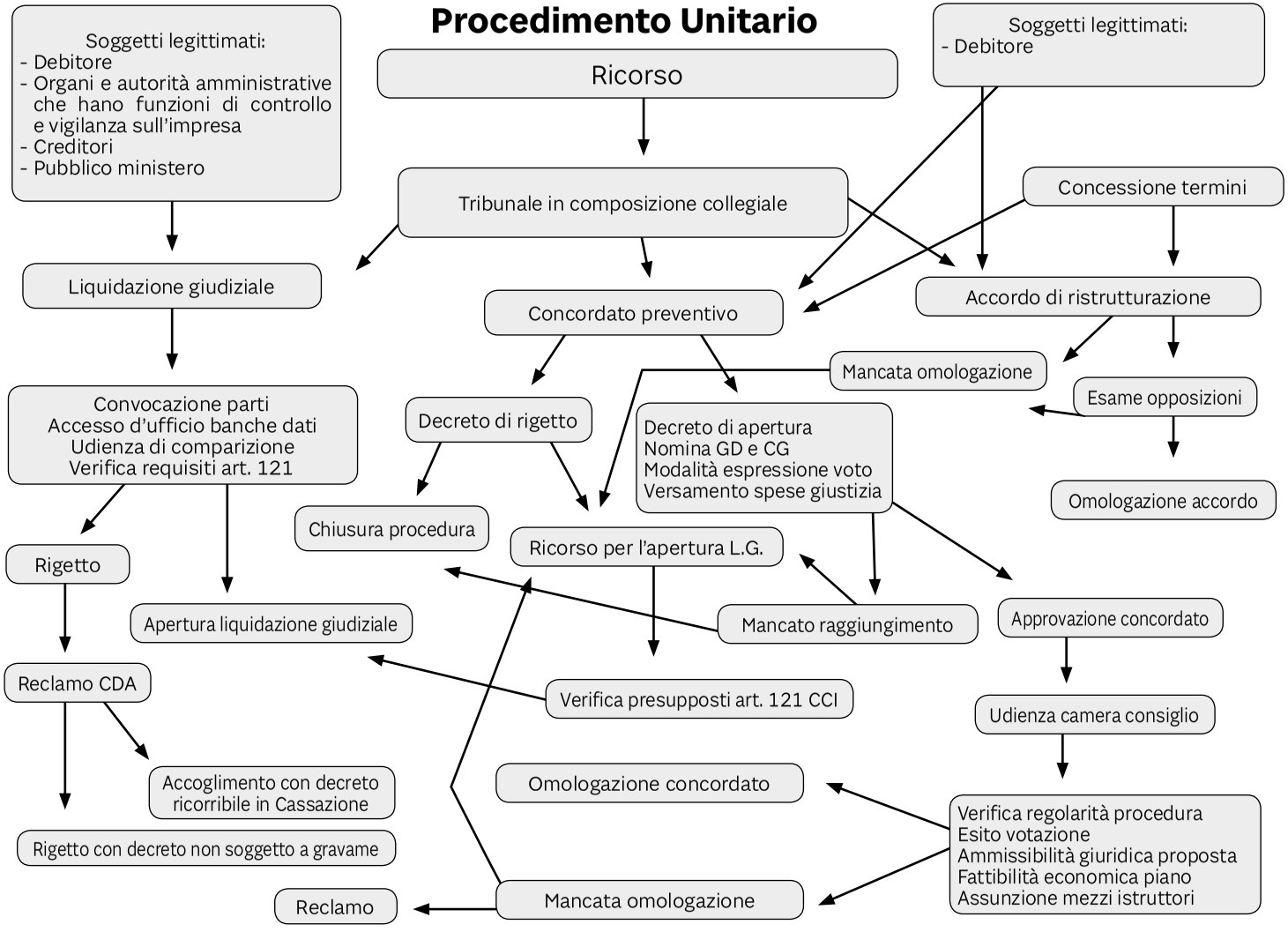
A differenza dell'attuale disciplina è espressamente previsto **l'obbligo del patrocinio di un difensore.** L'espressa previsione dell'obbligatorietà del patrocinio del difensore - con le deroghe previste nel decreto medesimo e di cui si dirà in prosieguo - fa definitivamente chiarezza ponendo fine ai precedenti dubbi interpretativi sul punto con particolare riguardo alla presentazione dell'istanza di fallimento in proprio e della domanda di concordato preventivo. E infatti, pur in presenza di una previsione che sancisce l'obbligo del patrocinio di un difensore, la legge indica espressamente le eccezioni alla regola generale laddove, tra le altre, il debitore richieda l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale (articolo 40, comma 4 CCI).

Tenuto conto del fatto che sia onere del debitore adempiere all'obbligo giuridico di non aggravare ulteriormente la propria situazione di insolvenza, tale scelta, nelle intenzioni del legislatore, appare principalmente riconducibile proprio alla volontà di non imporre all'imprenditore - già impossibilitato ad adempiere alle proprie obbligazioni - di doversi necessariamente munire di un difensore.

Peraltro, la questione in ordine alla difesa tecnica e alla sua obbligatorietà, negli ultimi anni è stata al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale anche con riguardo alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento - la cui disciplina oggi contenuta nel Codice conferma la natura concorsuale di tali procedure - dal momento che è stato ritenuto che imporre un'assistenza tecnica al sovraindebitato fosse in palese contraddizione con una condizione di sovraindebitamento del soggetto che intendeva accedere a tali procedure, andando inevitabilmente ad aggravare una situazione già compromessa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Procedimento Unitario



RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Con il Codice il legislatore è quindi intervenuto in maniera netta sulla questione della difesa tecnica normandola espressamente sia con riguardo ai soggetti assoggettabili a liquidazione giudiziale sia con riguardo ai soggetti non assoggettabili a tale procedura evidenziando espressamente ove la stessa sia necessaria e ove si possa prescindere dalla medesima, con ciò ponendo fine ai numerosi dubbi interpretativi sorti in materia. A tali motivazioni si è aggiunta, peraltro, anche l'esigenza di una maggior speditezza del procedimento volto ad accertare l'esistenza di uno stato di insolvenza.

3.3 Deposito della domanda

La domanda del debitore deve essere comunicata dal cancelliere al Registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito (articolo 40, comma 3 CCI), e deve essere iscritta entro il giorno seguente con l'obbligo in capo al conservatore di fare espressa menzione laddove la domanda preveda la richiesta di misure protettive ai sensi dell'articolo 54, 2 comma CCI.

Cambia pertanto la disciplina che prevedeva dal momento del deposito della domanda (*rectius* dalla sua iscrizione nel Registro delle imprese) l'*automatic stay* ovvero il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Con il CCI, infatti, sarà onere del debitore domandare con il ricorso di poter usufruire di misure protettive laddove ritenga che eventuali azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito del piano/accordo.

Peraltro, tenuto presente che l'articolo 54 CCI («Misure cautelari e protettive») sembra prevedere che tale protezione debba essere concessa su mera istanza di parte («*se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40 ...*»), nella prassi nulla cambierà rispetto all'attuale disciplina non essendo prevista alcuna valutazione da parte del tribunale in ordine all'istanza di parte che, come ovvio, sarà sempre - o quasi - oggetto di domanda.

ULTERIORE NOVITÀ

Il potere d'ufficio del tribunale di emettere provvedimenti cautelari, ivi compresa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, ritenuti necessari dall'organo giurisdizionale ad assicurare gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione.

La domanda e i documenti allegati devono essere trasmessi al pubblico ministero.

Quanto alla **legittimazione** a proporre la domanda per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la stessa spetta, oltre che al debitore, a coloro che hanno funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa, da uno o più creditori o dal pubblico ministero. Nel dettaglio, il **debitore** potrà domandare l'accesso a una delle procedure regolatrici della crisi, mentre tutti gli altri soggetti sopra indicati, oltre che il debitore, potranno fare richiesta di apertura della liquidazione giudiziale.

Laddove il ricorso venga proposto da un **soggetto diverso** dal debitore lo stesso (e il relativo decreto di convocazione) deve essere notificati - laddove possibile - a mezzo Pec, modalità che diviene il mezzo ordinario per l'instaurazione del contradditorio.

Proprio rispetto ai soggetti legittimati ad avviare la procedura, è stato potenziato il ruolo del **pubblico ministero** prevedendosi, infatti, che lo stesso debba presentare il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Allo stesso modo qualsiasi **autorità giudiziaria** che rilevi insolvenza nel corso di un procedimento deve darne segnalazione al pubblico ministero (articolo 38 CCI).

3.4 Istruttoria d'ufficio

A seguito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, la cancelleria acquisisce mediante collegamento telematico (e nelle more a mezzo posta elettronica certificata) alle banche dati dell'agenzia delle Entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese, i dati e i documenti relativi al debitore.

Viene così introdotta **l'istruttoria d'ufficio** finalizzata ad acquisire dati in ordine ai debiti tributari, contributivi, premi assicurativi e dati di bilancio secondo le modalità di cui all'articolo 367 CCI.

Le banche dati del Registro delle imprese, dell'Anagrafe tributaria e dell'Istituto nazionale di previdenza sociale dovranno trasmettere direttamente e automaticamente alla cancelleria i **documenti relativi all'impresa**, in particolare:

- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
- la visura storica;
- gli atti relativi a operazioni straordinarie;
- le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni o anni precedenti;
- l'elenco degli atti sottoposti a imposta di registro;
- i debiti fiscali con la distinzione tra interessi e sanzioni e con l'indicazione degli anni di maturazione del debito;
- i debiti contributivi.

Tali disposizioni mirano, nelle intenzioni del legislatore, a far sì che l'istruttoria sia la più completa possibile e consenta una piena valutazione in ordine alla idoneità della procedura prescelta a regolare la crisi e l'insolvenza, ciò peraltro in linea con la prassi oggi adottata dai più autorevoli tribunali italiani che acquisiscono prima dell'istruttoria quanti più dati possibili riguardo al debitore.

3.5 Coordinamento tra le procedure

La domanda di accesso alla procedura, il suo contenuto e la legittimazione processuale trovano la relativa disciplina in un solo articolo del Codice (articolo 40) dal momento che le restanti disposizioni della Sezione dedicata al procedimento unitario trattano in modo autonomo e distinto le singole procedure concorsuali della liquidazione giudiziale, del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione del debito.

Peraltro, il procedimento, seppur unitario, avrà comunque esiti diversi a seconda del tipo di provvedimento che è stato richiesto e dal rispetto delle relative condizioni.

La legge quindi ha provveduto, nel rispetto dell'unitarietà della domanda, a regolare l'accesso e la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, l'accesso e l'apertura al concordato preventivo e il giudizio finalizzato all'omologazione degli accordi di ristrutturazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Oltre a ciò, viene previsto che una **domanda di concordato o di accesso all'accordo di ristrutturazione potrà trasformarsi in una diversa procedura liquidatoria** senza necessità di presentare un'altra domanda, la quale racchiude tutti i possibili esiti. Ciò nelle intenzioni del legislatore dovrebbe agevolare la risoluzione dei problemi di coordinamento tra le diverse procedure concorsuali permettendo di dare priorità agli strumenti di risoluzione della crisi rispetto a quelli liquidatori.

Parimenti, la procedura liquidatoria potrà essere aperta anche nell'ipotesi di mancata approvazione del concordato o di omologazione di accordi di ristrutturazione.

Peraltro, va detto come già nella legge fallimentare in presenza di istanze di fallimento, una procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione possa trasformarsi in un fallimento senza necessità di una nuova domanda, essendo il procedimento prefallimentare sospeso sino all'esito del giudizio di omologazione.

Non appare, quindi, fino in fondo chiara la novità della riforma sul punto con riguardo a un miglior **coordinamento tra le procedure**.

Tuttavia, appare opportuno segnalare come, con l'entrata in vigore del Dlgs 83/2022, il legislatore abbia introdotto due ulteriori disposizioni che riguardano le ipotesi in cui si voglia chiedere l'introduzione di una procedura differente da quella pendente.

In primo luogo, è previsto che, nel caso in cui penda un procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale debba essere proposta nel medesimo procedimento, entro il termine della rimessione della causa al collegio per la decisione.

Diversamente, nel caso in cui la domanda di apertura della liquidazione giudiziale fosse proposta separatamente, il tribunale avrà l'onere di riunire i due procedimenti.

In secondo luogo, si è previsto espressamente che, nel caso di pendenza di un procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale (che sia introdotto da un soggetto diverso dal debitore), la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza debba essere proposta nel medesimo procedimento, a pena di decadenza, entro la prima udienza. Anche in questo caso, laddove la domanda venga proposta separatamente, la stessa dovrà essere riunita, anche d'ufficio, al procedimento pendente.

Con riferimento agli **strumenti di ristrutturazione**, si rileva comunque l'unità di disciplina prevista per l'omologazione del concordato e dell'accordo di ristrutturazione, contenuta in un'unica disposizione (articolo 48 CCI) che prevede un identico *iter* procedurale e un'organizzazione più efficiente delle opposizioni che possono presentare i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato.

L'unitarietà della procedura e la trattazione dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione del debito nella predetta Sezione possono, peraltro, far ritenere che con il Codice sia stato definitivamente equiparato tale istituto a una vera e propria procedura concorsuale, con ciò facendo - forse - chiarezza in ordine alla natura dell'accordo considerato da molti interpreti affrancato da una vera e propria procedura concorsuale, visto l'evidente carattere privatistico.

3.6 Procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale

Entrando nel merito delle singole procedure e dei relativi procedimenti, e partendo dal procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale si evidenzia come lo stesso sia improntato

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

a criteri di speditezza (anche alla luce di quanto detto prima in ordine alla non necessarietà dell'assistenza di un difensore); infatti i molteplici principi della riforma sono accomunati proprio dalla volontà del legislatore di rendere il suddetto procedimento il più rapido e snello possibile senza, in ogni caso, affrancarsi dai suoi caratteri fondamentali.

Si confermano le garanzie e i termini processuali dell'attuale disciplina con riguardo alla convocazione da parte del tribunale (non oltre quarantacinque giorni decorrenti dal deposito medesimo) nonché alla **fissazione dell'udienza** (non prima di quindici giorni dalla data della notifica).

Parimenti si conferma il termine di sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie.

NOVITÀ ASSOLUTA

L'intervento nel procedimento dei terzi che hanno legittimazione a proporre la domanda, nonché del pubblico ministero può avvenire sino al momento in cui la causa non venga rimessa al collegio per la decisione.

In ogni caso, soltanto laddove la domanda venga presentata dal debitore personalmente, la stessa risulta soggetta a pubblicità, al fine di evitare che eventuali iniziative infondate possano comportare danni anche irreversibili alla immagine e alla reputazione commerciale dell'impresa.

L'*iter* procedurale, pertanto, appare pressoché allineato all'attuale disciplina.

Con l'entrata in vigore del Dlgs 83/2022, si prevede espressamente che la rinuncia del soggetto istante non determina l'estinzione della procedura laddove uno dei soggetti intervenuti o il pubblico ministero manifestassero la loro volontà di proseguirlo.

Peraltro, il legislatore ha ritenuto necessario precisare che anche il pubblico ministero, nell'ipotesi in cui emergano ulteriori elementi tali da far venire meno i presupposti per l'apertura di una procedura, possa rinunciare alla domanda promossa.

3.7 Accesso alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione di accordi di ristrutturazione

Sensibili modifiche vengono invece introdotte con riguardo al procedimento finalizzato all'accesso alla procedura di concordato preventivo o all'omologazione di accordi di ristrutturazione la cui iniziativa spetta al debitore - in linea con quanto previsto dall'attuale disciplina - anche allorquando lo stesso sia stato il destinatario di una richiesta di apertura di liquidazione giudiziale ed intenda resistere alla stessa domandando contestualmente l'accesso al concordato preventivo ovvero all'accordo di ristrutturazione per far fronte alla crisi o all'insolvenza.

Va preliminarmente detto come le disposizioni contenute nella Sezione relativa al procedimento unitario debbano essere necessariamente lette e coordinate con le disposizioni contenute nelle Sezioni successive relative ai singoli istituti, con la conseguenza che se, da una parte il legislatore ha tentato di uniformare e coordinare le singole procedure, dall'altro il richiamo di una stessa procedura in differenti sezioni del Codice - a differenza di quanto previsto attualmente - potrà creare numerosi problemi di coordinamento.

A titolo di esempio si consideri come l'articolo 44 CCI contenuto nella Sezione del procedi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mento unitario sembrerebbe regolare unicamente l'ipotesi in cui il debitore richieda l'accesso al concordato preventivo "in bianco" in funzione di un successivo piano/accordo.

Ciò trova conferma nel contenuto del decreto, analiticamente descritto al comma 1, lettere *a), b), c), d)* che disciplina in modo analitico le disposizioni concernenti le tempistiche, la nomina del commissario e gli obblighi informativi periodici propri della procedura "in bianco".

Nella Sezione in parola, invece, non si rinviene alcun riferimento al caso in cui il debitore intenda accedere alla procedura di concordato preventivo depositando direttamente un piano e una proposta corredati di tutta la documentazione, posto che tale ipotesi pare ritrovarsi soltanto al successivo articolo 87 di cui al Capo III Sezione I dedicato, per l'appunto, al concordato preventivo e al contenuto del piano.

3.7.1 Concordato "in bianco" o "prenotativo"

Con il CCI viene confermato l'istituto del concordato "in bianco" o "prenotativo" seppur con alcune modifiche principalmente sotto il profilo delle tempistiche in ordine all'assegnazione dei termini per il successivo deposito del piano o dell'accordo di ristrutturazione del debito. Viene previsto, infatti, che laddove il debitore intenda accedere a una procedura di regolazione concordata per il tramite, inizialmente, di un ricorso c.d. "in bianco", il tribunale, con decreto, assegnerà un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile per una sola volta su istanza del debitore e soltanto in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, termine entro il quale l'istante depositerà il piano contenente la proposta ai creditori, oltre alla relazione di veridicità dei dati di fattibilità e la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1. Nello stesso termine il debitore potrà depositare gli accordi di ristrutturazione del debito sottoscritti con i propri creditori ai fini dell'omologazione.

Appare evidente come, pur mantenendo in vigore l'istituto del concordato prenotativo, il nostro legislatore abbia, tuttavia, optato per una concessione di termini estremamente stringenti rispetto a quelli della legge fallimentare (da un minimo di sessanta a un massimo di centoventi giorni prorogabili una sola volta per un massimo di ulteriori sessanta giorni) al presumibile fine di evitare un utilizzo dell'istituto medesimo a scopi dilatori come spesso avvenuto nel corso degli ultimi anni. E infatti, si può ritenere a che, a fronte di tempistiche estremamente ridotte per il deposito del piano e della proposta anche laddove prorogate, l'istituto in parola avrà presumibilmente applicazioni nella prassi sempre meno frequenti, posto che il debitore opterà per la scelta di depositare direttamente un piano e una proposta non soggiacendo nelle more alla vigilanza di un commissario giudiziale, a meno che non vi siano delle improrogabili esigenze di poter usufruire su istanza di parte di immediate misure protettive.

3.7.2 Oneri documentali del debitore nella fase prenotativa

Analogamente all'attuale disciplina, rimangono pressoché invariati gli oneri documentali del debitore nella fase prenotativa, dovendo lo stesso, in ossequio al disposto di cui all'articolo 39, comma 2 CCI, depositare unicamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e - elemento di novità - delle rispettive cause di prelazione, attualmente previsto solo nella fase successiva di deposito del piano o dell'accordo.

Viene invece per la prima volta previsto l'obbligo di allegazione, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, delle **dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi pre-**

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cedenti, al fine di poter verificare i presupposti soggettivi per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

3.7.3 Nomina del commissario giudiziale

Sino all'entrata in vigore del Dlgs 83/2022, la nomina del commissario giudiziale pareva essere prevista nella sola ipotesi in cui il debitore avesse chiesto l'accesso alla procedura di concordato preventivo, circostanza che, nel silenzio della legge, aveva portato a ritenere, ad una prima lettura, come già nella fase "in bianco" il debitore avesse l'onere di riferire al tribunale a quale procedura intenda voler fare accesso.

Ciò trovava conferma peraltro anche nell'articolo 44, comma 4 CCI, ove si prevedeva (e si prevede) che, nel caso di domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, il commissario giudiziale debba essere nominato soltanto in presenza di istanze per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Oggi, invece, con la modifica dell'articolo 45 comma 2, secondo periodo, CCI, sembrerebbe doversi concludere in modo differente.

Ed infatti, il Dlgs 83/2022 ha previsto che, ai fini della pubblicazione sul registro delle imprese, l'estratto del decreto di concessione del termine debba contenere il nome del commissario - e non più «*il nome dell'eventuale commissario*». Di talché, sembrerebbe che, in ogni ipotesi di concessione del termine all'imprenditore per depositare una domanda di concordato o di accordo di ristrutturazione del debito, il commissario debba sempre essere nominato e, dunque, il debitore non abbia l'onere, sin da subito, di dover esplicitare le proprie intenzioni.

Appare opportuno altresì segnalare come l'articolo 47 CCI, anche a seguito della novella, sia rimasto inalterato nella parte in cui preveda che il tribunale, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, acquisisca il parere del commissario giudiziale solo «*se già nominato*». Tale disposizione, però, sembrerebbe doversi riferire perlopiù ai casi in cui il debitore depositi subito il piano e la proposta di concordato e non a quelli in cui venga richiesta l'assegnazione di un termine.

3.7.4 Accordi di ristrutturazione

Si evidenzia come nel caso di accordi di ristrutturazione, qualora vi siano richieste di apertura della liquidazione giudiziale, la nomina del commissario sia stata prevista in ossequio a una osservazione della Commissione Giustizia della Camera al fine di arginare il rischio di un utilizzo dell'istituto - utilizzando le parole della relazione illustrativa - «*comunque intempestivo rispetto alla situazione di crisi dell'impresa rendendo dunque opportuno nell'interesse dei creditori che l'imprenditore sia immediatamente sottoposto alla vigilanza di terzo*».

Peraltro, sembrerebbe come, sempre solo in caso di accesso al concordato preventivo, al debitore dovrà essere ordinato il deposito il versamento delle spese di giustizia entro un termine massimo di dieci giorni (in luogo degli attuali quindici) in una misura necessaria fino alla scadenza concessa per il deposito del piano e della proposta.

3.7.5 Ruolo di vigilanza del commissario giudiziale

Si conferma in ogni caso il ruolo di vigilanza del commissario giudiziale con l'ulteriore precisazione espressa dell'obbligo in capo al medesimo di segnalare immediatamente al tribunale di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ogni atto di frode ai creditori non riportato nella domanda di accesso alla procedura ovvero su ogni altra circostanza/condotta che possa pregiudicare la regolazione della crisi.

3.7.6 Obblighi informativi periodici in capo al debitore

Parimenti, si confermano gli obblighi informativi periodici in capo al debitore anche in ordine alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività posta in essere in funzione del redigendo piano e proposta di concordato preventivo/accordo.

NOVITÀ

L'onere di deposito, sempre con periodicità mensile, di una situazione patrimoniale, economica e finanziaria che viene iscritta presso il Registro delle imprese.

3.7.7 Pubblicità del decreto

Con riguardo alla pubblicità del decreto, l'articolo 44 CCI ne prevede l'iscrizione "immediata" a cura del cancelliere nel Registro delle imprese; tuttavia tale disposizione sembra apparentemente contrastare con quanto previsto al successivo articolo 45 ove viene espressamente indicato che il decreto debba essere trasmesso per estratto a cura del cancelliere all'ufficio del registro delle imprese ai fini della sua iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo.

A rendere il tutto ancor di più difficile interpretazione contribuisce anche il contenuto del comma 6 dell'articolo 44 CCI ove si prevede che gli accordi, contestualmente al deposito, siano pubblicati nel registro delle imprese e acquistino efficacia dal giorno della pubblicazione.

Il decreto di concessione dei termini di concordato preventivo è - analogamente a quanto attualmente previsto - soggetto a revoca su segnalazione del commissario giudiziale, del pubblico ministero o di un creditore - la cui legittimazione è stata introdotta con l'entrata in vigore del Dlgs 83/2022 - con decreto non soggetto a gravame ove venga accertata l'esistenza di un atto in frode, di una condotta pregiudizievole ai fini del buon esito della procedura, ovvero nell'ipotesi di mancato ottemperamento agli obblighi informativi periodici e nel caso di omesso versamento delle spese di giustizia.

Resta salvo il principio del contradditorio nei confronti del debitore e dei creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Nel caso di domanda "in bianco", analogamente all'attuale disciplina, dopo il deposito della domanda di accesso e fino al momento in cui viene emesso il decreto di apertura, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione soltanto previa autorizzazione da parte del tribunale e gli atti compiuti in violazione sono a tutti gli effetti inefficaci con conseguente declaratoria di revoca dei termini concessi.

La previsione non si riferisce alla domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione tenuto conto dell'assenza di alcuna limitazione in termini di poteri gestori del soggetto debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.8 Concordato preventivo a seguito del deposito del piano e della proposta

L'articolo 47 CCI disciplina, invece, l'apertura del concordato preventivo a seguito del deposito del piano e della proposta.

Scompare in questa Sezione qualsiasi riferimento al caso in cui il debitore non voglia avvalersi di un termine per il deposito del piano e della proposta di concordato, ma intenda procedere direttamente con il deposito del c.d. concordato "pieno".

Si potrebbe - forse per assurdo - in prima battuta sostenere che il CCI, non solo abbia confermato l'istituto del concordato "in bianco", nonostante la diffusione avuta negli ultimi anni nella maggior parte dei casi a scopo dilatorio, ma addirittura abbia previsto quale passaggio obbligato la richiesta di concessione dei termini per il deposito del piano, inibendo al debitore di poter procedere direttamente al deposito del piano e della proposta corredata dalla relativa attestazione di fattibilità dello stesso e veridicità dei dati aziendali. Peraltro, così non è, posto che il CCI contiene espressi riferimenti che confermano la possibilità per il debitore di avvalersi dei termini ovvero di richiedere direttamente l'accesso alla procedura presentando una domanda già completa in ogni sua parte. Lo stesso articolo 39 CCI nel regolare gli obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza, differenzia espressamente sia l'ipotesi in cui il creditore depositi il piano e la proposta di concordato, sia l'ipotesi in cui richieda la concessione dei termini.

Del resto, anche la stessa relazione illustrativa prevede come l'articolo 44 CCI regoli entrambe le ipotesi con l'ulteriore precisazione che a garanzia della celerità della procedura e per consentire al debitore di fruire senza indugio degli effetti protettivi della domanda, il decreto di concessione dei termini possa essere emesso senza previa fissazione di udienza, in linea peraltro con l'attuale disciplina.

In ogni caso, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, sia esso stato preceduto o meno dalla concessione dei termini, il tribunale deve verificare, oltre che la fattibilità giuridica della proposta anche la fattibilità economica del piano.

Con la novella recentemente introdotta, che inserisce il nuovo comma 1 dell'articolo 47 CCI, vengono diversificati i controlli che il tribunale deve compiere sul piano e sulla proposta di concordato nelle ipotesi di concordato liquidatorio e di concordato in continuità aziendale. In particolare, si prevede che, nel caso di concordato liquidatorio, il tribunale verifichi l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, da intendersi come «*non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati*». Diversamente, in caso di concordato in continuità aziendale, il tribunale deve verificare la ritualità della proposta. La domanda di accesso al concordato in continuità aziendale risulta in ogni caso inammissibile nel caso in cui il piano sia manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Dalla lettura della relazione illustrativa al Dlgs 83/2022, si desume che l'intento che ha mosso il legislatore nell'introdurre le suddette modifiche fosse quello di limitare e circoscrivere l'intervento dell'autorità giudiziaria al momento dell'apertura della procedura.

In questo senso va letto l'avverbio «*manifestamente*», che specifica le caratteristiche del vaglio di ammissibilità condotto dall'autorità giudiziaria, sia nell'ipotesi di concordato liquidatorio che di concordato in continuità.

3.8.1 Nozione di fattibilità giuridica ed economica

Come noto, con riguardo alla nozione di fattibilità del concordato preventivo, nel corso degli anni si sono sviluppati diversi filoni dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla giurisdi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione dell'organo giudicante con riguardo proprio alla fattibilità del piano e della proposta ai creditori.

Nel 2013 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521) chiamate a risolvere il contrasto interpretativo sorto in merito, hanno enucleato la distinzione tra «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica» del concordato, identificando la prima quale «*compatibilità delle modalità di attuazione del piano con norme inderogabili*», e, la seconda, quale «*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*».

La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite si è uniformata al *dictum* della Suprema Corte, anche se a seguito dell'introduzione, a opera del Dl 83/2015 convertito, con modificazioni, dalla legge, della previsione dell'articolo 160, comma 4 legge Fallimentare e della necessità di assicurare in ambito di concordato liquidatorio il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari, la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogate sul fatto se fosse onere del tribunale verificare *ex ante* l'idoneità del piano e della proposta a garantire tale pagamento trattandosi di requisito di ammissibilità pur vertendo sulla fattibilità economica.

Con il Codice, pertanto, l'espressa previsione in ordine alla verifica sulla fattibilità economica del piano fa definitiva chiarezza su una giurisprudenza ancora liquida, ma pone contestualmente differenti interrogativi, specie laddove il Giudice viene chiamato a svolgere un'indagine sulla fattibilità economica di un piano e di una proposta in una fase ancora "embrionale" della procedura e spesso anche in assenza della figura del commissario giudiziale, laddove il debitore non richieda la concessione dei termini di cui all'articolo 44 CCI.

E infatti il tribunale potrà acquisire il parere del commissario giudiziale laddove ritenga di non avere a disposizione tutti gli elementi sufficienti ai fini delle verifiche di fattibilità, ma ciò potrà evidentemente accadere soltanto nel caso di piano/accordo depositato a seguito della concessione dei termini.

Laddove il piano e la proposta soddisfino i requisiti di legge il tribunale emette decreto con cui:

- viene nominato il giudice delegato;
- viene nominato/confermato il commissario giudiziale;
- stabilisce la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori con modalità idonee a salvaguardare il contradditorio e la partecipazione;
- fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;
- fissa il termine non superiore a quindici giorni per il deposito delle spese di giustizia in una misura tra il cinquanta e il 20% di quanto ritenuto necessario per l'intera procedura.

3.9 Contenuto del decreto di apertura

Il contenuto del decreto di apertura della procedura merita qualche approfondimento. Infatti, novità di rilievo assoluto è rappresentata dal fatto che scompare l'udienza ai sensi dell'articolo 175 del Rd 267/1942 fissata per l'adunanza dei creditori, prevedendosi unicamente che i creditori trasmettano il proprio voto entro un determinato lasso di tempo. Con riguardo alle modalità che dovrebbero consentire la salvaguardia del contradditorio e la partecipazione dei creditori, il CCI prevede anche l'utilizzo di strutture informatiche messe a disposizione da terzi senza nulla, tuttavia, specificare né quali altre modalità potrebbero garantire i creditori, né a quali tipologie di strutture informatiche si riferiscano, né tantomeno il soggetto deputato a fornire le garanzie richieste.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nella relazione illustrativa la fissazione di un termine iniziale e finale viene giustificata al fine di evitare che i creditori esprimano il proprio voto sulla proposta prima che il commissario giudiziale depositi la propria relazione ai sensi dell'articolo 105 legge Fallimentare contenente tutti gli elementi per l'espressione di un voto consapevole.

Nel dettaglio è onere del commissario giudiziale - ai fini dell'espressione da parte dei creditori di un voto consapevole - redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto precisando se l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, sulla condotta del debitore, sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte nel termine di quarantacinque giorni prima della data iniziale stabilita per l'inizio del voto.

Il commissario giudiziale dovrà inoltre integrare la propria relazione ogni qualvolta emergano nuove circostanze tali da poter influire sull'espressione del voto da parte dei creditori.

Qualora invece non vengano ravvisate le condizioni di ammissibilità e fattibilità del piano di concordato, in contradditorio con il debitore (nel rispetto di un giusto processo), con eventuali creditori che hanno proposto domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale o con il pubblico ministero, il tribunale dichiara inammissibile la proposta e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza (in luogo del decreto previsto per l'apertura della procedura) l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il Dlgs 83/2022 ha peraltro introdotto la facoltà (e non già l'obbligo) del tribunale di concedere quindici giorni per modificare la proposta, laddove sia reputata non ammissibile.

Tale disposizione ricalca seppur sommariamente l'articolo 162 legge Fallimentare.

Il predetto decreto è reclamabile nel termine di trenta giorni - prima della novella i giorni erano quindici - avanti la Corte di appello competente che decide nel contradditorio tra le parti in Camera di consiglio con decreto motivato.

NOVITÀ

L'espressa previsione in ordine alla proponibilità di un nuovo piano di concordato decorso il termine per il reclamo in presenza di un mutamento delle circostanze. Nulla si rinviene in ordine a eventuali divieti di ripresentare un nuovo ricorso "in bianco" allo stato inibito laddove il debitore ne abbia avuto accesso nei due anni precedenti.

Se il concordato viene approvato dai creditori, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale in linea con l'articolo 180 legge Fallimentare. Del predetto decreto viene data pubblicità presso il Registro delle imprese e viene notificato ai creditori dissenzienti a cura del debitore.

Il procedimento per l'omologazione del concordato preventivo viene confermato nella sua attuale disciplina restando invariati i termini per l'eventuale costituzione di creditori dissenzienti e di qualsiasi altro interessato.

Cambiano, invece, i termini per il commissario giudiziale di deposito del proprio parere motivato nei cinque giorni prima dell'udienza di comparizione in luogo degli attuali dieci, nonché del debitore, il quale può depositare memorie sino a due giorni prima dell'udienza.

I poteri del tribunale in questa fase rimangono, sì di mera verifica della regolarità della procedura (esito della procedura, maggioranze, notifica del decreto di comparizione), ai quali tuttavia si aggiunge - novità della riforma - la verifica in ordine all'ammissibilità giuridica

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e alla fattibilità economica del piano anche sulla scorta di quanto contenuto nel parere del commissario.

Tenuto presente che, già in sede di apertura della procedura di concordato preventivo, l'organo giurisdizionale sia chiamato a effettuare una verifica in ordine alla fattibilità del piano sia giuridica sia economica, ci si chiede se il Tribunale nell'ambito del giudizio di omologazione (parificato a un giudizio di cognizione) debba effettivamente provvedere a una verifica *ex novo*, ovvero limitarsi a recepire le verifiche già svolte in sede di apertura della procedura.

Appare, peraltro, difficilmente ipotizzabile che in sede di omologazione possa essere rimessa in discussione la fattibilità del piano, pur essendo prevista espressamente la possibilità per il tribunale di assumere anche d'ufficio i mezzi istruttori.

All'esito delle suddette verifiche, laddove sussistano tutti i presupposti, il tribunale provvede con sentenza omologando il concordato preventivo, sentenza che viene iscritta presso il Registro delle imprese e produce i propri effetti dalla sua pubblicazione.

In caso contrario e in presenza di istanza da parte dei soggetti legittimati, con sentenza viene aperta la liquidazione giudiziale.

Laddove invece il debitore abbia richiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, resta invariato il termine di trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese per i creditori per la proposizione di opposizione.

Anche per l'omologa degli accordi di ristrutturazione, con l'entrata in vigore della novella, si prevede che il tribunale fissi udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale.

Assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, il tribunale dichiara l'omologazione con sentenza.

Nel caso in cui il tribunale non omologhi il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione o il piano di ristrutturazione *ex* articolo 64 bis CCI, provvede con sentenza eventualmente dichiarando, su specifica domanda in tal senso, l'apertura della liquidazione giudiziale.

Come poc'anzi evidenziato, in presenza di ricorso da parte di uno dei soggetti legittimati, il tribunale, definite le domande di regolazione della crisi, dichiara aperta la liquidazione giudiziale. Analogamente provvede laddove non vengano rispettati i termini di concessione per il deposito dell'accordo o del piano ovvero si ravvisino altre violazioni legittimanti la revoca della procedura.

L'articolo 49 - nell'identificare il contenuto del decreto che apre la liquidazione giudiziale - ricalca il contenuto dell'articolo 16 legge Fallimentare con alcune sensibili modifiche; *in primis,* oltre al curatore, il Tribunale può nominare, laddove ritenuto necessario, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore.

Il tribunale in tale fase non fa peraltro che anticipare la successiva richiesta che, nella vigenza della legge fallimentare 'attuale disciplina, viene formulata dal curatore al comitato de creditori e al giudice laddove si renda necessaria la nomina di un professionista con particolari competenze tecniche specifiche in ordine alla valutazione da effettuare.

NOVITÀ

Con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, il curatore viene autorizzato ad accedere a tutte le banche dati disponibili, acquisendo gli atti registrati, la documentazione contabile presso le banche e gli intermediari finanziari, le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative all'impresa debitrice.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Viene espressamente prevista - altra novità rispetto alla normativa previgente - la facoltà in capo al ricorrente o al pubblico ministero di poter proporre reclamo avanti la Corte di appello avverso il decreto con il quale il Tribunale respinga la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale, con la precisazione che il decreto emesso in sede di gravame non sia ricorribile in Cassazione. In caso di accoglimento, invece, la Corte di appello rimetterà al tribunale competente gli atti. Soltanto in tale caso il decreto è ricorribile in Cassazione con termini ridotti alla metà. Sul punto resta aperta la questione in ordine a quale sia il termine da utilizzare quale parametro sul quale provvedere a dimezzare i suddetti termini.

3.10 Regime delle impugnazioni

Il CCI disciplina invece espressamente in modo unitario il regime delle impugnazioni contro il decreto del tribunale che si pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione del debito, ovvero sull'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. L'introduzione di un modello processuale unitario per l'accertamento dello stato di crisi o insolvenza del debitore si riverbera quindi anche sul regime delle impugnazioni che mira a una razionalizzazione e a una uniformazione delle regole procedurali applicabili.

L'impugnazione, che nel caso di ricorso avverso la sentenza che dichiara aperta la procedura di liquidazione giudiziale può essere proposta anche da qualunque interessato, si propone con reclamo - che non sospende l'efficacia esecutiva della sentenza - avanti la Corte di appello competente, la quale provvede con decreto alla nomina del relatore e alla fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, decreto che viene notificato a cura della cancelleria al reclamante, al curatore/commissario giudiziale e alle altre parti.

Il procedimento avviene nel contradditorio tra le parti e il Collegio, assunti anche d'ufficio i mezzi istruttori ritenuti necessari, provvede con sentenza reclamabile in cassazione nei trenta giorni successivi alla notificazione.

Dalla lettura dell'articolo 51 CCI («Impugnazioni») si evince, inoltre, immediatamente come la legge abbia introdotto previsioni volte a scoraggiare iniziative pretestuose, colpendo con sanzioni le parti che agiscono o resistono in giudizio con mala fede o colpa grave.

NOVITÀ

Salvo quanto previsto dall'articolo 96 del Codice di procedura civile, il giudice dichiara, con la sentenza che decide l'impugnazione, se la parte soccombente ha agito o resistito con mala fede o colpa grave. Il giudice, in tal caso, revoca con efficacia retroattiva l'eventuale provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello stato e può condannare, in solido con la società o con gli enti, il legale rappresentante al pagamento delle spese del processo e a l pagamento di una somma pari al doppio del contributo unificato.

Si tratta, come già detto, di una disposizione finalizzata a scoraggiare impugnazioni pretestuose e a responsabilizzare gli organi di gestione delle società di capitali insolventi (articolo 51 CCI). Il nostro legislatore ha inteso, inoltre, disciplinare specificamente, in caso di accoglimento del reclamo, gli effetti della revoca da parte della Corte di appello della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazio-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ne, introducendo elementi di novità assoluta a fronte di una previgente disciplina del tutto silente in tal senso.

In particolare, e con riguardo alla revoca della liquidazione giudiziale, viene espressamente previsto come l'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa tornino nella titolarità del debitore, prevedendosi la vigilanza sugli stessi da parte del curatore sino al passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato sulla revoca.

Sul debitore incombono poi, sempre sino al passaggio in giudicato della sentenza, anche obblighi informativi periodici relativi alla gestione economica, patrimoniale e finanziaria della società nonché la possibilità di compiere unicamente atti di ordinaria amministrazione necessitandosi per gli atti eccedenti dell'autorizzazione del tribunale previo parere del curatore.

È evidente l'analogia con gli obblighi informativi incombenti sul debitore nelle more della concessione dei termini per il deposito del piano e dell'accordo anche tenuto conto del fatto che la normativa ne preveda la pubblicazione nel Registro delle imprese fatte salve eventuali ragioni ostative in termini di pregiudizio evidente per la continuità aziendale.

In caso di violazione degli obblighi, la Corte può comunque privare il debitore della possibilità di compiere atti di amministrazione ordinaria e straordinaria. Nel caso, invece, di revoca dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione, la Corte di appello dichiara aperta la liquidazione giudiziale e rimette gli atti al tribunale per l'adozione dei provvedimenti *ex* articolo 49 CCI. Il debitore potrà, tuttavia, chiedere al tribunale di sospendere i termini per la proposizione dell'impugnazione dello stato passivo e l'attività di liquidazione ove ricorrano gravi e giustificati motivi fino al momento in cui la sentenza che pronuncia sulla revoca diviene definitiva (articolo 53 CCI).

Giova in ultimo evidenziare una novità di sicuro rilievo introdotta dal Dlgs 83/2022 e che prevede, sostanzialmente, la sterilizzazione degli effetti del reclamo proposto da un creditore

- che in ogni caso, conserva il diritto al risarcimento del danno
- nell'ipotesi in cui il concordato in continuità sia più conveniente per la massa, in generale. Occorre in ogni caso un'espressa domanda in tal senso.

Ed infatti, nel caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, la corte d'appello, su richiesta delle parti, potrà confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno.

Nella relazione illustrativa al Dlgs 83/2022, si prevede che il debitore dovrà farsi carico di predisporre un piano nel quale siano previsti gli opportuni accantonamenti - e contestuali fondi rischi - per gli eventuali danni da riconoscere ai creditori opponenti, al fine di poter ottenere in ogni caso l'omologazione del concordato preventivo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

Le misure cautelari e le misure protettive

Martino Amadardo

SOMMARIO: 4.1 Misure cautelari – 4.2 Misure protettive

La disciplina delle misure cautelari e protettive del Codice della crisi sconta un importante cambiamento di impostazione rispetto alla legge Fallimentare, dettato da istanze europee trasfuse anche nella legge Delega che richiedono l'eliminazione di tutele automatiche per il debitore che acceda a strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Nel solco del rito uniforme, altra innovazione di questo Codice, le misure cautelari e protettive sono disciplinate unitariamente per tutti gli strumenti di regolazione della crisi e insolvenza, affrontando nei due relativi articoli - 54 e 55 CCI - rispettivamente tipi e presupposti delle misure e procedimento per ottenerle, isolato dal procedimento "madre" per l'accesso alla procedura. La previsione di un rito specifico limiterà *ex* articolo 669 *quaterdecies* l'applicazione delle norme sul rito cautelare disciplinato dal Codice di procedura civile; in tal senso depone pure il rinvio espresso a specifiche disposizioni di tale rito[1] - da cui desumersi una deliberata scelta di non lasciare l'integrazione del Codice al canone di compatibilità di cui alla menzionata disposizione del Codice di procedura civile - assieme alla riproposizione del testo di disposizioni del rito cautelare civilistico con chirurgiche variazioni[2].

Chiaramente, declinando tale disciplina nella liquidazione giudiziale, oggetto del presente contributo, l'innovazione è fortemente ridimensionata. Le misure protettive, qualora richieste, assumeranno una funzione anticipatoria (peraltro per il periodo massimo intercorrente tra il deposito del ricorso e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale: un tempo breve, salvo situazioni patologiche) degli effetti della sentenza di apertura della procedura.

Quanto invece alle misure cautelari, la reale innovazione sembrerebbe essere il riconoscimento espresso della portata anticipatoria degli effetti della sentenza che apre la procedura concorsuale, che invece la giurisprudenza consolidata sulla legge Fallimentare non ammetteva per le misure cautelari adottate in sede prefallimentare. L'altro cambiamento, come anticipato, riguarda il rito.

Prima di proseguire, ritengo opportuno precisare una volta ancora che il presente contributo si riferisce esclusivamente alla liquidazione giudiziale e pertanto, anche per maggior chiarezza

1 Vedi l'articolo 669-terdecies Cpc sul reclamo contro i provvedimenti cautelari, richiamato espressamente dall'articolo 55, comma 2 CCI.

2 Vedi sempre l'articolo 55, comma 2, CCI, laddove viene riproposta la formulazione dell'articolo 669 sexies Cpc salvo omettere la disposizione dell'ultimo comma che triplica i termini di notifica all'estero (v. infra).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e brevità espositiva, non ci si soffermerà su disposizioni pur presenti nei due articoli in commento[3] e modificate - anche in modo rilevante - dai recenti interventi, applicabili a differenti strumenti di soluzione della crisi e procedure.

4.1 Misure cautelari

Disciplinate dal comma 1 dell'articolo 54 CCI, le misure cautelari più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza possono essere disposte dal tribunale su istanza di parte.

La nuova formulazione espunge il riferimento alle misure "conservative", che già la dottrina aveva degradato a espressione priva di particolare valenza distintiva nella pratica fallimentare rispetto alle misure cautelari.

Non si ritiene che vi siano argomenti per discostarsi dall'interpretazione giurisprudenziale nella vigenza della legge Fallimentare per cui, trattandosi di misure cautelari, il tribunale sia comunque tenuto a verificare sommariamente:

- la legittimazione dell'istante;
- i presupposti di fallibilità (*rectius*, di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza);
- i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il legislatore del Codice cita espressamente, tra le misure cautelari, la nomina del custode dell'azienda o del patrimonio; rimane tuttavia la stessa impostazione della legge Fallimentare per cui le misure cautelari non sono un catalogo tassativo e viene lasciato spazio a misure atipiche. Sul punto sembra quindi potersi applicare in parte la giurisprudenza formatasi nella vigenza della legge Fallimentare (come d'altra parte confermava la stessa relazione accompagnatoria allo schema del decreto Delegato 14/2019) e si richiamano quindi alcune tipologie di provvedimenti emessi: il sequestro dei beni dell'imprenditore, l'inibitoria al compimento di atti di gestione, la revoca o sospensione dell'organo amministrativo e la nomina di un amministratore giudiziario o di un'altra figura con poteri gestori.

A questi si possono aggiungere, con la nuova disciplina, provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza: per esempio potrebbero essere emessi provvedimenti di sospensione dell'efficacia dei contratti in corso, anticipando gli effetti degli articoli 172 ss. CCI.

Deve invece ritenersi ancora escluso che il provvedimento cautelare possa anticipare gli effetti costitutivi della sentenza di apertura della procedura: dalla relazione accompagnatoria allo schema del decreto delegato originale si desume che l'utilizzo dell'espressione «*effetti della sentenza*» nella prima versione del codice rispetto a «*effetti della decisione*» (come invece l'articolo 700 del Codice di procedura civile, modello della disposizione in commento) sarebbe dettato proprio dall'evitare che il contenuto della misura richiesta «*sia modellato interamente sul contenuto di quelle pronunce*» e quindi anticipi l'apertura della procedura. Il decreto correttivo di quest'anno ha ulteriormente modificato l'espressione da «*effetti della sentenza*» a «*attuazione*

3 Vedi ad esempio i commi 3 e 7 dell'articolo 54 sulle misure protettive richieste nel corso delle trattative e prima del deposito di omologazione degli accordi di ristrutturazione e degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ex articolo 61 CCI.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

delle sentenze», rafforzando questa interpretazione. In questa prospettiva sembrerebbero ancora da escludersi, per esempio, provvedimenti tesi ad anticipare il termine da cui calcolare il periodo sospetto delle azioni revocatorie.

La relazione accompagnatoria allo schema del decreto delegato originale ammette espressamente la possibilità di richiedere provvedimenti cautelari tesi a sospendere le procedure esecutive in corso, in passato non ammessi proprio perché anticipatori degli effetti della sentenza. Si rileva tuttavia che lo stesso legislatore avrebbe già previsto lo strumento tipico per ottenere lo stesso effetto, ossia le misure protettive disciplinate sempre dall'articolo 54, al secondo comma (peraltro più efficace perché concesso a "semplice" richiesta e confermato entrando nel merito solo a posteriori, mentre la misura cautelare non può prescindere da un provvedimento *ad hoc* all'esito di valutazione specifica), anche se legittimato a richiederle è unicamente il debitore. Da quanto sopra, per ottenere la sospensione delle procedure esecutive, sembrerebbe che a diversi legittimati al ricorso corrispondano diversi strumenti di azione: il debitore disporrebbe delle misure protettive, concesse a semplice richiesta al deposito della domanda e sottoposte a un vaglio successivo; creditori, organi di controllo, organi di vigilanza, pubblico ministero, curatore di procedure unitarie di gruppo (se ritenuto legittimato ai sensi dell'articolo 287 CCI) e amministratore delle procedura di insolvenza a rilevanza europea (*si veda il riquadro a pagina seguente*) disporrebbero invece delle misure cautelari, concesse con provvedimento *ad hoc* su istanza di parte e soggetto a vaglio preventivo non necessariamente *inaudita altera parte*.

Quanto al rito, l'articolo 55, comma 1, prevede che la trattazione del procedimento cautelare competa al relatore del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale, se già delegato per l'audizione delle parti (diversamente viene individuato altro giudice). L'articolo 55, comma 2, invece, ricalca quasi pedissequamente l'articolo 669 *sexies* del Codice di procedura civile sul rito cautelare:

- viene dettato un **rito speciale sommario** in cui è omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con libertà del giudice nel disporre gli eventuali atti istruttori indispensabili in relazione alla misura richiesta;
- il **contraddittorio** («sentite le parti») è derogabile qualora possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento.

In tale caso:

1. il giudice provvede con decreto motivato, assunte sommarie informazioni se necessarie;
2. viene fissata l'udienza di comparizione delle parti se non già fissata quella prevista dal procedimento "madre" di apertura della liquidazione giudiziale (nel qual caso, in unica sede sarà trattato anche il cautelare);
3. viene assegnato all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni [4] (e quindi potenzialmente davvero breve) per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice conferma, revoca o modifica il provvedimento con ordinanza;
4. il correttivo 2022 ha inoltre precisato come l'ordinanza sia reclamabile *ex* articolo 669 *terdecies* Cpc (e che le misure perdono efficacia con la sentenza di apertura della procedura - precisazione quest'ultima più rilevante nel contesto degli altri istituti regolati dal Codice rispetto

4 Si dubita che possa richiamarsi la triplicazione del termine per la notifica, nell'ipotesi di notifica all'estero, dettata dall'ultimo comma dell'articolo 669 sexies del Codice di procedura civile, posto che l'articolo 55, comma 2, prevede il termine di otto giorni senza distinzioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

alla liquidazione giudiziale). Ne conviene che l'ordinanza può essere impugnata entro 15 giorni dalla pronuncia innanzi al collegio, di cui non può fare parte il giudice che abbia emesso il provvedimento impugnato; una volta convocate le parti, entro 20 giorni il collegio si pronuncia con ordinanza non impugnabile; il reclamo non sospende automaticamente l'esecuzione dell'ordinanza, che però può essere sospesa (eventualmente subordinando la sospensione a congrua cauzione) con specifica ordinanza qualora per motivi sopravvenuti possa arrecare grave danno.

IL COORDINAMENTO CON LA DISCIPLINA EUROPEA

L'articolo 54, comma 6, prevede che l'amministratore delle procedure di insolvenza a rilevanza europea sia legittimato a chiedere i provvedimenti che dispongano le misure cautelari o protettive.
Occorre preliminarmente ricordare che, ai sensi del regolamento Ue 2015/848, tale è il soggetto che in ciascuno Stato membro ha l'incarico di gestire procedure concorsuali (per esempio, il curatore).
Inoltre, il regolamento (come il Codice, proprio mutuando il principio dalla normativa europea) all'articolo 3, paragrafo 1, indica il centro degli interessi principali dell'impresa (c.d. Comi) quale criterio per la determinazione della giurisdizione e stabilisce al par. 2 che i giudici degli altri Stati membri sono "competenti" ad aprire una diversa procedura (c.d. "procedura secondaria di insolvenza" o "procedura territoriale") solo qualora il debitore possieda nel territorio di tali stati una dipendenza (e limitatamente ai beni che si trovino in tali stati). La "dipendenza" è definita dall'articolo 2, paragrafo 1, n. 10 del regolamento: «qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale di insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni». Sussistono inoltre casi in cui la procedura territoriale non può comunque essere aperta successivamente alla procedura principale.
Premesso quanto sopra, ai sensi della disposizione del Codice in esame, l'amministratore della procedura principale straniera può chiedere le misure cautelari o protettive aventi ad oggetto il patrimonio del debitore in Italia. Qualora non sia stata depositata una domanda di accesso a una procedura nel nostro Paese (perché non possibile o non vi sia l'interesse), l'amministratore è tenuto a rappresentare nella domanda le condizioni di effettivo ed imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti i creditori in base alla procedura concorsuale straniera. Si segnala sul punto che ai sensi dell'articolo 36 del regolamento, l'amministratore straniero può contrarre un impegno unilaterale a soddisfare i creditori sul patrimonio del debitore situato in Italia allo stesso modo in cui tali creditori sarebbero soddisfatti secondo la disciplina italiana; in tal caso, ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 2, il giudice italiano è tenuto a non aprire la procedura secondaria in Italia.
Si pone tuttavia il tema della competenza del tribunale italiano a conoscere della domanda dell'amministratore qualora non sia stata presentata in Italia la domanda per l'apertura della procedura concorsuale. Di norma è competente lo stesso tribunale che conosce della domanda di accesso alla procedura, individuato dal Codice in base criterio mutuato dal regolamento citato: il Comi. Tuttavia, trattandosi nel caso in ipotesi di una procedura aperta all'estero, a rigore anche il Comi dovrebbe trovarsi all'estero, proprio presso il circondario dell'autorità giudiziaria straniera che ha aperto la procedura. Si possono quindi immaginare due soluzioni all'impasse:
- qualora sia presente una dipendenza in Italia, potrebbe essere ritenuto competente il tribunale individuato con riferimento alla dipendenza;
- qualora invece non sia riscontrabile una dipendenza in Italia, l'amministratore non si avvarrà dell'articolo 54, comma 6 CCI ma dei poteri di cui dispone ai sensi del diritto del Paese della procedura principale che, secondo l'articolo 21 del regolamento, può esercitare in tutta l'Unione fintanto che non sia emesso da un giudice locale un provvedimento conservativo contrario nel contesto di un giudizio per l'apertura di una procedura secondaria o non sia definitivamente aperta una procedura secondaria locale.

L'articolo 55, comma 2, sembra invece non aver completamente disciplinato l'ipotesi in cui il giudice ritenga che la previa instaurazione del contraddittorio possa pregiudicare gli effetti del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

provvedimento e quindi provveda con decreto per poi fissare successiva udienza di comparizione delle parti. Si rileva infatti come l'articolo 669 *sexies*, Cpc, che - come già detto - costituisce il modello di questa disposizione, preveda dopo il primo periodo in cui viene descritto il rito sommario, l'inciso *«e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda»*. Si può ragionevolmente ritenere che anche nell'ipotesi in esame il giudice provveda con ordinanza, sentite appunto le parti - e fissando quindi all'uopo un'udienza oppure rimettendo la trattazione all'udienza *ex* articolo 41 CCI - e che quindi l'ultimo periodo introdotto dal correttivo 2022 in tema di impugnazione dell'ordinanza (commentato al paragrafo precedente, ultimo punto), si applichi sia al provvedimento che disponga o rigetti le misure cautelari, sia al provvedimento che confermi, revochi o modifichi le misure cautelari disposte *inaudita altera parte* con decreto.

4.2 Misure protettive

Le misure protettive di cui all'articolo 54, comma 2 e ss. CCI consistono nel divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari aventi a oggetto il patrimonio del debitore[5].

Come già rilevato, nel Codice della crisi tali misure devono essere espressamente richieste dal debitore con la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza e sono soggette a un vaglio successivo del tribunale, che può confermarle o revocarle.

Nella legge Fallimentare questi effetti non erano previsti per l'istanza di fallimento, mentre erano automatici (e sino a conclusione della procedura) negli altri casi in cui veniva promosso l'accesso a una procedura concorsuale.

Occorre evidenziare come si tratti di un istituto che ragionevolmente sarà utilizzato meno nell'ambito della liquidazione giudiziale rispetto agli altri contesti disciplinati dal Codice posto che l'interesse del debitore (unico legittimato a richiedere le misure protettive, v. *infra*) a bloccare azioni esecutive e cautelari sul proprio patrimonio, onde garantirsi le condizioni per proseguire l'attività e per negoziare una soluzione che eviti proprio la liquidazione giudiziale, in questa fase tendenzialmente non sussiste, rimanendo solo un eventuale impegno (più che altro nella prospettiva di essere positivamente valutati dagli organi della imminente procedura o di limitare il "danno") a evitare incrementi del passivo quantitativi o qualitativi[6] o a rendere più agevole la successiva attività della curatela[7]. Declinando comunque le misure protettive nella liquidazione giudiziale, si rileva che:

---

5 Si segnala che l'articolo 54, comma 2 terzo periodo prevede che il debitore possa chiedere, con apposita istanza, "ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza". Dato il presupposto che una "fase delle trattative" sia in corso, si ritiene non applicabile questa disposizione al procedimento di apertura della liquidazione giudiziale autonomamente considerato; pertanto, nel proseguo della disamina dell'istituto, in particolare nei paragrafi dedicati al rito, non si commenterà la specifica procedura destinata a decidere su tale istanza ex articolo 55, comma 2, CCI e si rileverà, quindi, una differenza tra il rito comune descritto per le misure cautelari e il rito destinato alle misure protettive "ordinarie".

6 Si pensi al privilegio ex articolo 2770 Cc che assiste le spese di giustizia per atti conservativi o per l'espropriazione di beni immobili.

7 Ipotesi, a onor del vero, da ricondursi più a manuali di scuola e alla categoria dei "cigni neri" che alla realtà sperimentata dai curatori negli ottant'anni di vigenza della pensionata legge Fallimentare (in generale sul tema dell'impatto interno di valore si veda A. Danovi, Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa, Milano, 2014.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- il **debitore** è indicato quale **unico legittimato a richiedere le misure protettive**; gli altri legittimati al deposito del ricorso per l'apertura della procedura (creditori, organi di controllo, organismi di vigilanza, pubblico ministero, amministratore delle procedure a rilevanza europea e, nel caso dell'insolvenza di gruppo, curatore del gruppo per le imprese non ancora sottoposte alla procedura concorsuale unitaria - accedendo alla tesi per cui l'articolo 287 CCI attribuisca una legittimazione speciale e non solo un potere di impulso nei confronti di altri legittimati) non sono contemplati: la scelta non pare condivisibile perché è ragionevole che il ricorso da parte del pubblico ministero e dei creditori sarà abbastanza frequente (più frequente di quello del debitore in crisi) e si tratta di soggetti che, come già accennato, possono avere un più attuale interesse all'anticipazione degli effetti dell'articolo 150 CCI alla data della domanda rispetto al debitore. Vero è che questi soggetti possono ottenere il medesimo effetto attraverso le misure cautelari; tuttavia, come già anticipato, si tratta di un *iter* più complesso e privo del parziale automatismo che invece caratterizza le misure protettive;
- il **divieto di iniziare o continuare azioni esecutive o cautelari** è mutuato dall'articolo 168 legge Fallimentare sul concordato preventivo; chiaramente, nella liquidazione giudiziale l'utilità è decisamente ridimensionata poiché la disposizione si limita ad anticipare effetti che l'articolo 150 CCI prevede comunque all'apertura della procedura concorsuale. Si segnala tuttavia che mentre l'articolo 150 CCI fa salve le diverse disposizioni di legge (si pensi per esempio all'articolo 41, comma 2 Tub che prevede il c.d. "privilegio processuale" del credito fondiario in forza del quale l'azione esecutiva promossa dalla banca sui beni ipotecati a garanzia di tale credito può essere iniziata o proseguita anche dopo il fallimento), nulla prevede in merito l'articolo 54, comma 2. Non sembra però così remoto estendere analogicamente eccezioni agli effetti della liquidazione giudiziale dettate dalle leggi speciali alla misura premiale in esame, considerato lo scopo meramente anticipatorio di tale misura in questo contesto;
- sono state mutuate dall'articolo 168 legge Fallimentare anche la **sospensione delle prescrizioni e l'interruzione delle decadenze** che si riferiscono, evidentemente, non al debitore ma ai creditori che non possano iniziare o proseguire le procedure esecutive onde non danneggiarli in modo irreversibile a causa dell'effetto sospensivo.

Il correttivo 2020 ha poi introdotto per le misure protettive una durata massima di quattro mesi mantenuta nel testo del 2022 (articolo 54, comma 3)[8]: intervallo temporale ampiamente sufficiente per giungere, nella vigenza della legge Fallimentare, ad una sentenza di fallimento in proprio (tendenzialmente caratterizzata da un iter prefallimentare più rapido per ovvi motivi).

Quanto al procedimento:

- le misure protettive vengono richieste dal debitore con il ricorso *ex* articolo 40 e sono immediatamente efficaci a far data dall'iscrizione della domanda al registro delle imprese[9] ma soggette a successiva conferma;

8 L'ipotesi di proroga prevista dall'articolo 55, comma 4, CCI è riservata a contesti diversi dalla liquidazione giudiziale, presupponendo "significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione".

9 Si ricorda che: la comunicazione della domanda al registro delle imprese avviene a cura della cancelleria ex articolo 40, comma 3, CCI entro il giorno successivo al deposito della domanda; l'iscrizione avviene entro un giorno dalla comunicazione. Poiché le misure protettive non sono mai un effetto automatico del deposito della domanda ma devono essere richieste dal debitore, la disposizione prevede che in tal caso ne sia fatta menzione da parte del conservatore del registro.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- il relatore del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale, se già delegato per l'audizione delle parti, è designato anche quale giudice della trattazione della richiesta di misure protettive;
- entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda al registro delle imprese, eventualmente assunte sommarie informazioni, il giudice con decreto conferma le misure protettive, stabilendone la durata, o le revoca e tale decreto viene trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione;
- il decreto è reclamabile *ex* articolo 669 *terdecies* Cpc.[10] Qualora il decreto non venga iscritto nel termine previsto (30 giorni dalla iscrizione del ricorso con cui sono state richieste le misure protettive) è prevista la cessazione degli effetti protettivi. La cessazione automatica degli effetti per mancata iscrizione è stata introdotta sin dalla prima versione del Codice su istanza della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, adeguando la disposizione in esame all'articolo 6 della proposta di direttiva riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva che *«subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione, caso per caso, dell'autorità giudiziaria»*; secondo la relazione accompagnatoria, il Consiglio di Stato e la Commissione Giustizia del Senato, nei rispettivi pareri sulla disposizione, avevano tuttavia chiesto maggiore flessibilità - preoccupati delle conseguenze per il debitore cui potrebbe non essere imputabile il ritardo - che si è tradotta nel raddoppio del termine di quindici giorni originariamente previsto e nell'eliminazione del riferimento all'udienza di conferma lasciando il solo riferimento al decreto. Con il correttivo 2022 è stata inoltre espressamente prevista, per il caso di cessazione degli effetti per mancata iscrizione del decreto di conferma, la possibilità di riproporre la domanda per ottenere le misure protettive[11].

Quanto al comma 5 dell'articolo 55, che prevede la possibilità di revoca delle misure in caso di atti in frode, sembra poco rilevante rispetto alla liquidazione giudiziale dove le misure protettive assumono eventualmente una funzione di tutela della massa creditoria più che del debitore. Ancora più teorica in questo contesto è la revoca in caso di astratta inidoneità dell'attività del debitore per "agevolare le trattative".

10 Si richiama la breve disamina della medesima disposizione al paragrafo relativo alle misure cautelari.

11 Senza tuttavia prevedere la modalità con cui riproporla. Essendo già pendente il procedimento introdotto con il ricorso ex articolo 40, è ragionevole che il debitore formuli apposita istanza sulla falsariga di quanto previsto per la richiesta di misure temporanee di cui all'articolo 54, comma 2, terzo periodo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

Gli atti di frode e l'apertura della liquidazione giudiziale

Daniele Portinaro

SOMMARIO: 5.1 Atti di frode – 5.2 Tipologia – 5.3 Ulteriori ipotesi di revoca del concordato preventivo – 5.4 Procedimento di revoca

Anche nel nuovo concordato preventivo trova spazio una norma che consente al tribunale di esercitare penetranti poteri di controllo in pendenza di procedura, revocandone l'apertura laddove emergano a posteriori circostanze che avrebbero impedito l'apertura del concordato preventivo ovvero ne pregiudicano il corretto svolgimento. L'articolo 106 CCI - che disciplina le ipotesi di interruzione del concordato preventivo nei casi di assenza dei requisiti necessari per l'apertura della procedura e di compimento da parte del debitore, sia prima sia nel corso del procedimento stesso, di atti di frode - costituisce una sorta di "valvola di sicurezza", che consente al giudice di verificare costantemente la sussistenza dei presupposti normativi cui è subordinata, in ultima istanza, l'esdebitazione del proponente.

Da una prima lettura del testo dell'articolo 106 CCI si può agevolmente notare come le prescrizioni in materia di atti di frode non si differenzino da quelle nell'articolo 173 legge Fallimentare ma, anzi, siano nel loro contenuto pressoché identiche a queste ultime.

Tale circostanza, unita al fatto che l'istituto del concordato preventivo sembrerebbe aver mantenuto la sua natura "privatistica" di accordo tra debitore e creditori, dovrebbe indirizzare gli interpreti a decodificare la disposizione in esame in modo del tutto analogo rispetto all'articolo 173 legge Fallimentare. La conclusione cui si è giunti conduce, dunque, ad accogliere gli orientamenti ermeneutici formatisi con l'attuale legge Fallimentare.

Focalizzando l'attenzione sulla disposizione in esame, in termini assolutamente generali è possibile operare una preliminare distinzione tra le varie circostanze che determinano un arresto del concordato: quelle di natura meramente oggettiva e quelle di natura essenzialmente soggettiva. Le prime sono individuabili nelle condizioni per l'ammissione alla procedura, le quali devono sempre sussistere anche in pendenza della medesima; le seconde, invece, si riferiscono al comportamento fraudolento tenuto dall'imprenditore sia prima sia successivamente all'apertura del concordato preventivo.

In ambedue i casi il tribunale, ai sensi dell'articolo 106, comma 3 CCI, in presenza di apposita istanza da parte di un creditore o del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore.

Inoltre, così come previsto dall'articolo 173 legge Fallimentare, ai sensi dell'articolo 106, com-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ma 1 CCI, il soggetto deputato a controllare l'eventuale commissione di atti di frode da parte del debitore è il commissario giudiziale, il quale "accerta", nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza e integrale rilevanza, condotte che inizialmente sono state ignorate dagli organi della procedura e dal ceto creditorio.

5.1 Atti di frode

Gli atti di frode commessi dal debitore, sia prima sia durante il concordato, determinano l'interruzione della procedura concorsuale.

Il legislatore della riforma mantiene la previsione della revoca del concordato per le condotte indicate dall'articolo 106 - descritte *infra* dettagliatamente - non in quanto indici di "immeritevolezza" del debitore che chiede di accedere alla procedura di concordato ma in quanto dotate di una oggettiva attitudine decettiva.

Come noto, infatti, il requisito della meritevolezza - la procedura concordataria era considerata un vero e proprio beneficio, da riservare esclusivamente all'imprenditore "onesto ma sfortunato" - è stato espunto, con la legge 14 maggio 2005, n. 80, dalle condizioni in presenza delle quali è possibile accedere al concordato. Dal momento di entrata in vigore della riforma del 2005 le condotte di frode poste in essere dal proponente che aspira a ottenere l'omologazione del concordato e la successiva esdebitazione non hanno più un'autonoma rilevanza, ma possono essere la causa della revoca della procedura solamente nel caso in cui esse siano in grado di alterare e falsare la valutazione sulla convenienza della proposta (rispetto all'alternativa liquidatoria) che spetta ai creditori (consenso informato).

IN SINTESI

Sia la legge Fallimentare sia l'articolo 106 CCI attribuiscono rilevanza non a qualunque atto di frode realizzato dal debitore prima dell'apertura o durante la procedura bensì unicamente a quelli che occultano o mistificano situazioni di fatto idonee a incidere sulla valutazione di competenza del ceto creditorio.

La Corte di Cassazione, con una pronuncia che conserverà tutto il suo valore precettivo - visto quanto già affermato in merito all'identità delle disposizioni rispetto alle previsioni della legge Fallimentare -, ha statuito che sono fraudolenti i comportamenti idonei a pregiudicare la possibilità dei creditori di compiere le valutazioni di loro competenza, avendo piena consapevolezza dell'effettiva consistenza e della reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa. Di talché, si deve concludere sostenendo che «nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma solo l'attività del proponente il concordato volta a occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio» (Cassazione 23 giugno 2011, n. 13818).

Anche la giurisprudenza di merito ha sposato l'orientamento ermeneutico adottato dal giudice di legittimità, affermando che non tutte le condotte fraudolente antecedenti alla presentazione della domanda di concordato preventivo sono di per sé stesse ostative alla prosecuzione della procedura.

Sotto questo profilo, è bene segnalare che risulta assolutamente irrilevante la circostanza che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'atto commesso dall'imprenditore proponente costituisca un illecito civile o penale: ciò che risulta determinante è la sua capacità di inficiare il percorso logico-decisionale che effettua il creditore nel momento in cui giudica la convenienza della proposta di concordato. In altre parole, la condotta del debitore, indipendentemente dal fatto che possa essere qualificata come contraria ai dettami civilistici o penalistici, assume rilevanza unicamente ed esclusivamente per il fatto che è strumentale a ottenere il consenso di coloro che devono esprimere il loro voto su una proposta, mediante una errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della medesima impresa debitrice.

TRIBUNALE DI MILANO 28 APRILE 2011

«La individuazione delle condotte a tal fine rilevanti deriva dalla armonizzazione della soppressione del requisito della meritevolezza, nonché di tutte le condizioni di ammissibilità del concordato che il testo previgente dell'articolo 160, legge Fallimentare - Rd 267/1942 - ancorava a requisiti di natura etica, con la previsione dell'attuale articolo 173, legge Fallimentare, ove il legislatore ha comunque mantenuto la rilevanza ostativa di fatti quali l'occultamento di parte dell'attivo e l'esposizione di passività inesistenti, o la commissione di "altri atti di frode". L'armonizzazione dei principi sopra indicati porta, quindi, necessariamente a circoscrivere la sfera di applicabilità del primo comma del citato articolo 173 a quei soli comportamenti che per gravità e importanza siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte dell'imprenditore a un istituto che gli assicura, a differenza del fallimento, il beneficio dell'esdebitazione, oltre che il dimezzamento delle pene previste per i reati previsti dagli articoli 216 e seguenti legge Fallimentare. In tale prospettiva, il criterio per selezionare la rilevanza degli "altri atti di frode" non può che dipendere dall'impatto che la condotta abbia avuto nella causazione della crisi e, soprattutto, sull'entità della stessa. Appare difficile, infatti, poter sostenere che la condotta risoltasi nella sottrazione fraudolenta di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori non osti alla prosecuzione della procedura (e prima ancora, per ragioni di economia, all'apertura) quando risulti che essa abbia causato o concausato la crisi, o dilatato in maniera significativa il passivo, con corrispondente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori. In una logica di questo tipo assumeranno, quindi, rilievo diversi elementi, quali soprattutto l'entità della diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore, da considerarsi in rapporto alle dimensioni del dissesto, e anche la maggiore o minore prossimità della sottrazione al momento di manifestazione della crisi e il maggiore o minor disvalore sociale della condotta fraudolenta».

Nondimeno, sempre in termini generali, le condotte fraudolente poste in essere dal proponente assumono rilievo in quanto obiettivamente idonee ad alterare e falsare il giudizio del ceto creditorio, essendo irrilevante che i creditori siano tratti concretamente ed effettivamente in inganno dal debitore. Ciò che rileva, dunque, è solo il comportamento del ricorrente e non l'effettiva consumazione della frode a danno dei creditori.

A suggerire questa soluzione è l'automaticità dell'applicazione della sanzione della revoca del concordato, come accade in applicazione dell'articolo 173 legge Fallimentare, laddove si prescrive che il tribunale, accertato il compimento dell'atto di frode, provvede ai sensi dell'articolo 49, comma 2 CCI.

Un'ulteriore conseguenza del fatto che la meritevolezza non sia prevista tra i requisiti per accedere al concordato preventivo nel Codice e che, ai fini della revoca dell'apertura della procedura, rilevi unicamente la circostanza che la condotta di frode posta in essere dal debitore sia idonea a trarre in inganno i creditori e, in definitiva, a pregiudicare la corretta formazione del consenso sulla proposta, è rappresentata dal peso specifico dell'eventuale *disclosure* effettuata dal soggetto ricorrente.

Laddove il proponente, infatti, esponga in modo chiaro ed esaustivo il comportamento frau-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dolento realizzato precedentemente al deposito del ricorso per l'ammissione al concordato, viene meno l'attitudine di quest'ultimo ad alterare l'*iter* decisionale del creditore, il quale, essendo a conoscenza della condotta, può formulare un giudizio consapevole sulla convenienza o meno della proposta concordataria rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

COMPORTAMENTO ATTUALE DELL'IMPRENDITORE

È possibile affermare che, anche nel nuovo concordato preventivo, assume rilievo unicamente il comportamento attuale dell'imprenditore - quello tenuto nel momento in cui viene redatta e depositata la proposta - e non quello anteriore (e fraudolento) tenuto prima di accedere alla procedura concorsuale.

Peraltro, è bene precisare che la rappresentazione al ceto creditorio delle condotte di frode poste in essere deve essere effettiva ed essere contenuta nel testo del piano, non essendo sufficiente l'indicazione nelle sole scritture contabili ovvero nel bilancio di esercizio.

Questi documenti, infatti, si limitano a esprimere in termini numerici gli atti realizzati e non consentono la piena cognizione dei medesimi e delle loro conseguenze.

L'articolo 106, comma 1 CCI, peraltro, prescrive che l'arresto della procedura concordataria costituisca la conseguenza dell'accertamento da parte del commissario giudiziale di atti di frode.

Tale previsione deve essere necessariamente coordinata con quanto in precedenza affermato sulla *disclosure* dei comportamenti compiuti dal debitore, la quale elimina la portata decettiva delle condotte medesime, così "sanando" i vizi che impedirebbero l'omologazione del concordato.

Sotto questo profilo è bene precisare che la rappresentazione "sanante" non può pervenire dall'organano commissariale, deputato per legge alle verifiche sulla regolarità della procedura, ma deve essere effettuata dal medesimo debitore. Di talché, come già statuito dalla giurisprudenza di legittimità interpretando l'articolo 173 legge Fallimentare, l'eventuale voto favorevole della proposta di concordato a seguito dell'accertamento degli atti di frode è del tutto ininfluente e non impedisce la revoca del concordato.

In ultimo, sempre in termini generali, è opportuno segnalare che gli atti di frode di cui all'articolo 106 CCI, così come qualsiasi condotta fraudolenta sanzionata dall'ordinamento giuridico, dovranno essere sorretti da un atteggiamento psicologico di natura dolosa. In altre parole, sarà necessario che il debitore agisca scientemente, ossia rappresentandosi la condotta nella sua globalità, e con volontà di occultare situazioni di fatto in grado di alterare il giudizio di un creditore sulla proposta di concordato.

In questo senso, sorge spontaneo domandarsi quale sia la tipologia di dolo che deve caratterizzare il comportamento dell'imprenditore proponente.

Non vi è dubbio che un dolo specifico, inteso come realizzazione degli atti di frode al fine specifico di inficiare la valutazione di convenienza economica della proposta, sia censurabile e dia sicuramente adito alla revoca del concordato.

Diversamente, appare incerta la possibilità di applicare la previsione sanzionatoria della revoca della procedura in presenza di un dolo eventuale, che si caratterizza per la volontarietà della condotta considerata nella sua oggettività ma non per la circoscritta finalità di alterare il giudizio dei creditori. Il dolo eventuale, infatti, consiste nell'atteggiamento psicologico di consapevolezza che la propria condotta possa produrre un determinato risultato, senza che quest'ultimo sia lo specifico fine al cui conseguimento mira il soggetto agente; esso, per l'appunto, accetta sempli-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cemente il rischio che un certo evento possa essere la conseguenza diretta di una propria condotta senza tuttavia voler produrre quel preciso risultato.

Seguendo gli approdi della giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata sull'articolo 173 legge Fallimentare è possibile concludere che, ai fini della revoca del concordato, non assume rilevanza la specifica finalità di frodare le ragioni creditorie ma risulta sufficiente che l'attore abbia agito consapevolmente, accettando il rischio che la propria condotta possa inficiare la valutazione di coloro che devono esprimersi sulla proposta.

5.2 Tipologia

Gli atti di frode possono essere suddivisi in due categorie: gli atti di frode tipici e gli atti di frode atipici.

I primi sono racchiusi nel comma 1, laddove si dispone che il commissario giudiziale debba riferire con sollecitudine al tribunale laddove «*accerti*» che il debitore abbia «*occultato o dissimulato parte dell'attivo*» nonché «dolosamente *omesso di denunciare uno o più crediti*» ovvero «*esposto passività inesistenti*».

La seconda categoria, invece, è quella residuale, individuata con la denominazione di «*altri atti di frode*», la quale abbraCCIa tutti i comportamenti ingannevoli non previamente tipizzabili.

5.2.1 Gli atti di frode tipici

La prima condotta rilevante è quella di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo di pertinenza del debitore.

L'occultamento può essere definito come l'attività di materiale sottrazione alla massa concordataria di beni che fanno parte delle attività dell'imprenditore proponente. La dissimulazione, invece, consiste nella sottrazione giuridica dell'attivo del debitore, la quale può concretamente realizzarsi mediante l'intestazione fiduciaria o la vendita simulata di beni.

Come è evidente, tali atti, alterando la percezione dei creditori sull'effettivo patrimonio attivo della società in procedura, sono idonei a inficiare la formazione della volontà della massa in merito alla proposta concordataria.

Del pari, caratterizzata da una indubbia valenza decettiva risulta la dolosa omissione di denuncia di crediti da parte del proponente.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione dell'omologa condotta contenuta nell'articolo 173 legge Fallimentare, la disposizione si riferisce a crediti che terzi vantano nei confronti del debitore ammesso al concordato e non, viceversa, a posizioni attive vantate dal ricorrente nei confronti di terzi (Cassazione 20 settembre 2017, n. 21843).

L'illecito, dunque, si risolve in una vera e propria reticenza rispetto ai valori del passivo concordatario, che determina una distorsione della valutazione spettante al ceto creditorio per il fatto di non essere a conoscenza delle reali prospettive di soddisfazione nell'ipotesi di liquidazione del patrimonio dell'imprenditore.

Ovviamente, una qualunque pretesa creditoria non può essere sufficiente per arrestare la pro-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cedura di concordato preventivo: il diritto vantato, infatti, dovrà apparire fondato all'esito di una sommaria valutazione.

In caso contrario, qualsiasi pretesa, anche meramente peregrina, darebbe adito alla revoca del concordato.

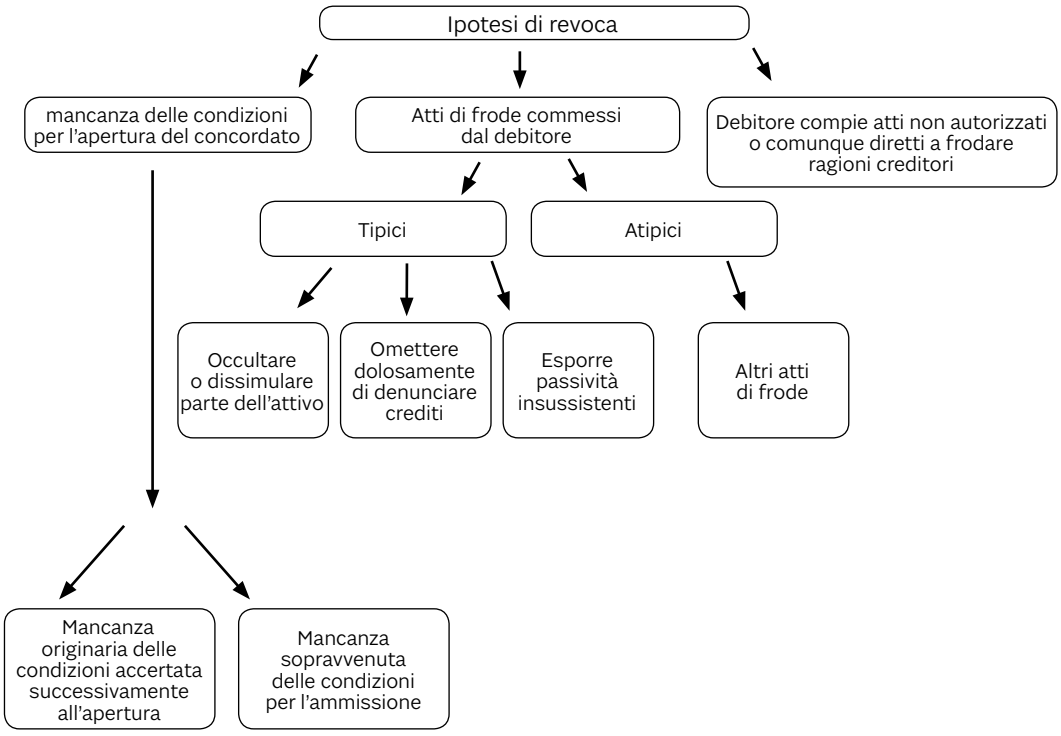
Un'ulteriore condotta sanzionata dall'articolo 106 CCI con la revoca dell'apertura della procedura concorsuale è quella della "esposizione di passività inesistenti".

Questa - così come quella di dolosa omissione di denuncia di crediti - si risolve necessariamente in una (voluta) alterazione delle scritture contabili, la quale, incrementando il valore del passivo concordatario, permette la distrazione di risorse in favore di soggetti che non vantano alcun diritto di credito nei confronti del ricorrente ovvero un miglior trattamento di alcuni specifici creditori.

Peraltro, laddove l'alterazione delle scritture contabili non sia volontaria, o, in altre parole, sia semplicemente il frutto di errori (anche di carattere valutativo) commessi dal debitore, la condotta non può essere ascritta alla fattispecie in parola. In tal caso, il comportamento del debitore risulta conforme ai canoni di correttezza e buona fede che, secondo la Cassazione, rappresentano i principi cui deve attenersi il ricorrente nella procedura concorsuale (Cassazione 23 giugno 2011, n. 13818).

Esemplificando, può essere qualificata come esposizione di passività insussistenti la condotta dell'imprenditore ammesso a concordato che stipula accordi transattivi nei quali si riconosce debitore della controparte senza che quest'ultima effettui le "concessioni" richieste dall'articolo 1965 del Codice civile.

Mediante tale comportamento, il debitore incrementa fittiziamente le passività del piano, riduce il soddisfacimento degli altri creditori e altera il calcolo della maggioranza e il risultato delle operazioni di voto.



RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.2.2 Gli atti di frode atipici

Con una espressione di chiusura, il legislatore della riforma, come già accade per l'articolo 173 legge Fallimentare, ha prescritto che il commissario giudiziale debba riferire immediatamente al tribunale anche nel caso in cui accerti il compimento di «*altri atti di frode*».

Con tale previsione si intende estendere l'applicazione la sanzione della revoca del concordato a tutte le condotte connotate da fraudolenza che non sono ascrivibili alle fattispecie tipiche descritte in precedenza.

In questo modo si permette l'intervento del commissario e, conseguentemente, dell'autorità giudiziaria in tutti quei casi in cui il debitore proponente ha tenuto comportamenti aventi una significativa valenza decettiva ma non espressamente individuate e descritte dal disposto normativo.

Per identificare gli atti che possono essere ascritti alla residuale categoria prevista dall'articolo 106, comma 1 CCI, occorre prendere le mosse da quanto esposto in precedenza in merito al requisito che deve essere proprio di tutte le condotte fraudolente che possono determinare l'arresto della procedura, il quale deve essere riconosciuto nell'idoneità ad alterare la valutazione del creditore sulla convenienza della proposta concordataria e, dunque, nella capacità di inficiare l'*iter* logico di formazione del giudizio. In altre parole, una condotta, per essere qualificata come atto di frode, deve essere astrattamente in grado di trarre in inganno il ceto creditorio in merito alla propria soddisfazione nell'ipotesi di liquidazione del patrimonio imprenditoriale.

Fatta questa premessa, risulta più agevole tentare di definire il perimetro di questa categoria residuale.

Una condotta che sicuramente può essere qualificata come fraudolenta è quella di dissipazione o distruzione del patrimonio aziendale, tutte le volte in cui essa abbia determinato, o concorso a determinare, lo stato di crisi dell'impresa. Mediante atti di tal natura, infatti, il debitore, diminuendo la generale garanzia patrimoniale di cui all'articolo 2740 del Codice civile, pregiudica in modo immediato e diretto il diritto vantato dai creditori.

5.3 Ulteriori ipotesi di revoca del concordato preventivo

L'articolo 106, comma 2 CCI, del tutto analogamente all'articolo 173, comma 3 legge Fallimentare, dispone ulteriori ipotesi di revoca del concordato preventivo.

Precisamente, il commissario riferisce immediatamente al tribunale nel caso in cui accerti il compimento da parte del debitore di atti non autorizzati, ovvero comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, nonché quando emerga la mancanza (anche sopravvenuta) delle condizioni prescritte dalla normativa per l'apertura della procedura.

L'ultima ipotesi, con ogni evidenza, è la più semplice: se il commissario ravvisa, per elementi scoperti solo successivamente, che nel momento in cui il concordato preventivo è stato aperto, superando l'iniziale vaglio di ammissibilità del tribunale, non sussistevano le condizioni di legge, o che i requisiti sono venuti meno, deve dare immediatamente impulso all'arresto della procedura, comunicando la circostanza all'autorità giudiziaria.

Volgendo lo sguardo alle due ulteriori ipotesi, costituiscono condotte sanzionabili con la revoca del concordato i pagamenti di debiti anteriori all'ammissione al concordato non autorizzati dagli organi della procedura, in quanto vanno a pregiudicare la piena realizzazione del principio della *par condicio creditorum*, mediante la soddisfazione alcuni creditori a discapito di altri.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Del pari, la compensazione di crediti sorti in pendenza di procedura con debiti che si sono formati precedentemente rispetto all'apertura rappresenta un atto diretto a frodare le ragioni del ceto creditorio, sanzionabile, *ex* articoli 49, comma 2 e 106, comma 1 CCI con l'arresto del procedimento.

5.4 Procedimento di revoca

Come accennato, l'articolo 106, comma 1 CCI dispone che il commissario giudiziale, accertata la commissione dell'atto di frode da parte del debitore, informa immediatamente il tribunale, il quale lo comunica ai creditori e al pubblico ministero e provvede ai sensi dell'articolo 49, comma 2 CCI.

L'articolo 49, comma 2 CCI, a sua volta, stabilisce che il tribunale provvede aprendo la procedura di liquidazione dei beni - letteralmente, «*allo stesso modo*» rispetto a quanto indicato nell'articolo 49, comma 1 - nei casi previsti dall'articolo 106 CCI, e, dunque, laddove accerti il compimento di atti di frode ovvero la carenza delle condizioni di ammissibilità del concordato.

L'articolo 49 CCI, pertanto, non prevede in modo espresso la revoca della procedura, ma, al contrario, prescrive l'apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio del debitore.

A una prima lettura, sembrerebbe che il legislatore della riforma abbia espunto dal testo normativo il provvedimento di revoca e abbia previsto, quale conseguenza (automatica) dell'accertamento di condotte fraudolente del debitore, unicamente l'apertura della procedura liquidatoria.

Tuttavia, tale conclusione non sembra poter essere accolta.

Lo stesso articolo 106, comma 3 CCI, infatti, stabilisce che, all'esito del procedimento di cui al comma 1, il tribunale può aprire la dichiarazione giudiziale dei beni del debitore solo su istanza di un creditore o del pubblico ministero, confermando quanto già previsto dall'articolo 173, comma 2 legge Fallimentare, il quale esclude la declaratoria di fallimento d'ufficio da parte del collegio giudicante.

Essendo, dunque, l'instaurazione della procedura liquidatoria la conseguenza della presentazione di un'apposita domanda da parte dei soggetti legittimati, l'unico immediato risvolto dell'accertamento di condotte fraudolente del debitore non può che essere la definizione della procedura di concordato precedentemente aperta, analogamente a quanto già accadeva in vigenza della legge fallimentare. La mancata indicazione del provvedimento di revoca, pertanto, appare una mera dimenticanza del legislatore della riforma.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

Liquidazione giudiziale, presupposti e organi preposti

Bruno Bartoli

SOMMARIO: 6.1 Presupposti della liquidazione giudiziale – 6.2 Poteri del tribunale concorsuale – 6.3 Poteri del giudice delegato – 6.4 Reclami contro i decreti del giudice delegato e del tribunale – 6.5 Nomina del curatore – 6.6 Accettazione del curatore – 6.7 Gestione della procedura – 6.8 Esercizio delle attribuzioni del curatore – 6.9 Revoca o sostituzione del curatore – 6.10 Responsabilità del curatore – 6.11 Comitato dei creditori

Il Titolo V del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza disciplina la «liquidazione giudiziale» degli imprenditori commerciali individuali, e delle società che:

- versino in stato d'insolvenza per come definita all'articolo 2, comma 1, lettera *b)*, **ambito soggettivo**;
- non dimostrino di non essere imprese minori *ex* articolo 2, comma 1, lettera *d),* **ambito oggettivo**.

6.1 Presupposti della liquidazione giudiziale

Limitandoci in questa sede alle novità del Codice riferite all'insolvenza di singole imprese commerciali, anche se per completezza si precisa che introduce al Titolo VI disposizioni regolanti anche l'insolvenza dei gruppi d'imprese inesistenti nella legge Fallimentare, osserviamo che nella sostanza nulla è cambiato sui presupposti dello stato d'insolvenza per come disciplinati all'articolo 5 legge Fallimentare, e di esclusione dalla fallibilità per limiti dimensionali di cui all'articolo 1 legge Fallimentare, mentre molto si è modificato in termini di forma e sostanza nella denominazione stessa della procedura con l'eliminazione del termine «*fallimento*», sostituito da «*liquidazione giudiziale*».

Al contempo il termine «*fallito*» viene sostituito con «*debitore*»; in realtà, all'articolo 1 quest'ultimo termine viene utilizzato dal Codice non solo in riferimento agli imprenditori commerciali individuali o in forma societaria diversi dalle imprese minori, quindi assoggettabili alla liquidazione giudiziale, ma più complessivamente: «*... sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici*».

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il legislatore ha così ritenuto di allinearsi nel percorso di armonizzazione normativa in sede comunitaria sviluppatasi recentemente dopo che per tanti decenni successivi all'ultimo dopoguerra l'Unione europea non si era approcciata alle questioni di gestione delle crisi d'impresa (*v. riquadro a pagina seguente*).

Come già nel fallimento, il percorso della liquidazione giudiziale è strumentale alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente per consentire il riparto a favore dei creditori sulla base della graduazione dei loro crediti, ma in una logica diversa dal passato quando l'obiettivo era quello di espellere dal mercato l'imprenditore

insolvente, *ipso facto* qualificato per colpevole incapacità di corretta gestione degli affari.

Al debitore l'insolvenza non viene più attribuita quale esclusiva conseguenza di colpevole inettitudine o di attività fraudolente, bensì quale possibile evento che può interessare un'attività intrinsecamente connotata dal rischio economico.

6.2 Poteri del tribunale concorsuale

Il Codice non è intervenuto con modifiche sul ruolo e di poteri del tribunale, limitandosi a sostituire il termine «*... fallimentare*» con «*... concorsuale*» e confermandone il **ruolo apicale con competenza di vigilanza diffusa** su tutta la procedura e, ove non ne sia attribuita la competenza al giudice delegato, di decisione sulle controversie e nomina o revoca degli organi della procedura.

6.3 Poteri del giudice delegato

Come per il tribunale il Codice non è intervenuto con modifiche di rilievo nell'attribuzione dei poteri del giudice delegato alla liquidazione giudiziale.

Confermando una struttura che attribuisce le funzioni di direzione della procedura al curatore, il giudice delegato è di **riferimento per le attività di vigilanza e controllo sulla regolarità e funzionalità della gestione**, anche interagendo con il curatore e il comitato dei creditori e riferendo al collegio del tribunale come relatore sugli affari in cui è richiesto un provvedimento del medesimo.

LE DEFINIZIONI

Insolvenza, «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (articolo 2, comma 1, lettera b) del Codice.

Impresa minore, «l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

- un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348» (articolo 2, comma 1, lettera d) del Codice».

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il giudice delegato può disporre provvedimenti urgenti di acquisizione, a tutela della conservazione del patrimonio, ove tale potere non incida su diritti soggettivi di terzi che rivendicano un diritto incompatibile con l'acquisizione, come può liquidare i compensi agli ausiliari del curatore, decidere sui ricorsi avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori, autorizzare il curatore a stare in giudizio per ogni grado di giudizio, valutando l'opportunità dell'iniziativa in termini di fondatezza della pretesa e di presumibile utilità, negando l'autorizzazione non apportino reale beneficio ai creditori come potrebbe essere nell'ipotesi in cui la situazione patrimoniale del convenuto fosse tale da rendere infruttuosa la futura esecuzione della sentenza ovvero quando il beneficio economico appaia insignificante in rapporto all'entità del passivo.

6.4 Reclami contro i decreti del giudice delegato e del tribunale

Anche la struttura del reclamo presentato con ricorso dal curatore, dal comitato dei creditori, dal debitore o da qualunque interessato in tribunale avverso i decreti del giudice delegato, ovvero in primo grado alla Corte d'appello avverso quelli dal tribunale, non viene modificata dal Codice.

Si precisa che la proposizione del reclamo non è causa di sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato e che il relativo procedimento dev'essere caratterizzato da termini brevi per cui, designato il relatore, l'udienza di comparizione deve essere fissata entro 40 giorni dal deposito del ricorso, con possibilità di abbreviazione dei termini quando ricorrono particolari ragioni di urgenza, e la decisione dev'essere assunta entro 30 giorni dall'udienza di comparizione.

6.5 Nomina del curatore

Il Codice interviene con numerose modifiche e integrazioni nell'individuazione dell'organo preposto al ruolo di curatore della liquidazione giudiziale.

L'articolo 125 CCI, nel confermare che la nomina del curatore viene disposta in sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale, rimanda poi al combinato disposto degli articoli 356 e 358 per l'individuazione dei requisiti necessari per potere assumere l'incarico.

L'articolo 358 del Codice della crisi e dell'insolvenza ricalca sostanzialmente l'articolo 28 legge Fallimentare individuando gli iscritti a determinati albi professionali, gli studi professionali associati o le Stp con soci qualificati nei termini di nominabilità dei singoli professionisti e coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo dimostrando adeguate capacità imprenditoriali e specificando i caratteri presunti per conflitto d'interessi.

Come già nella legge Fallimentare l'autorità giudiziaria terrebbe monitorata la qualità dei rapporti riepilogativi e più in generale della gestione delle procedure già in corso. Ciò che invece modifica in misura rilevante il percorso di nomina del curatore è la norma che disciplina l'**istituzione dell'albo unico nazionale** presso il ministero della Giustizia, che assume anche funzioni di vigilanza sugli iscritti destinati a svolgere le funzioni di curatore, come anche di commissario giudiziale o liquidatore nelle procedure.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

LA DATA DA RICORDARE

Entro il 1° marzo 2020, con decreto del ministero della Giustizia, coordinato con il ministero dell'Economia e delle Finanze, avrebbero dovuto essere state individuate le modalità d'iscrizione all'albo, di sospensione e cancellazione così come le modalità di vigilanza sigli iscritti, ma manca ancora l'adozione di tale decreto.

Per il primo popolamento dell'albo si resta in attesa di attuazione perché pur essendo stato istituito l'Albo, per funzionare necessita del decreto attuativo che ne disciplini *ex* art. 357 del codice della crisi:

- le modalità di iscrizione;
- *le modalità di sospensione e cancellazione, volontaria o disposta dal Ministero della giustizia, anche a seguito del mancato versamento del contributo, (lettera inserita dal decreto Correttivo Dlgs 147/2020)*;
- le modalità di esercizio del potere di vigilanza da parte del Ministero della Giustizia, e l'importo del contributo di iscrizione.

L'APPROCCIO EUROPEO

Inizialmente con la **risoluzione del Parlamento europeo 15 novembre 2011** ma, soprattutto, con la **comunicazione della Commissione europea 12 dicembre 2012** relativa a un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza è stato formalizzato il concetto per cui «*... Un diritto fallimentare moderno negli Stati membri dovrebbe aiutare le società a sopravvivere e incoraggiare gli imprenditori a cogliere una seconda opportunità; dovrebbe assicurare la rapidità e l'efficienza della procedure, nell'interesse tanto dei debitori che dei creditori, ...*».
Ancora con la **raccomandazione della Commissione 12 marzo 2014**: «*... Un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono*».
A seguire la **proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 novembre 2016** «*... fino alla possibilità per l'imprenditore onesto di ottenere una seconda opportunità attraverso la liberazione dei debiti. ... Laddove i quadri in materia di seconda opportunità non sono efficaci, gli imprenditori rimangono intrappolati nella morsa dei debiti oppure sono spinti verso l'economia sommersa ... È inoltre dimostrato che tempi di liberazione dai debiti più brevi hanno un impatto positivo sia sui consumatori sia sugli investitori, i quali rientrano più rapidamente nel ciclo di consumo e di investimento, il che, a sua volta, stimola l'imprenditorialità*».
Ad oggi l'intervento normativo recepisce la **direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 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 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e il pieno esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei capitali e stabilimento, tramite l'armonizzazione delle legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni.
In tale panorama va collocata l'altrettanto recente delega legislativa contenuta nella **legge n. 53 del 2021** per il recepimento della citata direttiva (UE) 2019/1023 che impone di intervenire sulla riforma del diritto della crisi approvata ma non ancora in vigore, integrandone o modificandone le attuali disposizioni al fine di rimodulare la disciplina per armonizzarla nel rispetto delle previsioni unionali.

Nelle intenzioni del legislatore verrebbe garantito il necessario collegamento fra i dati conservati nell'albo unico nazionale e le attività territoriali nelle singole circoscrizioni di tribunale.

La selezione prevista dalla norma prevede che l'iscrizione all'albo sia preceduta da una speci-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fica formazione da acquisirsi partecipando a corsi di perfezionamento in materia di crisi dell'impresa e sovraindebitamento.

Inizialmente, in corrispondenza dell'attivazione, potranno ottenere l'iscrizione all'albo coloro che documenteranno, oltre al possesso dei preesistenti requisiti di cui alla legge Fallimentare, di essere stati nominati in almeno due procedure negli ultimi quattro anni curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali.

Per mantenere l'iscrizione occorrerà specifico aggiornamento biennale di 40 ore e a tale scopo sarà la Scuola superiore della magistratura a elaborare le linee guida generali per la definizione dei programmi.

Oltre ai **requisiti** già previsti dalla legge Fallimentare, all'esperienza professionale, e alla formazione continua sulla materia, il legislatore prevede anche requisiti di **onorabilità.**

All'autorità giudiziaria che dispone la nomina dei curatori viene richiesto di applicare criteri di **trasparenza e turnazione nell'assegnazione degli incarichi**, bilanciandola con l'esigenza di nominare professionisti dotati delle specifiche esperienze in rapporto alla natura ed all'oggetto dell'incarico.

ARTICOLI 121-141 DEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA)

Tribunale concorsuale	Investito dell'intera procedura
	Provvedimenti pronunciati con decreto motivato
	Nomina, revoca, sostituisce gli organi ove non di competenza del giudice delegato
	Decide le controversie ove non di competenza del giudice delegato e i reclami verso quest'ultimo
Giudice delegato	Funzioni di vigilanza e controllo sull'intera procedura
	Provvedimenti con decreto motivato
	Riferisce al tribunale ove richiesto provvedimento del collegio
	Provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio
	Convoca curatore e comitato dei creditori ove opportuno
	Provvede sui reclami verso curatore e comitato dei creditori
	Autorizza il curatore a stare in giudizio
	Nomina gli arbitri, accerta crediti e diritti di terzi
Curatore - Esperti	Amministrazione del patrimonio
	Esercita personalmente le funzioni del proprio ufficio, ma può delegare determinate attività sotto la propria responsabilità
	Predispone le relazioni periodiche sugli accertamenti compiuti
	Da definire il perimetro di attività degli esperti
Comitato dei creditori	Nominato dal giudice delegato
	Composto da 3 o 5 membri
	Vigila sull'operato del curatore
	Autorizza determinati atti del curatore
	Esprime pareri motivati ove previsto

Anche a supporto di questa necessità - e comunque al fine di soddisfare un'esigenza di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni - il registro nazionale viene aggiornato con i provvedimenti di nomina dei curatori, di chiusura del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fallimento specificando anche i valori dell'attivo e del passivo nelle procedure chiuse, in rispetto della sollecitazione espressa in tal senso dal Consiglio di Stato.

La sentenza di apertura della liquidazione giudiziale può disporre anche la **nomina di uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici** in luogo del curatore, è questa una novità pressoché assoluta nell'ordinamento in quanto, alla lettera, questa norma parrebbe individuare perimetri di attività nella gestione dell'ufficio di liquidazione giudiziale in cui il curatore venga sostituito perdendovi anche legittimità ad agire.

Si tratta di un passaggio delicato, sostanzialmente sconosciuto in quanto l'organo della curatela dovrebbe volta per volta, interagire con l'esperto nominato, o gli esperti, con modalità tutte da definire.

Non si verrebbe neppure a costituire un collegio all'interno dell'ufficio di curatela in quanto le reciproche funzioni sarebbero fra loro separate e non congiuntamente gestite; a questo proposito si rivelerà importante la precisione delle linee guida che il tribunale indicherà in sentenza a supporto della nomina di questo o quegli esperti, così da individuare sin da subito i rispettivi ruoli e responsabilità.

La relazione all'articolo 49 CCI non aiuta a comprendere il perimetro delle attività fra curatore ed esperti, limitandosi a rilevare che si tratta di un aspetto di indubbia novità la possibilità di nominare, insieme al curatore, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore allo scopo di garantire maggiore efficienza e celerità alla procedura.

REQUISITI DI ONORABILITÀ

- non versare in una delle condizioni di ineleggibilita' o decadenza previste dall'articolo 2382 del Codice civile;
- non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorita' giudiziaria ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;
- non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione:
- a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;
- alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile o nel presente codice;
- alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria;
- alla reclusione per un tempo superiore a due anni per un qualunque delitto non colposo;
- non avere riportato negli ultimi cinque anni una sanzione disciplinare piu' grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali.

I presupposti per la nomina degli esperti coincidono con quelli del curatore dovendo essere anch'essi iscritti nel registro nazionale, elemento questo che sarebbe a supporto dell'ipotesi che possa trattarsi di un soggetto, l'esperto, dotato di autonomia gestionale nel proprio perimetro di riferimento.

A supporto di quanto sopra il richiamo delle disposizioni di vigilanza e controllo che il giudice delegato svolge nei confronti del curatore anche verso gli esperti.

Con riferimento anche ai **coadiutori**, oltre che ai curatori e agli esperti, il legislatore attenziona su potenziali conflitti d'interesse prevedendo che non possano assumere tale ufficio professionisti legati da coniugio, unione civile, convivenza, parentela entro il terzo grado o affinità entro il secondo grado con magistrati dell'ufficio che conferisce l'incarico, così come neppure ove

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sussista assidua frequentazione in termini sentimentali, di confidenziale amicizia o comunque rapporto di frequentazione tra commensali abituali.

6.6 Accettazione del curatore

Il Codice conferma l'esigenza di tempestività da parte del neonominato curatore, così come eventualmente dell'esperto, a che entro due giorni dalla notifica della nomina depositi l'accettazione ove non sussistano motivi d'incompatibilità; in caso di inosservanza dell'obbligo il tribunale provvede alla sostituzione.

Solo a seguito dell'accettazione al curatore vengono comunicate telematicamente le credenziali per l'accesso al domicilio digitale assegnato alla procedura dal ministero della Giustizia.

QUALITÀ DI PUBBLICO UFFICIALE

Per quanto attiene all'esercizio delle proprie funzioni resta confermata la qualifica di pubblico ufficiale del curatore e, per quanto compatibile, anche dell'esperto.

6.7 Gestione della procedura

L'attuale formulazione dell'articolo 128 CCI rende complicato comprendere il rapporto di ruoli fra curatore ed esperti; in questo articolo, dedicato alla «Gestione della procedura» in cui si dovrebbe poterlo interpretare vi si legge solo, come già nella legge Fallimentare, che «*Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale e compie tutte le operazioni della procedura...*», lasciando al lettore il coordinamento con il disposto dell'articolo 125, comma 2, ove applicano agli esperti nominati «*... le disposizioni anche dell'articolo 128 ove compatibili*»; un curatore che compie tutte le operazioni della procedura e al contempo uno o più esperti che compiono compiti specifici in luogo del curatore.

IL COMPENSO DEL CURATORE

Nel precisare che rispetto al compenso liquidato dal tribunale il curatore non abbia diritto ad alcuna altra possibile pretesa, neppure per rimborso spese, il legislatore prevede la possibilità di liquidare acconti sul compenso a seguito di riparti parziali, a meno di casi eccezionali.
Il compenso del curatore continua a essere liquidato in via esclusiva dal tribunale sulla base dei parametri disposti dal ministero della Giustizia tenuto conto del livello di qualità tenuto nella gestione dell'ufficio, in termini di risultati ottenuti con l'esercizio dell'impresa e quindi dei benefici economici ricevuti dai creditori e degli effetti conservativi dell'azienda, e sulla base della relazione predisposta dal giudice delegato.
Rispetto alla legge Fallimentare la norma:

- viene integrata dalla previsione di un'integrazione del compenso ove vi sia prosecuzione nell'incarico, successivamente alla chiusura della liquidazione;
- esplicita il riferimento alle modalità di liquidazione del compenso a favore degli esperti, stabilendo che il compenso complessivamente liquidato debba essere ripartito tra il curatore e gli esperti in proporzione all'attività svolta da ognuno.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Resta ferma la necessità per il curatore - che comunque non può assumere veste di avvocato nei giudizi che riguardano la liquidazione giudiziale (a eccezione dei casi in cui, avendo il curatore le qualifiche previste per il patrocinio avanti tale giurisdizione, si renda difensore nei giudizi tributari in cui è parte il debitore) - di essere autorizzato dal giudice delegato per agire o resistere in giudizio nei procedimenti in cui non assume una posizione di potenziale conflitto con gli organi giurisdizionali.

6.8 Esercizio delle attribuzioni del curatore

Come già per l'articolo sulla gestione della procedura, anche in quello successivo relativo alle attribuzioni del curatore si ricalcano i contenuti della legge Fallimentare in relazione alla nomina di ausiliari, ma senza indicazione di come sia da intendersi la «*compatibilità*» nel riferimento ai ruoli, e neppure alla forma di liquidazione del compenso, per gli esperti.

La stessa relazione all'oggetto del Codice insiste confermando «*... il principio dell'obbligo del curatore di esercitare personalmente le funzioni con la possibilità di delegare ad altri specifiche operazioni e di farsi coadiuvare da tecnici nella sua attività. Le due figure cui può ricorrere il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori sono il delegato e il coadiutore*».

Al contempo la relazione all'articolo 49, comma 3, lettera *b)*, che istituisce la figura dell'esperto, ne motiva l'opportunità attraverso la formulazione di questo caso: «*per esempio consentendo di affiancare al curatore un professionista che si occupi della liquidazione di determinati beni fin dalla fase iniziale della procedura o dell'esercizio provvisorio dell'impresa, consentendo al curatore di concentrarsi sull'attività di analisi dei crediti in vista della redazione del progetto di stato passivo, ove particolarmente complesso*».

Cosa significa nell'operatività concreta «*occuparsi della liquidazione di determinati beni*» da parte di un soggetto nominato dal tribunale in sentenza, contestualmente alla nomina del curatore, vista l'iscrizione dell'esperto al registro nazionale e la necessità di farlo intervenire «*in luogo del curatore*» quale esperto?

Potrebbe essere un mero supporto all'attività organizzata dal curatore, oppure la sostituzione di questi fin anche nella predisposizione del programma di liquidazione, attività quest'ultima per cui espressamente la norma prevederebbe l'esclusiva legittimazione in capo al curatore nel Codice così come nella legge Fallimentare?

6.8.1 Relazioni e rapporti riepilogativi del curatore

Pur mantenendo una linea di continuità con la legge Fallimentare, nella logica di consentire il controllo da parte del giudice delegato e del comitato dei creditori, così come ragioni di informazione dei terzi, il Codice prevede però alcune variazioni importanti fra cui la riduzione a 30 giorni del termine per la presentazione della prima relazione e, ancora, l'integrazione in questa informativa, con quanto reperito presso le banche dati delle pubbliche amministrazioni per ricostruire la situazione economica e finanziaria con l'autorizzazione del giudice, ove il debitore non abbia depositato copia dei bilanci, delle scritture contabili e fiscali obbligatorie nonché dell'elenco dei creditori, così come in ipotesi di scritture contabili incomplete o inattendibili. In presenza di tali carenze il curatore dovrà anche effettuare comunicazione al pubblico ministero.

A seguire il curatore andrà a predisporre una successiva relazione entro 60 giorni dal deposi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

to del decreto di esecutività dello stato passivo riferendo intorno a eventuali responsabilità del debitore, degli amministratori, degli organi di controllo, dei soci o di terzi, anche evidenziando eventuali elementi informativi se rilevanti ai fini delle indagini preliminari in sede penale.

Ove la società faccia parte di un gruppo il curatore relaziona anche sui rapporti con le altre società.

Quando la previsione di insufficiente realizzo evita l'accertamento del passivo la relazione integrativa dev'essere depositata entro 180 giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale.

Viene prevista segretezza per le parti della relazione riguardanti l'eventuale responsabilità penale, così come si mantiene riservatezza sulle circostanze irrilevanti ai fini della procedura o che attengono alla sua sfera personale.

Oltre alle relazioni collegate a specifici momenti procedurali il curatore presenta successive relazioni periodiche di cui la prima entro quattro mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e le altre ogni 6 mesi allegandovi il conto della gestione e gli estratti del conto della procedura.

Come già nella legge Fallimentare la relazione viene inviata al comitato dei creditori che nei 15 giorni successivi può formulare osservazioni ed a seguire entro 15 giorni la relazione, con le eventuali osservazioni, viene trasmessa al debitore, ai creditori ed ai titolari di diritti sui beni.

È necessario comprendere il valore del rinvio agli adempimenti di reportistica affidati al curatore per quanto possa coinvolgere i compiti dell'esperto; non è questione di poco conto perché le aree gestite da quest'ultimo non potranno essere escluse dagli obiettivi di informativa negli stessi termini in cui ne sarebbe tenuto il curatore.

Occorre comprendere se per tali aree l'esperto relazionerà al curatore, così che questi riunisca in un unico documento l'intero report tempo per tempo da presentarsi, ovvero vi siano binari paralleli di gestione ed anche di informativa per gli organi della procedura e i terzi.

6.8.2 Deposito delle somme riscosse

Con riferimento al versamento sul conto attivo della liquidazione giudiziale da parte del curatore la norma del Codice ricalca esattamente quanto già previsto dalla legge Fallimentare, sia in riferimento al termine di 10 giorni per il versamento delle somme sul conto, bancario o postale, intestato alla liquidazione giudiziale, sia per la possibilità, da parte del tribunale, di revocare il curatore ove non adempia.

I prelievi di somme dal conto della liquidazione giudiziale devono essere effettuati su copia conforme del mandato di pagamento, sottoscritto dal giudice delegato e dal cancelliere con firma digitale e trasmesso telematicamente all'istituto di credito.

Qualora alla chiusura della procedura residuino sul conto somme non ritirate da uno o più creditori, vengono trasferite sul Fondo Unico Giustizia Spa e, per le somme non ritirate una volta decorsi i 5 anni, su disposizione di Equitalia Giustizia Spa.

6.8.3 Integrazione dei poteri

Sugli atti di **gestione ordinaria** in gran parte il curatore gode di un buon livello di autonomia, pur con l'eccezione della gestione delle risorse finanziarie, quanto invece agli adempimenti di carattere straordinario è soggetto alla preventiva autorizzazione del comitato dei creditori.

Ancora si pone il problema di comprendere i termini del ruolo e delle legittimazioni ad agire

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

per gli esperti nominati in sentenza insieme al curatore, ma in questo senso né l'articolo 132 CCI, né il relativo commento, sono di utilità; diviene invece necessario comprendere se gli esperti possano compiere atti di **straordinaria amministrazione** e quindi, in ipotesi, esprimere il proprio parere di convenienza sulla proposta su istanze che andrebbero a presentare in luogo del curatore.

Come già nella legge Fallimentare, non viene fornita una definizione di atto straordinario, intendendo comunque che nella specificità degli atti di gestione dell'ufficio concorsuale rivestano tale carattere quelli che producono, o potrebbero produrre, una diminuzione della consistenza e qualità del patrimonio specificando fra questi le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni.

Escludendo gli atti straordinari già autorizzati nel programma di liquidazione, il giudice delegato dev'essere sempre informato preventivamente per le transazioni o per altri atti di valore superiore a 50.000 euro.

6.8.4 Reclamo contro gli atti e le omissioni

Nelle ipotesi di violazione di legge, escludendo invece le ipotesi di sindacato di merito, ogni interessato, oltre naturalmente al comitato dei creditori e al debitore, può proporre reclamo con ricorso al giudice contro gli atti e le omissioni del curatore.

Anche in questo caso la norma relativa agli esperti all'articolo 125, comma 2, prevede l'applicabilità di questo articolo 33 CCI, senza però definirne i termini di compatibilità.

Il reclamo al giudice delegato può essere presentato entro 8 giorni dalla conoscenza dell'atto, ovvero 8 giorni dalla scadenza del termine indicato nella diffida ad adempiere in ipotesi di inadempimento; ove il reclamo venga accolto il curatore dovrà uniformarsi alla decisione del giudice delegato che sarà stata assunta entro 15 giorni.

6.9 Revoca o sostituzione del curatore

Le **ipotesi di revoca** del curatore non hanno subito alcuna variazione rispetto alla legge Fallimentare per cui, oltre a ipotesi disciplinatamente specificate come la revoca per inadempimento nei termini di versamento delle somme sul conto della liquidazione giudiziale, la sanzione è applicabile anche a ipotesi di reiterate violazioni a obblighi che, singolarmente considerate, non giustificherebbero un così drastico provvedimento.

S'intenderebbe che analoghe regole possano essere applicate nei confronti degli esperti.

Mentre il tribunale può procedere d'ufficio, il giudice e il comitato dei creditori sono legittimati a proporre reclamo.

Diversamente dalla legge Fallimentare, il Codice non limita alla maggioranza per somme dei creditori presenti all'adunanza di esame dello stato passivo la **possibilità di sostituire il curatore**, conclusa l'adunanza ma non oltre la dichiarazione di esecutività dello stato passivo.

Il Codice consente alla maggioranza dei creditori ammessi di potere chiedere la sostituzione del curatore in qualunque momento, ciò che invece non prevede più è la possibilità, per la maggioranza dei creditori, di indicare il nominativo del curatore da nominare in sostituzione; la prerogativa di tale nomina viene mantenuta in via esclusiva al giudice affinché possa effettuare adeguata valutazione di idoneità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

6.10 Responsabilità del curatore

Nell'adempimento dei propri doveri il curatore è chiamato a una **responsabilità qualificata**, il Codice aggiunge alla preesistente « *... diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ...* » della legge Fallimentare, ulteriore specifica richiamando quella per amministratori di società per azioni di cui all'articolo 2392 del Codice civile « *devono adempiere i doveri a essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*».

Al registro cartaceo, vidimato da un componente del comitato dei creditori su cui annotare le operazioni relative alla sua amministrazione, il curatore della liquidazione giudiziale sostituisce un **registro informatico** consultabile dal giudice delegato e dai componenti del comitato dei creditori su cui le operazioni relative all'amministrazione, provvedendo poi con cadenza mensile a firmarlo digitalmente e ad apporvi marca temporale.

L'eventuale **azione di responsabilità** contro il curatore revocato o sostituito durante la liquidazione giudiziale può essere proposta solo dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, non più anche dal comitato creditori.

In tutti i casi di cessazione dall'ufficio il curatore è tenuto a presentare il **rendiconto della** propria **attività**; nelle ipotesi di **passaggio di consegne** a un curatore subentrante quest'ultimo potrebbe presentare osservazioni e contestazioni.

6.11 Comitato dei creditori

Il Codice insiste nella valorizzazione del ruolo del comitato dei creditori, confermando l'attribuzione di poteri attraverso pareri vincolanti e/o autorizzazioni investito nel ruolo di **necessario interlocutore del curatore** nella gestione del patrimonio. Nei 30 giorni successivi alla sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale il giudice delegato dispone la nomina dei 3 o 5 componenti l'organo tenuto conto:

- delle risultanze documentali nel fascicolo;
- delle informazioni ricevute dal curatore;
- delle eventuali disponibilità presentate dai creditori stessi;
- della necessità di incaricare soggetti rappresentativi delle varie tipologie di creditori.

Con l'accettazione della nomina il comitato è costituito ed entro 10 giorni provvederà alla nomina del presidente; nelle successive attività i componenti che si trovassero in conflitto di interessi si asterrebbero dai lavori nell'esprimere pareri ovvero concedere/negare autorizzazioni.

A proprie spese i singoli componenti possono delegare un avvocato o un dottore commercialista per l'espletamento delle funzioni, anche solo in parte come nei casi in cui fosse necessario sviluppare complesse valutazioni tecniche, purché tale delega sia stata preventivamente comunicata al giudice delegato.

6.11.1 Sostituzione e compenso dei componenti

Qualora il giudice delegato riscontri il rispetto dei necessari criteri può accogliere la richiesta di sostituzione dei componenti del comitato dei creditori, in corso di liquidazione giudiziale, qualora la maggioranza dei creditori ammessi allo stato passivo ne faccia richiesta indicando al contempo i nuovi componenti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La maggioranza dei creditori, sempre calcolata per somma, può deliberare che ai componenti del comitato, oltre al rimborso delle spese comunque spettante, venga riconosciuto anche un compenso purché in misura complessivamente non superiore al 10% del compenso liquidato al curatore.

6.11.2 Funzioni e responsabilità

Obiettivo del comitato dei creditori è la vigilanza sull'operato del curatore e le delibere che assume, pur concisamente ma motivate, sono prese a maggioranza nel termine massimo di quindici giorni da quando la richiesta è pervenuta al presidente.

Nell'impossibilità di costituire il comitato, per inerzia di quello esistente o per urgenza può provvedere il giudice delegato a valutare la richiesta di autorizzazione.

La responsabilità dei componenti il comitato dei creditori è conformata a quella prevista per i sindaci dall'articolo 2407, commi 1 e 3 del Codice civile, con la diligenza del buon padre di famiglia, l'eventuale colpa è valutata con minor rigore se l'incarico è gratuito.

Non sussiste responsabilità per omessa vigilanza su condotte dannose da parte del curatore.

L'**azione di responsabilità** nei confronti dei componenti il comitato può essere proposta dal curatore nel corso della procedura, e il giudice delegato, allorquando concede l'autorizzazione ad agire, provvede alla sostituzione dei componenti nei cui confronti è rivolta l'azione.

6.11.3 Reclamo contro gli atti del comitato

Il curatore, i creditori e qualunque interessato sono legittimati a presentare reclamo, entro 8 giorni dalla conoscenza dell'atto per violazione di legge e non per sindacato di merito, contro le autorizzazioni o i dinieghi di autorizzazione del comitato dei creditori; non si prevede la possibilità di reclamo avverso l'inerzia del comitato in quanto ovviabile con il ricorso al giudice delegato che provvede in via sostitutiva.

Sul reclamo decide il giudice delegato senza formalità che non siano essenziali per il rispetto del contraddittorio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

La custodia e l'amministrazione dei beni

Lorenzo Gorgoglione

SOMMARIO: 7.1 La ricognizione – 7.2 L'apposizione dei sigilli – 7.3 Il denaro, i titoli, le scritture contabili e gli altri documenti – 7.4 L'inventario – 7.5 I beni inventariabili

Nei primi giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale, subito si prospettano agli organi concorsuali una serie di attività proprie, finalizzate all'acquisizione materiale, alla custodia e all'amministrazione dei beni compresi nella liquidazione giudiziale. Queste attività sono anteriori e prodromiche alle operazioni fondamentali di accertamento del passivo, liquidazione dell'attivo e ripartizione delle somme ricavate tra i creditori.

Si tratta di funzioni del curatore, a prima vista di minor rilievo, che rivestono, tuttavia, una fondamentale importanza, giacché da una corretta e tempestiva individuazione e acquisizione del patrimonio dell'impresa in liquidazione giudiziale discende la possibilità di un migliore soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

Notiamo, già nella nuova intitolazione del Capo II del Titolo V del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la diversa individuazione dell'oggetto delle azioni del curatore, ovvero l'indicazione dei «*beni compresi nella liquidazione giudiziale*» e non più quella delle «attività fallimentari», com'era nella legge Fallimentare di cui al R.d. 16 marzo 1942, n. 267.

Il testo dell'articolo 193 CCI prevede che il curatore proceda all'immediata ricognizione, nonché all'apposizione dei sigilli, dei beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e degli altri beni del debitore, secondo le norme stabilite dal Codice di procedura civile.

La disposizione precisa che a tale secondo incombente il curatore procede solo «*se necessario*» e in quanto non sia possibile procedere direttamente alla redazione dell'inventario.

Poniamo l'attenzione su alcune novità, rispetto al testo in vigore *ante* riforma.

In primo luogo, la ricognizione e l'eventuale apposizione dei sigilli devono essere immediate, quando non è possibile procedere contestualmente al loro inventario.

La tempestività nell'acquisizione alla procedura dei beni sociali è sempre stata attenzione di ogni curatore; le norme introdotte dal Codice scandiscono ora, e in maniera esplicita, che ricognizione, sigilli eventuali e/o inventario devono seguire senza interruzione la declaratoria di apertura della liquidazione giudiziale.

L'ambito temporale «*immediato*» viene sottolineato due volte dal legislatore con un aggettivo e con avverbio all'interno dello stesso comma ad evidenziarne la perentorietà.

Con la norma in commento viene poi codificata la prassi seguita presso alcuni tribunali di prevedere l'apposizione dei sigilli nei soli casi in cui essa appaia al curatore necessaria e soltanto se, per i più diversi motivi, non sia possibile procedere immediatamente alla redazione dell'in-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ventario. Nella prassi attuale il curatore si limita (e si impegna con l'accettazione dell'incarico) a un accesso e ricognizione presso la sede legale e le sedi secondarie dell'imprenditore o della società in liquidazione giudiziale nelle 48 ore dall'accettazione dell'incarico.

Tale immediato accesso – necessariamente accompagnato da verbalizzazione, fotografie, acquisizione delle chiavi dei locali e del caso sostituzione delle serrature o apposizione di lucchetti – ha sostituito fino a oggi quanto meno nella maggioranza delle procedure l'apposizione dei sigilli.

Non è detto naturalmente che un accesso nelle 48 ore dall'accettazione dell'incarico «salvi e conservi» il patrimonio dell'imprenditore o della società da eventuali e non infrequenti sottrazioni.

Non è però da sottovalutare la tempestività dell'accesso, che può fornire già nell'immediato informazioni importanti sul patrimonio *alias* i beni ancora presenti e su quelli «sottratti» alla liquidazione giudiziale e nello stesso tempo dissuadere i terzi da eventuali sottrazioni successive all'apertura della procedura.

Le nuove norme, introdotte con il CCI, rendono solo eventuale l'apposizione dei sigilli, che conserva così un'applicazione ridotta. La valutazione in merito alla necessità di provvedere all'apposizione dei sigilli resta rimessa al giudizio del curatore.

La scelta del curatore non può comunque essere arbitraria ma ponderata e motivata.

Non è necessaria alcuna preventiva informativa o autorizzazione degli organi della procedura sovrastanti.

Il ritardo nella ricognizione iniziale o nella eventuale apposizione dei sigilli pone il curatore nella necessità di dare giustificazione del ritardo per non incorrere in profili di responsabilità per mala gestio in caso di ritardo o inadeguato adempimento.

Con l'inventariazione del compendio mobiliare dell'imprenditore o della società verranno poi esattamente individuati i beni che il curatore prende in consegna e per i quali assume la personale responsabilità per la loro custodia.

7.1 La ricognizione

La ricognizione del curatore, come già sottolineato, deve essere immediata.

L'obbligo di ricognizione ricorre quando non sia possibile procedere immediatamente all'inventario dei beni.

Con l'entrata in vigore delle norme di cui all'articolo 195 CCI il curatore non è più obbligato a farsi assistere dal cancelliere nell'inventario, che quindi può essere iniziato contestualmente al primo accesso.

Da queste due considerazioni segue un naturale quesito: perché la previsione nella norma di una ricognizione quando al primo accesso potrebbero essere avviate immediatamente le operazioni di inventario?

Ad avviso di chi scrive la previsione di un obbligo di immediata ricognizione, ed eventuale apposizione dei sigilli, presuppone che il curatore valuti, in tale accesso, se la qualità e il numero dei beni suggeriscono l'avvio immediato delle operazioni di inventario, ovvero se si faccia preferire una immediata ma solo sommaria verbalizzazione delle operazioni di ricognizione ed elencazione dei beni rinvenuti.

Le operazioni di inventariazione infatti non si esauriscono nella semplice elencazione e in-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dicazione dei beni rinvenuti, ma richiedono valutazioni e considerazione dei diritti dei terzi e di eventuali vincoli sui beni stessi, come si vedrà più avanti.

Si è così anticipato un adempimento accessorio all'accesso, quello della verbalizzazione della ricognizione operata.

La ricognizione è infatti un'attività umana diretta ad acquisire conoscenza di una situazione, di un atto, di un bene fino a quel momento esistente ma non conosciuto. Nel caso di specie la ricognizione evidenzia l'attività del curatore diretta a conoscere dell'esistenza di beni riconducibili all'imprenditore o alla società in liquidazione giudiziale.

Questa attività potrebbe concludersi con l'evidenza dell'assenza di beni come della esistenza di *asset* nelle declinazioni diverse che la prassi operativa e l'esperienza professionale sempre offrono.

Trattandosi di un adempimento anteriore e non sostitutivo dell'inventario, la verbalizzazione dell'accesso e la descrizione dei beni rinvenuti potrà rimanere sommaria, ma dovrà comunque essere depositata nel fascicolo e quindi permettere di conoscere e comprendere l'attività svolta e l'esito della stessa.

L'accesso ai locali naturalmente dovrà poi essere limitato, anche con l'apposizione dei sigilli se necessario.

7.2 L'apposizione dei sigilli

L'apposizione dei sigilli consiste in un procedimento che assicura il blocco dei locali e dei beni mobili al fine di assicurarne la custodia ed evitare che vadano dispersi o deteriorati per la mancanza, l'assenza o l'incapacità del proprietario.

Tale procedimento ha anche un effettuo dissuasivo in forza della sanzione penale prevista per la mera violazione dei locali sigillati (articolo 349 del Codice penale).

I sigilli sono finalizzati alla limitazione all'accesso dei locali e possono assumere le forme più diverse: dai timbri in ceralacca alle semplici strisce di carta incollata e non rimovibile senza danno con la firma del pubblico ufficiale apposta manualmente.

La ricognizione immediata e l'apposizione dei sigilli sono atti propri del curatore, che può chiedere anche l'intervento della forza pubblica, come indicato dal comma 2 dell'articolo 193 CCI.

7.2.1 Beni compresi nella liquidazione giudiziale

Il curatore in sede di ricognizione o apposizione dei sigilli deve prendere in considerazione tutti i beni che si trovano nella sede principale dell'impresa, anche se è comune ad altri soggetti, e gli altri beni del debitore quando sono suscettibili di spossessamento e ricorre una delle seguenti condizioni:

- sono presenti nei locali dell'impresa e anche se solo apparentemente sono nella sua disponibilità;
- si trovano presso terzi ma questi ne disconoscono la proprietà o, in mancanza, è provato che appartengono all'imprenditore o alla società in liquidazione giudiziale.

Per i beni su cui i terzi vantano diritti chiaramente riconoscibili, il curatore, nella prassi, evita di apporre immediatamente i sigilli e attende il provvedimento del giudice delegato che accerta il diritto alla restituzione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

IL FASCICOLO DELLA PROCEDURA

Le disposizioni dell'articolo 199 CCI relative al fascicolo della procedura presentano una rivisitazione e un ampliamento sia nei commi, che diventano quattro, sia nelle norme in essi contenute.
In particolare nella novellata norma di cui all'articolo 199 CCI è ora previsto al comma 1 che con la pubblicazione della sentenza di liquidazione giudiziale venga assegnato il domicilio digitale e venga formato il fascicolo informatico della procedura, con un aggiornamento lessicale della norma alle nuove modalità del nuovo processo telematico.
Scompare nella lettera della norma la figura del cancelliere, dal momento che l'assegnazione del domicilio digitale e la formazione del fascicolo informatico sono automatizzate e in qualche modo indipendenti dall'intervento del cancelliere.
Il curatore, dopo l'accettazione della carica prende immediatamente visione ed estrae copia di tale fascicolo nella cancelleria del tribunale.
Gli altri soggetti che possono prendere visione ed estrarre copia della documentazione contenuta nel fascicolo sono:

- i componenti il comitato dei creditori disgiuntamente e senza alcuna limitazione fatta eccezione per quelli di cui il giudice delegato ha ordinato la secretazione (articolo 199, comma 2 CCI);
- l'imprenditore in liquidazione giudiziale, nella stessa posizione e con gli stessi limiti dei componenti il comitato dei creditori;
- gli altri creditori ed i terzi interessati, esclusivamente degli atti e documenti per i quali sussiste un loro specifico ed attuale interesse, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore (articolo 199, comma 3 CCI, già articolo 90, comma 3 legge Fallimentare).

L'articolo 199 CCI introduce una nuova norma, quella di cui al comma 4, che dispone che i creditori possono prendere visione ed estrarre copia, a proprie spese, degli atti, anche dei documenti e dei provvedimenti del procedimento di accertamento del passivo e dei diritti dei terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale.
In questo caso non è necessaria che diano indicazione del loro specifico interesse, che resta in re ipsa, trattandosi del procedimento di verifica dei crediti.

7.2.2 Beni esclusi

Il curatore non può considerare e/ o sigillare i beni:

- non compresi nella liquidazione giudiziale (articolo 146 CCI, già articolo 46 legge Fallimentare), in quanto non suscettibili di spossessamento;
- deteriorabili e su quelli che, deprezzandosi in breve tempo, è opportuno che il giudice delegato autorizzi la vendita al più presto (articolo 193, comma 4 CCI, già articolo 84, comma 4 legge Fallimentare);
- che devono essere consegnati direttamente al curatore (ai sensi dell'articolo 194, comma 1 CCI);
- mobiliari sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili o beni per i quali il terzo detentore ha diritto di rimanere nel godimento in virtù di un titolo negoziale opponibile al curatore (articolo 196 CCI, già articolo 87 *bis* legge Fallimentare).

7.2.3 Modalità di apposizione (e rimozione) dei sigilli

Il curatore sigilla i beni incollando una striscia di carta su cui è riportato il nome dell'impresa in liquidazione giudiziale, il timbro e la firma del curatore, sulla porta di ingresso e sulle finestre dei locali in cui si trovano i beni, in modo tale che non sia possibile accedervi senza rompere la carta stessa oppure sostituendone la serratura. Se non è possibile questo tipo di sigillazione, il curatore può inserire i beni in un contenitore da sigillare e può chiedere al giudice delegato di nominare un custode.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Se necessario, il curatore può chiedere l'assistenza della forza pubblica (articolo 193, comma 2 CCI) e, se lo ritiene opportuno, anche l'intervento di ausiliari, per superare gli ostacoli di carattere tecnico (per esempio, l'assistenza di un fabbro per accedere a locali chiusi a chiave).

Se i beni o le cose si trovano in più luoghi e non è agevole l'immediato completamento delle operazioni, il curatore può delegare la ricognizione e l'apposizione dei sigilli a uno o più coadiutori, designati dal giudice delegato (articolo 193, comma 3 CCI).

Al fine di evitare contestazioni circa la scomparsa di beni dopo la ricognizione e l'eventuale sigillazione, è opportuno che il curatore scatti fotografie o effettui riprese audiovisive dei beni che dovranno essere sigillati.

Il curatore può rimuovere i sigilli, se apposti, senza necessità di alcuna autorizzazione, non appena ritiene fattibile, secondo la sua prudente valutazione, la redazione dell'inventario.

ESEMPIO DI FORMULA DI CHIUSURA DEL VERBALE

«A questo punto il Curatore, previo avvertimento delle pene stabilite dall'articolo 327 CCI ovvero articolo 220 legge Fallimentare in caso di falsa od omessa dichiarazione, invita il Signor ..... a dichiarare se vi sono altri beni, compendio dell'impresa in liquidazione, in suo possesso o depositati presso terzi. Il Signor ..... risponde: "non vi sono ulteriori beni mobili, compendio dell'impresa in liquidazione, oltre quanto già inventariato"».

7.3 Il denaro, i titoli, le scritture contabili e gli altri documenti

Salvo che questi vi abbia già provveduto, il curatore deve al più presto avere in consegna dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (articolo 194, comma 1 CCI, già articolo 86, comma 1 legge Fallimentare):

- il denaro contante (inclusi i bolli e le marche);
- le cambiali e gli altri titoli compresi quelli scaduti;
- le scritture contabili e ogni altra documentazione richiesta o acquisita dal curatore stesso. È inoltre necessario acquisire i bilanci contabili degli ultimi 5 anni e una situazione patrimoniale alla data di apertura della liquidazione giudiziale, sottoscritta dall'imprenditore (o dal legale rappresentante) con l'evidenziazione della cassa.

Se l'imprenditore in liquidazione giudiziale non provvede all'immediata consegna delle scritture contabili, il curatore deve diffidarlo mediante lettera raccomandata e, se persiste l'inadempimento, deve riferirne al giudice delegato e alla procura della Repubblica, trattandosi di una condotta dalla quale può desumersi una volontà di sottrazione e di distruzione delle scritture che può dar luogo al reato di bancarotta documentale.

Il denaro è depositato dal curatore sul conto corrente della procedura.

Le modalità e le condizioni per il deposito sono contenute nell'articolo 131 CCI.

I titoli e gli altri documenti sono custoditi invece personalmente dal curatore o, con autorizzazione del giudice delegato, affidati in custodia a terzi.

L'affidamento al curatore dei titoli e degli altri documenti (ovviamente da intendersi come scritture contabili e ogni altra documentazione richiesta o acquisita dal curatore stesso) è ora esplicitamente disposto dalla norma di cui all'articolo 194, comma 2 CCI come onere proprio del curatore (personalmente il termine utilizzato dal legislatore).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A nostro avviso tale differente terminologia non modifica i compiti del curatore, nel senso che la legge continua a disporre in carico all'imprenditore in liquidazione giudiziale o al legale rappresentante l'obbligo di consegna delle scritture contabili e di ogni altra documentazione quando è richiesta dallo stesso curatore.

Il curatore non è tenuto a richiedere e custodire ogni e qualsivoglia scrittura o documento; è l'imprenditore in liquidazione giudiziale che deve consegnare al curatore quanto richiesto, restando conseguentemente suo obbligo conservare e custodire la documentazione non richiesta (e fintanto che non gli viene richiesta dal curatore).

Il motivo di questa affermazione è molto semplice. A fronte di un obbligo di conservazione decennale delle scritture contabili e delle fatture, lettere e telegrammi (*ex* articolo 2220 del Codice civile), il curatore ha interesse all'esame dei documenti e delle scritture contabili per un orizzonte temporale più limitato (per esempio in vista dell'avvio di azioni revocatorie concorsuali o ordinarie o della valutazione delle responsabilità civile e penale dell'imprenditore in liquidazione giudiziale o del suo organo amministrativo).

A ogni modo il giudice delegato può autorizzare l'affidamento a terzi della custodia dei documenti acquisiti. Trattandosi di un adempimento che comporta la maturazione di spese in prededuzione, la richiesta al giudice delegato deve essere valutata opportunamente dal curatore.

Dopo che il curatore ha ottenuto la consegna del denaro contante, delle cambiali e delle scritture contabili e altri documenti, il giudice delegato può del caso autorizzare il deposito del denaro, delle cambiali presso un istituto di credito e delle scritture e documenti in luogo idoneo, anche presso terzi (articolo 194, comma 2 CCI, già articolo 86, comma 2 legge Fallimentare), previa ricerca di mercato al fine di stipulare un contratto di servizi a prezzi concorrenziali.

Può essere richiesto il rilascio di copia della documentazione, previa autorizzazione del giudice delegato, a cura e spese del richiedente (articolo 194, comma 3 CCI, già articolo 86, comma 3 legge Fallimentare).

In ogni caso, il curatore deve esibire le scritture contabili a richiesta dell'imprenditore in liquidazione giudiziale (o di un soggetto incaricato, per esempio un commercialista) o di chi ne abbia diritto (per esempio il comitato dei creditori e, singolarmente, anche ogni membro del comitato) (articolo 194, comma 3 CCI, già articolo 86, comma 2 legge Fallimentare).

7.4 L'inventario

In merito alle operazioni di inventario, disciplinate dall'articolo 195 CCI (articolo 87 nella legge Fallimentare) si segnala una novità di rilievo: non è più necessario l'ausilio di un cancelliere.

La relazione di accompagnamento alla legge dà indicazione della novità evidenzia che, rispetto alla disciplina previgente, è stata eliminata la necessità di assistenza del cancelliere, allo scopo di rendere le operazioni più snelle, valorizzando la qualità di pubblico ufficiale del curatore.

Non è l'unica, ma sicuramente la novità più interessante (e impegnativa forse) contenuta nelle norme di cui all'articolo 195 CCI.

Nel più breve tempo possibile, il curatore deve provvedere alla redazione dell'inventario, dopo avere rimosso i sigilli eventualmente apposti ai beni (articolo 195, comma 1 CCI, già articolo 87, comma 1 legge Fallimentare) non più con l'assistenza del cancelliere, come detto.

Il verbale delle attività compiute rimane con la riforma atto proprio del solo curatore.

La legge non prevede un termine per la redazione dell'inventario, dal momento che è di tutta

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

evidenza che la celerità nell'adempiere all'inventariazione dei beni è inversamente proporzionale al loro numero, alle caratteristiche fisiche e di ubicazione dei beni da inventariare.

L'eliminazione dell'obbligo di assistenza di un cancelliere dà soluzione alle difficoltà operative e logistiche che il curatore si trova ad affrontare quando i beni da inventariare sono posti fuori dal circondario della corte d'appello in cui si trova il tribunale che ha emesso la sentenza di apertura della procedura. In vigenza delle norme di cui alla legge Fallimentare infatti il curatore deve fare istanza al presidente del tribunale competente per ottenere il distacco di un cancelliere al fine di effettuare le operazioni d'inventario. Nel caso di disponibilità del cancelliere nominato dal tribunale di apertura della procedura ad operare fuori distretto, il curatore deve chiedere autorizzazione al giudice delegato ad avvalersi del suddetto cancelliere fuori dal distretto di appartenenza.

TRASFERIMENTO ALLA MASSA ATTIVA

Per mezzo dell'inventario il curatore identifica i beni della massa concorsuale, li elenca, li descrive e li valuta, eventualmente facendosi aiutare da uno stimatore (articolo 195, comma 2 CCI): in tal modo si attua il trasferimento dei beni dal patrimonio dell'impresa in liquidazione giudiziale alla massa attiva della procedura.

In sede di inventario può essere opportuno che il curatore apponga un numero identificativo su ogni bene prima di prenderne copia fotografica, così da permettere una lettura combinata dell'elenco dei beni inventariati e delle fotografie unite in allegato.

Con l'inventario il curatore provvede altresì alla nomina del custode dei beni, che viene ammonito delle conseguenze di legge e che nella prassi accetta a titolo gratuito. Egli viene inserito quale firmatario dell'inventario.

In caso di avvio della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società di persone con conseguente estensione ai soci illimitatamente responsabili, i beni delle diverse masse (della società e dei soci) devono essere tenuti distinti, con l'obbligo, quindi, di stendere tanti inventari quanti sono i soggetti in procedura.

Il curatore deve avvisare il debitore e il comitato dei creditori (se nominato) dell'inizio dell'inventario. Essi possono presenziarvi, ma la loro mancanza anche se conseguente a mancato avviso, non determina alcuna invalidità.

7.5 I beni inventariabili

Il curatore deve inventariare tutti i beni, ovunque essi si trovino, che a un primo esame, anche sommario, appaiono di proprietà dell'impresa in liquidazione giudiziale. Sono inventariati anche i beni di proprietà dell'impresa per i quali il terzo detentore ha diritto di rimanere nel godimento in virtù di un titolo negoziale opponibile al curatore.

7.5.1 Beni mobili

Il curatore inventaria i beni mobili inserendoli semplicemente nell'inventario. Per alcuni beni può essere necessario o opportuno l'ausilio di un soggetto terzo per l'asporto e la custodia, al fine di evitare possibili furti o sottrazioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La necessità di ricoverare i beni presso terzi all'uopo indicati al giudice delegato per l'autorizzazione di rito può altresì trovare giustificazione nella necessità di restituire i locali condotti in locazione e ridurre al minimo le spese in prededuzione.

7.5.2 Beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali

Ai sensi del novellato testo dell'articolo 196 CCI il giudice delegato, su istanza della parte interessata, può, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, se già costituito, disporre che non siano inclusi nell'inventario o siano restituiti agli aventi diritto i beni mobili sui quali terzi vantano diritti reali o personali chiaramente e immediatamente riconoscibili.

Se tali beni sono stati comunque inventariati, i terzi interessati possono fare istanza al giudice delegato per ottenerne la restituzione. Il giudice delegato provvede sull'istanza con decreto, con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato (articolo 196, comma 1 CCI).

Tale disciplina costituisce una deroga espressa alle regole del concorso dei creditori (articolo 151 CCI, già articolo 52 legge Fallimentare) e a quelle sui procedimenti di rivendica e restituzione (articolo 210 CCI, già articolo 103 legge Fallimentare) e prevede una procedura più rapida per ottenere la restituzione dei beni.

7.5.3 Beni immobili o mobili registrati

Per i beni immobili o per i beni mobili soggetti a registrazione il curatore deve richiedere un estratto della sentenza dichiarativa di avvio della procedura di liquidazione giudiziale per uso notifica e deve notificare tale estratto all'ufficio competente affinché la sentenza stessa sia trascritta nei pubblici registri (articolo 197, comma 2 CCI già articolo 88, comma 2 legge Fallimentare).

La trascrizione della sentenza di avvio della procedura di liquidazione giudiziale dev'essere effettuata senza indugio.

La mancata o ritardata notificazione o trascrizione della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale non ne impedisce la opponibilità ai terzi acquirenti di buona fede, ma comporta la responsabilità del curatore per gli eventuali danni. La mancata comunicazione al Pra determina l'obbligo, in capo al curatore, di continuare a pagare la tassa periodica di possesso relativa al veicolo (c.d. bollo).

7.5.4 Effetti

Il curatore prende in consegna i beni, le scritture contabili e i documenti del debitore di mano in mano che ne fa l'inventario, fatta eccezione per i beni di cui all'articolo 196, comma 2 CCI (articolo 197, comma 1 CCI, già articolo 88, comma 1 legge Fallimentare).

Il curatore diviene automaticamente custode di ogni bene inventariato, assumendo la responsabilità prevista per il depositario (articolo 1766 ss. del Codice civile).

In alcuni casi, su richiesta del curatore, può essere nominato un altro custode di parte dei beni dell'impresa in liquidazione giudiziale, soprattutto nel caso in cui questi ultimi si trovino a notevole distanza rispetto alla residenza del curatore. Questo custode accetta nella generalità dei casi a titolo gratuito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si ritiene, comunque, che la nomina del custode dei beni rinvenuti dal curatore nel corso delle operazioni di inventario possa essere effettuata dal curatore anche senza provvedimento espresso del giudice delegato, menzionando la nomina nel verbale d'inventario, fatto sottoscrivere per accettazione anche al custode.

7.5.5 Formalità conclusive

Prima della chiusura dell'inventario, il curatore invita l'imprenditore in liquidazione giudiziale o il suo legale rappresentante a dichiarare se risultano altri beni sfuggiti all'inventario (c.d. interpello di rito) (articolo 195, comma 3 CCI, già articolo 87, comma 3 legge Fallimentare).

Le false o omesse dichiarazioni sono punite con la reclusione da 6 mesi a 18 mesi oppure fino ad 1 anno in caso di colpa dell'imprenditore o del legale rappresentante (articolo 327 CCI, già articolo 220 legge Fallimentare).

A tal fine, dal verbale deve chiaramente risultare una specifica dichiarazione dell'imprenditore o del legale rappresentante.

7.5.6 Beni sopravvenuti

Se sopravvengono beni dei quali non si conosceva l'esistenza al momento dell'inventario, il giudice delegato può acquisirli alla massa attiva della procedura con il decreto di acquisizione (art. 123, comma 1, lettera *b)* CCI, già art. 25, comma l, n. 2 legge Fallimentare). Legittimati a richiedere il decreto di acquisizione sono curatore, creditore e qualunque interessato. •

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

L'esercizio dell'impresa in liquidazione giudiziale

Giacomo Barbieri

SOMMARIO: 8.1 Competenze nuove per il curatore – 8.2 Presupposti per la prosecuzione dell'attività d'impresa – 8.3 Ripresa dell'attività non contestuale all'apertura della liquidazione – 8.4 Durata – 8.5 Ruolo del comitato dei creditori – 8.6 Obblighi informativi del curatore – 8.7 Contratti pendenti – 8.8 Rapporti con la Pubblica amministrazione – 8.9 Rapporti di lavoro – 8.10 Effetti sulla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale – 8.11 Contenuto della domanda di apertura della liquidazione con richiesta di prosecuzione dell'attività

Certamente le novità del Codice della crisi sono altre, e la fascinazione esercitata dai nuovi istituti è inevitabile. Tutto sommato l'esercizio dell'impresa in crisi, già noto come esercizio provvisorio, ha attraversato la riforma con sobria eleganza ed è naturale che non abbia destato particolare interesse negli studiosi e negli operatori del settore.

Vi è tuttavia nella riforma un dato molto significativo da considerare che potrebbe portare nell'immediato futuro a estendere in maniera sostanziale i casi di applicazione di questo istituto: se, come dichiarato, tutta la riforma è centrata sulla tempestiva emersione della crisi, a partire dall'attivazione da parte dell'imprenditore in difficoltà della nuova composizione negoziata alle prime avvisaglie di crisi, va da sé che, nella misura in cui questo ambizioso obiettivo fosse effettivamente raggiunto, vi sarà un significativo incremento del numero di imprese che si presenteranno al giorno della dichiarazione di liquidazione giudiziaria ancora in funzionamento.

Senza troppi sforzi di fantasia si possono immaginare, per esempio, molte imprese in (apparente) funzionamento ordinario che riceveranno segnalazioni esterne dagli Enti o dagli istituti di creditori rivolte anche all'organo di controllo. Le prime segnalazioni a fronte di mancati versamenti di Iva relativa al primo trimestre 2022 sono già state inviate, e siamo solamente all'inizio. È evidente che si tratta di avvertimenti che riguardano fatti che dovrebbero essere già noti sia agli amministratori che al collegio sindacale, davanti ai quali rimanere inerti equivale ad aggravare la propria responsabilità. In assenza di soluzioni diverse, certamente preferibili, la liquidazione giudiziale rappresenta il punto di caduta verso il quale convergono tutti i percorsi di risanamento. Il naturale sbocco di uno scenario di *early warning* efficace sarà con tutta probabilità la prosecuzione dell'esercizio dell'attività di impresa sotto il controllo del tribunale, al fine di non disperdere i valori intangibili tipici di un'azienda che si trova in funzionamento, se non proprio ordinario, quanto meno *apparentemente* ordinario. La riflessione è in effetti banale: se i terzi, con eccezione dell'Erario o di pochi altri, non hanno percepito di avere a che fare con un'impresa in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

crisi conclamata, significa che l'impresa, nonostante avesse più o meno significativi scheletri nell'armadio, riusciva ancora a funzionare in maniera sufficientemente regolare.

Sussistendone le condizioni, potrebbe con ogni probabilità continuare a farlo anche in mano a un nuovo imprenditore dopo una gestione "ponte" da parte del curatore.

8.1 Competenze nuove per il curatore

Come ricaduta di questa prima riflessione se ne pone immediatamente una seconda: è ipotizzabile che con l'entrata a regime della riforma si inverta il rapporto tra liquidazioni giudiziali atomistiche e liquidazioni di aziende o rami? La norma lo vorrebbe, anzi lo impone. Le competenze del curatore dovrebbero in questo mutato scenario evolvere in maniera sostanziale, perché diverrà centrale la capacità di **conservare il valore di un'entità in funzionamento** fino al momento di ricollocarla sul mercato.

Questo non significa, come qualcuno teme, che il curatore diverrà imprenditore, ma che certamente per adempiere pienamente al proprio ruolo dovrà essere in grado di comprendere e governare le dinamiche gestionali specifiche del settore nel quale opera l'impresa e dovrà inevitabilmente dotarsi di una struttura organizzativa idonea ad assicurare la conduzione della procedura secondo i ritmi imposti dal ciclo aziendale anziché secondo quelli consentiti dalla propria disponibilità di tempo e risorse.

IN ALTRE PAROLE

Il curatore che sin qui ha operato come professionista per lo più solitario, piegando se del caso i tempi di avanzamento delle procedure ai propri, potrebbe non essere più in grado di assicurare risultati soddisfacenti per i creditori. Chi lo vorrà dovrà rinforzare la propria struttura e le proprie competenze distintive per prepararsi ad affrontare procedure indubbiamente più complesse e sfaccettate. In questa nuova prospettiva, la dimestichezza con il Codice della crisi sarà sempre più condizione necessaria ma non sufficiente per essere apprezzati curatori.

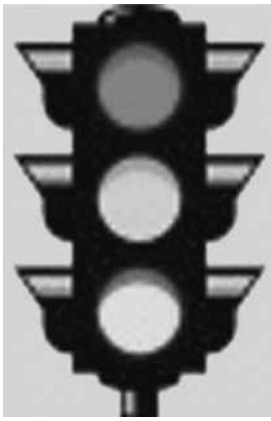
È chiaro che anche dopo la riforma la finalità della prosecuzione dell'attività aziendale rimane prettamente conservativa, va tuttavia meglio approfondito cosa si debba intendere, in termini aziendalistici, per conservazione del valore in presenza di un'impresa attiva. Conservare un valore di avviamento, intendendo con esso il coacervo di beni immateriali che sarebbero dispersi da un'interruzione intempestiva, di norma impone l'assunzione di azioni e iniziative, che potrebbero ben essere anche nuove, purché rientranti in un preciso disegno imprenditoriale di carattere, questo sì, conservativo.

Gli organi della procedura e i terzi devono quindi essere messi in condizione di valutare se una determinata azione intrapresa dal curatore si collochi o meno tra quelle funzionali alla conservazione del valore del capitale immateriale dell'azienda da vendere e, in ultima analisi, avere gli elementi per decidere se per il ceto creditorio sia conveniente o meno avallarla. Per esprimere questo genere di giudizio è indispensabile che la procedura non navighi a vista, ma proceda sulla base di un piano di azione al quale attenersi con obiettivi prestabiliti. Certamente rivedibili al mutare delle condizioni, ma espliciti.

Esemplificando, solamente avendo chiaro che l'obiettivo dell'esercizio è vendere l'azienda,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ipotizziamo, a 1.000 anziché a 500, conservando il 50% della forza lavoro, sarà possibile comprendere se sia razionale o meno autorizzare nuove spese per 300.



TRIBUNALE \ COMITATO DEI CREDITORI	VUOLE PROSEGUIRE	VUOLE CESSARE
VUOLE PROSEGUIRE	**L'attività prosegue con riesame quanto meno trimestrale** (salvo previsione di informative più frequenti agli organi disposte in sentenza)	**L'attività cessa immediatamente** con semplice ratifica del Giudice Delegato
VUOLE CESSARE	Il Tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, può ordinare la **cessazione in ogni momento**	**L'attività cessa immediatamente** con semplice ratifica del Giudice Delegato

Da qui la prima, cruda, domanda che si deve porre il curatore: l'azienda, o parti di essa, hanno ancora senso di esistere?

Esiste ancora un prodotto commercializzabile o quanto meno un processo produttivo adattabile a qualcosa di differente? Le caratteristiche dell'azienda e del mercato nel quale opera la rendono contendibile? In caso di risposta negativa la prosecuzione dell'attività sarà una lunga agonia e con tutta probabilità la scelta più ragionevole sarebbe quella di arrivare alla chiusura nel tempo più breve avendo come unico obiettivo la minimizzazione degli impatti negativi.

Non è detto che gli organi di procedura siano nelle condizioni di rispondere a questa domanda al momento dell'insediamento, e la doverosa necessità di approfondimento può giustificare la decisione di proseguire. Ciò non toglie che obiettivo primario del curatore debba essere trovare una risposta nel tempo più breve a tale interrogativo, per sciogliere la prognosi ed evitare, se del caso, l'accumularsi di spese prededucibili inutili.

Il documento nel quale inserire tali informazioni potrebbe essere il programma di liquidazione, ma probabilmente, per la verità, il programma si dovrebbe più correttamente collocare a un livello gerarchicamente superiore, avendo per oggetto l'intera procedura e non solo l'esercizio dell'impresa.

Inoltre, per quanto la riforma abbia accorciato i tempi di deposito del programma di liquidazione, nella prassi essopotrebbe comunque arrivare fuori tempo massimo, addirittura dopo l'intervenuta cessazione dell'attività di impresa. Potrebbe quindi risultare più utile un documento specifico, meno formale ma ben focalizzato sulle poche informazioni programmatiche essenziali attraverso le quali interpretare l'azione del curatore.

8.2 Presupposti per la prosecuzione dell'attività d'impresa

L'articolo 211, comma 2 CCI definisce le condizioni che devono sussistere, e permanere nel tempo, per proseguire l'attività, stabilendo che dalla prosecuzione non deve derivare un pregiudizio ai creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.2.1 Il danno da interruzione

I successivi affinamenti al Codice della crisi hanno portato all'eliminazione della condizione che in un primo tempo faceva da contraltare al pregiudizio da prosecuzione, ovvero la necessità da parte del tribunale di valutare anche il danno grave che deriverebbe dall'interruzione repentina dell'attività. Questa semplificazione si pone in assoluta coerenza con il *favor legis* per la prosecuzione dell'attività, rendendo superfluo giustificare che dalla cessazione si produrrebbero conseguenze negative connotate da gravità.

GIUDIZIO DI CONVENIENZA

Per potersi esprimere sulla convenienza della prosecuzione, il curatore deve definire le conseguenze dello scenario alternativo di cessazione dell'attività e ipotizzare l'impatto sull'attivo realizzabile e sul passivo accertabile, così da stimare il prevedibile grado di soddisfacimento in ipotesi di liquidazione statica dei beni (ipotesi che non è necessariamente sinonimo di liquidazione atomistica, ben potendo l'azienda essere ceduta in maniera unitaria anche dopo un periodo di sospensione dell'attività).

Ci si potrebbe chiedere se il venir meno della necessità di valutare questa condizione incida anche sulla responsabilità della procedura per i danni conseguenti, a qualunque titolo, all'interruzione.

Personalmente ritengo che tale responsabilità permanga e che debba essere attentamente ponderata dagli organi di procedura. Si potrebbe forse concludere che la stima del danno da interruzione rientri, con segno meno, nella valutazione del pregiudizio ai creditori derivante dalla prosecuzione.

8.2.2 Il danno da prosecuzione

Non vi è dubbio che il solo danno rilevante sia quello che colpisca il ceto creditorio.

Non rileva in alcun modo l'intensità del danno *patiendo,* mentre si può porre il dubbio circa la decisione da prendere in caso di contrasto di interessi tra diversi creditori.

ESEMPIO

Si pensi al caso, invero tipico, di contrasto di interessi tra i lavoratori subordinati e un creditore privilegiato di rango inferiore. I primi avrebbero tutto l'interesse a proseguire a oltranza l'attività di impresa, avendo privilegio e ampie tutele "paracadute", mentre il secondo potrebbe avere realistiche prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione immediata, e risultare invece danneggiato da un esercizio di impresa particolarmente sfortunato.

Una lettura pragmatica della norma dovrebbe far concludere che nel caso prospettato gli interessi del singolo creditore soccomberebbero a quelli dell'intera classe creditoria, in considerazione del fatto che il danno da determinare dovrebbe essere valutato prendendo in esame la totalità dei creditori, al netto di eventuali posizioni di vantaggio connesse alla prosecuzione. In questo senso si verrebbe a materializzare un danno rilevante non tanto nel momento in cui un singolo fosse danneggiato dalla prosecuzione, circostanza che ahimè realisticamente si realizzerà sempre, ma solo nel momento in cui i danni subiti non fossero, o

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

non fossero più, controbilanciati da altrettanti vantaggi. Questa interpretazione sistematica è coerente con quanto previsto in tema di composizione negoziata e trova conforto anche nel dato letterale, in quanto l'articolo 211 CCI parla infatti di danno ai creditori e non di danno a *un* (singolo) creditore.

Il custode di tale informazione critica per la prosecuzione è evidentemente il curatore, mentre l'arbitro della decisione è il comitato dei creditori.

Il curatore nominato, e prima di esso il tribunale che autorizza la prosecuzione, deve quindi accertare con estrema tempestività l'esistenza di effetti negativi per i creditori (considerati, come visto, come *unicum*). Come già visto, non è più necessario dimostrare anche la sussistenza di gravi danni da interruzione.

Trattandosi di accertamento su elementi di fatto strettamente afferenti alla tecnica aziendale, che in quanto tali potrebbero sfuggire al vaglio del tribunale, si auspica che divenga prassi virtuosa la nomina preventiva del futuro curatore, della quale già alcuni tribunali hanno esperienza. In assenza di un'esplicita previsione normativa, resta aperta la questione se sia più opportuno ricondurre la figura del **precuratore** a quella dell'amministratore giudiziario o del custode giudiziario nominato in sede cautelare prima della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale *ex* articolo 54 comma 1 (*ante* riforma *ex* articolo 15, comma 8 legge Fallimentare).

È di tutta evidenza come il giudizio di convenienza dovrà essere affinato a mano a mano che il curatore acquisirà elementi più precisi e certi, e dovrà quindi essere periodicamente rivisto. Se è tollerabile che un curatore, o ancor più un *precuratore*, avalli la prosecuzione dell'attività nell'immediatezza del fallimento sulla base di informazioni estremamente grossolane, al limite sulla base del suo mero intuito professionale, ciò non è più vero quando al passare del tempo egli dovrebbe disporre di elementi di giudizio certi e documentati.

RUOLO E POTERI DEL COMITATO DEI CREDITORI IN SINTESI

Il comitato dei creditori mantiene un ruolo centrale nella conduzione di una liquidazione con esercizio dell'attività di impresa:

- esprime parere vincolante sulla proposta di ripresa dell'esercizio da parte del curatore;
- incontra il curatore almeno ogni tre mesi per decidere sull'opportunità di continuare o meno l'attività;
- esprime parere vincolante, se negativo, sulla cessazione dell'attività;
- deve essere informato tempestivamente dal curatore di circostanze sopravvenute e rilevanti per la prosecuzione.

Vi è quindi un potere di veto del comitato dei creditori sulla prosecuzione che non è in alcun modo superabile dagli altri organi della procedura. Di contro, la volontà di proseguire espressa dal comitato potrebbe non essere condizione sufficiente se il tribunale ravvisasse l'opportunità di cessare.

L'attenzione a comporre il comitato in maniera rapida, equilibrata, rappresentativa e funzionale può rivelarsi decisiva per il buon esito della prosecuzione dell'attività.

8.3 Ripresa dell'attività non contestuale all'apertura della liquidazione

Il comma 3 dell'articolo 211 CCI non condiziona la ripresa alle medesime stringenti condizioni previste nel caso di prosecuzione senza soluzione di continuità. Ciò è implicito e logico, nella misura in cui esse sono assorbite dal parere vincolante del comitato dei creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

8.4 Durata

Come nel vecchio testo normativo, l'autorizzazione a proseguire l'attività dichiarata in sede di apertura della liquidazione giudiziale non prevede l'indicazione di un termine di durata della stessa, mentre in caso di decisione successiva il provvedimento di autorizzazione deve indicare la durata prevista, salvo proroghe chieste di volta in volta dal curatore. Ritengo sia particolarmente significativa l'eliminazione dell'aggettivo *"temporanea"* per comprendere il diverso approccio con il quale il legislatore oggi si pone nei confronti della prosecuzione dell'attività aziendale.

Ci si può comunque attendere che in sede applicativa sia mantenuta la prassi consolidata che vede il tribunale porre una data limite, fissando gli eventuali limiti aggiuntivi all'operatività del curatore e prescrivendo obblighi informativi più stringenti di quelli previsti per legge.

8.5 Ruolo del comitato dei creditori

Viene chiarito, al di là di ogni possibile dubbio interpretativo, che il comitato dei creditori ha poteri di vita e di morte sulla prosecuzione dell'attività di impresa, incarnando l'unico organo (laddove presente) deputato a rappresentare le ragioni di convenienza economica e opportunità della prosecuzione per il ceto creditorio. In presenza di un comitato dei creditori funzionante, il ruolo del giudice delegato risulta in questo ambito circoscritto a una mera ratifica delle decisioni, che si può al più estendere al generale vaglio di legittimità degli atti. Appare quindi interesse primario della procedura addivenire alla tempestiva nomina del comitato dei creditori, previa accurata individuazione dei componenti più idonei ad assicurarne velocità di intervento, rappresentatività rispetto alle varie classi e, non ultimo, preparazione tecnica.

Dall'esame del testo si può concludere che il tribunale, *motu proprio*, su impulso del curatore o di terzi interessati possa sostituirsi al comitato dei creditori per far cessare l'esercizio. Non è prevista all'opposto, coerentemente con i diversi ruoli attribuiti agli organi della procedura, la possibilità per il tribunale di autorizzare la prosecuzione dell'attività contro il volere del comitato dei creditori.

Il tribunale non può quindi imporre un sacrificio ai creditori in nome di un interesse di ordine superiore alla prosecuzione, mentre può decidere in ogni momento la cessazione anche in presenza del parere favorevole alla prosecuzione da parte del comitato dei creditori.

È evidente che il curatore possa (e debba) assumere decisioni gestorie anche in assenza del comitato dei creditori, mentre meno pacifico è se queste decisioni debbano essere preventivamente autorizzate in surroga dal giudice delegato, nella misura in cui la legge consenta al giudice delegato di avocare a sé poteri gestori che spetterebbero ad altro organo fuori dai casi previsti dall'articolo 140, comma 4 (già articolo 41, comma 3 legge Fallimentare).

8.6 Obblighi informativi del curatore

Ogni tre mesi il curatore deve convocare il comitato dei creditori, e ogni sei mesi il curatore è tenuto a depositare un rendiconto sull'andamento dell'attività. Per le diverse finalità che ricopre, tale relazione deve ritenersi documento diverso e aggiuntivo rispetto al rapporto seme-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

strale sull'andamento della procedura di liquidazione giudiziaria. Nella prassi, il termine per la rendicontazione viene valutato caso per caso dal tribunale e può divenire assai più stringente, riducendosi tipicamente a un mese o tre mesi.

A prescindere dall'informativa periodica, il curatore è tenuto a segnalare senza indugio agli organi di procedura l'avverarsi di circostanze sopravvenute tali da influire sulla prosecuzione dell'esercizio. Ciò evidentemente presuppone la tempestiva conoscenza di tali informazioni da parte del curatore, da cui si può far discendere l'esigenza di dotarsi di assetti organizzativi adeguati.

8.6.1 Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Per dare forma concreta alla responsabilità del curatore nel valutare tempestivamente gli elementi gestionali che, se conosciuti, dovrebbero immediatamente portare all'interruzione dell'attività di impresa, si può mutuare la nozione di assetti organizzativi dell'impresa che l'articolo 375 CCI ha introdotto nell'articolo 2086 del Codice civile, il quale prevede che «*L'imprenditore, ... 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 analogia si può concludere che il curatore abbia il dovere di istituire, laddove non fosse già presente ante liquidazione, ovvero in ogni caso verificare/ ripristinare/adeguare, un assetto organizzativo, amministrativo e contabile in funzione della rilevazione tempestiva del venir meno delle condizioni per la prosecuzione dell'attività. Ovvio infatti che, se vi è un curatore, sia già stata accertata non solo la crisi, ma l'insolvenza, e cambi di conseguenza il **focus informativo** verso il quale improntare gli assetti.

Per essere ritenuti adeguati, i flussi informativi dovrebbero includere per lo meno indicatori che consentano il rispetto di tutti i vincoli sotto i quali potrà essere valutata la convenienza tempo per tempo a proseguire l'attività:

- il **valore di presumibile realizzo dell'azienda o del ramo** in condizioni di funzionamento resta superiore a quello dello stesso complesso di beni valutato in condizioni statiche, e tale valore rimane superiore alla vendita atomistica?
  Questo indicatore è influenzato dalla disponibilità delle stime, dall'andamento degli esperimenti di vendita, dalle trattative, dalle manifestazioni di interesse ricevute, nonché dai potenziali danni derivanti dalla prosecuzione (si pensi al caso tipico di una linea produttiva del valore di centinaia di migliaia di euro che fosse seriamente danneggiata per effetto della prosecuzione della produzione in assenza di adeguate manutenzioni e presidi). La cessione dell'azienda resta il fine ultimo della prosecuzione dell'attività, immaginando che attraverso una vendita realizzata alle migliori condizioni si possano assorbire le prevedibili diseconomie della gestione e le maggiori spese prededucibili generate. Non sarebbe quindi accettabile aver portato avanti un esercizio, che - non dimentichiamolo - non è un'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, solamente per scoprire che l'azienda non ha la benché minima appetibilità sul mercato;
- una **prospettiva economico- finanziaria con orizzonte di (almeno) tre mesi**. Tale è infatti la periodicità massima con la quale il curatore deve riunire il comitato dei creditori per valutare l'opportunità di proseguire o meno l'esercizio. Nei casi più virtuosi e strutturati, ove le dimensioni dell'impresa lo giustifichino, questo documento assumerà i connotati di vero e proprio piano industriale e budget;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› la **dinamica delle spese in prededuzione e il rischio associato alle entrate correnti** dell'esercizio provvisorio. È infatti chiaro che non sarà sufficiente garantire la sostenibilità economica derivante dai ricavi qualora alla stessa non fosse associata anche la sostenibilità finanziaria derivante dalla prudente, ragionevole e reale stima dell'esigibilità dei crediti commerciali.

Dando per assunto che qualunque esercizio provvisorio abbia difficoltà a finanziare il proprio ciclo operativo, e che per farlo il curatore possa dover ricorrere a entrate derivanti dall'incasso di crediti commerciali ante procedura o dalla liquidazione di beni non funzionali all'attività di impresa, intaccando con ciò l'attivo che sarebbe stato a disposizione dei creditori concorsuali fin dall'inizio, si può suggerire come prassi virtuosa la **negoziazione esplicita del fabbisogno finanziario** necessario per la prosecuzione dell'attività di impresa con gli organi della procedura (si legga delibera specifica del comitato dei creditori con la quale il curatore è autorizzato a utilizzare l'importo massimo di *x* euro per il finanziamento dell'esercizio). In questo modo gli organi di procedura saranno informati e consapevoli dello scenario più sfavorevole e il curatore avrà ben chiaro la soglia di rischio oltre la quale non spingersi per nessun motivo.

8.6.2 Coadiutori

Verosimilmente per attuare un assetto organizzativo adeguato il curatore dovrà farsi coadiuvare, previa autorizzazione del comitato dei creditori, da tecnici o altre persone retribuite, **compreso il debitore o gli amministratori** (si veda l'articolo 129, comma 2). La specificazione della possibilità di nomina a coadiutore di un amministratore è una novità del codice, in quanto in precedenza la legge Fallimentare parlava solamente di *fallito*. Su questo punto si apre una delicata valutazione di opportunità da parte del curatore: dovrà affidarsi alla propria sensibilità, esperienza e alle poche informazioni sommariamente disponibili per decidere se chi è stato presente in azienda fino al manifestarsi dell'insolvenza possa rappresentare un aiuto o diversamente sia un ostacolo al tentativo di ricollocazione dell'azienda sul mercato.

La decisione presa avrà implicazioni anche nella valutazione dei profili di responsabilità dell'organo amministrativo. Potrebbe infatti apparire contradditorio che il curatore da un lato si faccia coadiuvare da un amministratore per la gestione dell'impresa e dall'altro ventili ipotesi di responsabilità nei suoi confronti per l'intervenuto dissesto o per il suo aggravamento.

Sul punto va aggiunto infine che, con la previgente normativa, il riconoscimento dei presupposti per la autorizzazione all'esercizio provvisorio è stato ritenuto elemento dal quale far discendere l'esclusione di responsabilità dell'organo gestorio per l'aggravamento del dissesto. Come attribuire infatti una responsabilità per aver proseguito indebitamente l'attività se lo stesso tribunale, intervenuto in una fase successiva, ha ritenuto che fosse nell'interesse dei creditori che l'attività proseguisse anche dopo l'avvio della liquidazione giudiziaria?

8.7 Contratti pendenti

In passato la disciplina dei contratti pendenti ha giocato un ruolo cruciale nella valutazione di convenienza e fattibilità di un esercizio provvisorio, in quanto, in via generale, la prosecuzione di un contratto poteva implicare il rischio di estensione della natura prededucibile anche alle somme scadute *ante* fallimento. Ciò portava nella prassi operativa all'adozione di *escamotage* a tutela della procedura non particolarmente raffinati ma efficaci, quali la stipula di contratti *ex*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

novo in luogo del subentro nei contratti preesistenti, accompagnata dalla ricerca di transazioni a saldo e stralcio.

La **regola generale** è che i contratti proseguono salvo diversa decisione del curatore.

La riforma ha modificato la disciplina generale dei contratti pendenti, con inevitabile impatto anche sul trattamento degli stessi in caso di prosecuzione dell'attività di impresa. Dirimente dovrebbe risultare il comma 8 dell'articolo 211 CCI, che circoscrive la prededuzione unicamente ai «*crediti sorti nel corso dell'esercizio*», in conformità con la previsione generale del comma 3 dell'articolo 172 CCI secondo la quale «*in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura*».

Quanto all'**iter autorizzatorio**, si può ritenere prudente da parte del curatore, se non proprio espressamente desumibile dalla lettera della norma, che questi chieda l'autorizzazione allo scioglimento dai contratti al comitato dei creditori, in ragione delle conseguenze che potrebbero derivare alla procedura in termini di eventuali indennizzi e penali e, soprattutto, di permanente riduzione del valore dell'azienda.

8.8 Rapporti con la Pubblica amministrazione

Un elemento che in presenza di crisi conclamata può restringere il campo delle opzioni percorribili riguarda la presenza o meno di commesse con la Pubblica amministrazione. Due dati sono infatti certi dalla disamina dell'articolo 372 CCI che novella l'articolo 110 del Dlgs 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici»):

- l'impresa in liquidazione giudiziaria non potrà accedere a nuovi affidamenti;
- ma **potrà continuare gli appalti pubblici già affidati**.

Questa norma incide in maniera significativa sull'operatività del curatore, in quanto egli dovrà valutare:

- se al momento di apertura della liquidazione giudiziale esista un portafoglio di commesse attive sufficiente a consentire all'impresa di proseguire l'attività fino alla ricollocazione sul mercato;
- se il tempo di gestazione di una nuova commessa è sufficientemente breve da consentire all'acquirente di aggiudicarsi nuove gare prima di aver esaurito le commesse aperte.

Diversamente sarà improbabile trovare un soggetto interessato all'acquisto, restringendo il campo presumibilmente solo a concorrenti in cerca di strategie di integrazione orizzontale. In altre parole, soggetti interessati ad acquisire maggiore capacità produttiva ma difficilmente disposti a pagare un *plusvalore* per l'avviamento commerciale o per il *know-how* tecnico.

8.9 Rapporti di lavoro

L'articolo 189 CCI ha innovato la disciplina generale dei contratti di lavoro, sancendo che l'apertura della liquidazione non costituisce di per sé motivo di licenziamento, ma pone i rapporti in uno stato di sospensione fino a decisione del curatore da assumersi, salvo proroghe, entro quattro mesi dell'apertura della liquidazione.

Il comma 9 prevede che in caso di esercizio dell'impresa in liquidazione i rapporti di lavoro proseguano, attribuendo al curatore la facoltà di sospenderli o recedere nei modi, nei termini e alle condizioni della disciplina lavoristica vigente.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come si può desumere dalle modifiche apportate ad altre procedure, la riforma dimostra grande attenzione alla conservazione dei livelli occupazionali. Nel caso di esercizio dell'impresa in costanza di liquidazione si può ritenere che la *ratio* della previsione derivi dal riconoscimento che il capitale umano, incorporando *know-how* tecnico e conoscenza dei processi organizzativi aziendali, sia un bene immateriale da tutelare nella prospettiva di aumentare l'appetibilità sul mercato dell'azienda.

Nell'evidenza empirica ciò è tanto più vero quanto più ridotte sono le dimensioni aziendali, in quanto i processi interni sono fisiologicamente meno formalizzati e strutturati. Va anche detto, che l'esperienza mostra che tante ristrutturazioni di successo sono passate per fortissimi tagli al personale e che più di un commentatore, non certo per cinismo, teme che le modifiche introdotte provochino effetti distorsivi.

8.10 Effetti sulla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale

Il tenore che dell'articolo 211 - che ribaltando la prospettiva precedente pone come regola la prosecuzione dell'attività di impresa e come eccezione la sua interruzione - porta a ritenere che con l'entrata in vigore della riforma le sentenze dovrebbero esplicitare in motivazione le ragioni per le quali il Collegio ha se del caso ritenuto di interrompere l'attività (ovvero prendere atto della già intervenuta interruzione e dell'impossibilità/inutilità di riprenderla).

Ciò significa che la sentenza dovrebbe sempre contenere, quanto meno sulla base delle sommarie informazioni acquisite in sede di istruttoria, una valutazione esplicita della plausibile assenza di pregiudizio da prosecuzione per i creditori.

Trattandosi di un apprezzamento che attiene al merito e alla tecnica aziendale, in esito al quale potrebbero sorgere danni anche consistenti, non è detto che il tribunale si ritenga sufficientemente informato da ordinare l'interruzione dell'attività contestualmente all'apertura della liquidazione giudiziale, lasciando al curatore e al costituendo comitato dei creditori la decisione.

8.11 Contenuto della domanda di apertura della liquidazione con richiesta di prosecuzione dell'attività

Come visto, il Codice della crisi attribuisce al tribunale il potere di dichiarare l'interruzione dell'attività di impresa con la sentenza di apertura della liquidazione, salvo lasciare al curatore il potere di chiederne la riattivazione in un momento successivo. È quindi lecito cominciare a interrogarsi sulle informazioni qualitative e quantitative che il Collegio dovrà prendere in esame per assumere tale delicata decisione.

Lecito anche chiedersi quale debba essere il ruolo del debitore nel rappresentare, di propria iniziativa o a richiesta, tali informazioni in sede di domanda *ex* articolo 37 comma 2 presentata in proprio ovvero di intervento nell'istruttoria preliminare all'apertura della liquidazione avviata su richiesta di un creditore, del pubblico ministero, o da parte di autorità amministrative preposte al controllo e alla vigilanza sull'impresa.

Lecito, infine, chiedersi se siano configurabili responsabilità specifiche del debitore in caso di una rappresentazione incompleta o sviante in merito alle concrete prospettive di prosecuzione dell'attività di impresa e dei possibili danni derivanti a terzi tanto dall'interruzione repentina quanto dalla prosecuzione inopinata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 9

La nuova disciplina di liquidazione dell'attivo

Daiana Argnani

SOMMARIO: 9.1 Preferenza per la cessione unitaria dell'azienda – 9.2 Nuove modalità di liquidazione dei beni: protagonista il Pvp – 9.3 Vendita telematica – 9.4 Avvicinamento al modello esecutivo – 9.5 Cessioni di beni particolari – 9.6 Conclusioni

Con riferimento alla liquidazione dell'attivo (disciplinata alla Sezione II, Capo IV, articoli 214-219), le più significative novità apportate dal Codice della crisi riguardano le modalità di liquidazione dei beni, mentre vengono modificate solo marginalmente le parti relative alla vendita dell'azienda, alla cessione dei crediti, azioni e partecipazioni, quella alla vendita dei diritti su beni particolari (opere ingegno, marchi, invenzioni industriali) e quella che riguarda il procedimento di distribuzione della somma ricavata dall'attività di liquidazione.

9.1 Preferenza per la cessione unitaria dell'azienda

Andando con ordine, per quanto riguarda la cessione dell'azienda, di suoi rami o di beni e rapporti in blocco, il nuovo articolo 214 CCI ricalca sostanzialmente il vecchio articolo 105 della legge Fallimentare, seppur inserendo due novità:

- viene eliminato qualsiasi riferimento alla disciplina dei rapporti di lavoro in fase di acquisizione di azienda, materia che viene regolata con norma separata;
- viene precisato che in caso di vendita mediante conferimento in altra società, le azioni o quote della società che riceve il conferimento possono essere assegnate ai creditori che acconsentono, nel rispetto delle cause di prededuzione.

Le novità, quindi, non vanno a mutare nel merito la disciplina, ma piuttosto rispondono all'esigenza di **razionalizzazione del sistema** richiesta dalla delega.

Resta pertanto immutata la preferenza del legislatore per la liquidazione, quando possibile, dell'intera azienda o di suoi rami, che permette una conservazione delle maestranze, dei clienti, del *know how* e dell'eventuale avviamento, in un'ottica di conservazione della continuità aziendale.

Quindi, solo laddove, a seguito di un giudizio prognostico del curatore, la via della conservazione del tessuto aziendale o in subordine della cessione in blocco di beni o rapporti giuridici non fosse percorribile, si procederà con la liquidazione atomistica dei cespiti, che viene quindi confermata come ultima strada possibile.

Sul punto alcune considerazioni. Se infatti è certamente preferibile, laddove ce ne fosse la possibilità, cedere l'intera azienda o rami di essa nell'ottica della continuazione dell'attività

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

aziendale, qualche perplessità in più desta l'affermazione che cedere beni in blocco (senza quindi una continuazione diretta dell'attività aziendale) sia sempre preferibile rispetto alla cessione singola degli stessi.

È prassi infatti dei tribunali disincentivare la vendita in singoli lotti, nella convinzione che una cessione in blocco permetta non solo un risparmio di tempo ma anche una maggiore soddisfazione dei creditori.

Tale ultima conclusione non sempre può dirsi vera, poiché per valutare il grado di soddisfazione della massa creditoria occorre considerare principalmente due fattori:

› le entrate effettivamente realizzate;
› il tempo necessario alla liquidazione.

Quanto al punto 1) è evidente che una liquidazione per singoli beni, anziché in blocco, comporta sempre un maggior realizzo economico per la procedura, considerato che la frammentazione dei beni permette di ampliare notevolmente la platea dei possibili acquirenti, che si estende a più segmenti di mercato (la vendita potrà rivolgersi per esempio anche agli utilizzatori finali e non soltanto ai commercianti), aumentando così la competitività e, in definitiva, il realizzo per la procedura.

Si è portati però a pensare che una vendita di singoli beni sia molto onerosa sotto il profilo del tempo necessario per predisporre le operazioni di cessione: se questo è sicuramente vero laddove il curatore - occupato anche in altre corpose attività per la procedura - si occupi in prima persona delle operazioni di vendita, non può dirsi altrettanto qualora il professionista proceda alla liquidazione avvalendosi di un soggetto specializzato, possibilità già prevista dall'articolo 107, comma 1 legge Fallimentare e confermata dall'articolo 216, comma 2 CCI: in questo caso, infatti, il soggetto specializzato potrà predisporre celermente le operazioni di vendita, avendo le capacità tecniche, l'organizzazione e quindi la possibilità di organizzare in tempi ragionevolmente brevi una vendita per singoli lotti.

Fermo restando che la cessione dell'intera azienda o di suoi rami resta sempre la soluzione preferibile, nel caso in cui non fosse possibile procedere in tale senso, non è detto che una liquidazione di beni in blocco sia necessariamente da preferire a una cessione singola, poiché in quest'ultimo caso, laddove ci si avvalga della collaborazione di un soggetto specializzato, si realizzeranno sicuramente maggiori entrate alla procedura, e quindi una maggiore soddisfazione per la massa dei creditori, in tempi brevi e comparabili a quelli di una liquidazione in blocco.

Resta confermata con la riforma anche la possibilità di cedere le attività e passività aziendali o dei suoi rami, nonché di rapporti giuridici individuali in blocco, esclusa la responsabilità dell'alienante; confermata anche, infine, la possibilità per il curatore di procedere con il conferimento in una o più società anche di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante *ex* articolo 2560 del Codice civile.

La vendita è sempre disposta con le modalità indicate dal successivo articolo 216 CCI e in conformità a quanto disposto dall'articolo 2556 del Codice civile.

9.2 Nuove modalità di liquidazione dei beni: protagonista il Pvp

Le più rilevanti novità introdotte in tema di liquidazione dell'attivo riguardano, come si è detto, le modalità di liquidazione dei beni, regolate dall'articolo 216 CCI.

Novità che interessano prima di tutto il titolo della norma, denominata «Modalità di liqui-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dazione» in luogo della rubricazione del vecchio articolo 107 legge Fallimentare «Modalità delle vendite».

La nuova rubricazione, sicuramente più corretta della precedente, è giustificata dal fatto che la norma non riguarda solo la regolamentazione della fase di vendita strettamente intesa, ma anche le operazioni collegate, tutte da realizzarsi con l'utilizzo del **Portale delle vendite pubbliche** (Pvp).

Il protagonista generale dell'intera procedura di liquidazione è infatti il portale ministeriale, introdotto dal Dl 27 giugno 2015, n. 83 e che nel panorama della riforma diventa il fulcro attraverso cui si svolgono tutte le operazioni di vendita nonché quelle prodromiche e successive.

Il portale, progettato dal Ministero e operativo dal 1° luglio 2017, è stato infatti pensato e realizzato come *marketplace* unico in cui fare convogliare tutte le pubblicità delle vendite relative a beni di procedure concorsuali ed esecutive - funzione a oggi già implementata, seppure con qualche persistente difficoltà di natura tecnica - nonché verosimilmente in un futuro non ancora scadenzato, tutte le procedure di vendita mobiliari e immobiliari di pertinenza di procedure esecutive e concorsuali.

Con l'introduzione del portale, il citato Dl 83/2015 ha anche modificato il testo dell'articolo 490, comma 1 del Codice di procedura civile, stabilendo un obbligo di pubblicazione legale sulla piattaforma per tutte le procedure esecutive; lo stesso provvedimento ha anche modificato il comma 1 dell'articolo 107 legge Fallimentare, il cui ultimo periodo estende l'applicabilità dell'articolo 490, comma 1 Cpc anche alla materia concorsuale.

Il Codice, quindi, parte da qui ribadendo in primo luogo l'**obbligo di pubblicizzazione legale** sul portale **delle vendite relative a tutti i beni** (mobili e immobili) di pertinenza delle procedure.

La pubblicazione, al costo di 100 euro per lotto e per esperimento, viene effettuata direttamente dal professionista incaricato delle operazioni o, sempre più spesso - prassi avallata dalla maggior parte dei tribunali - dal soggetto specializzato o ausiliario che si occupa della gestione delle operazioni di vendita.

Più di qualche perplessità ha destato nella pratica l'introduzione dell'obbligo di pubblicità legale sul portale, a fronte del costo (non esiguo, trattandosi di 100 euro per lotto e per esperimento), che va a gravare sulle casse della procedura.

Il Codice, come detto, rende il portale il fulcro attraverso cui si sviluppa tutta la fase della liquidazione, partendo da quella delle **perizie**, che secondo quanto previsto dall'articolo 216, comma 1 CCI dovranno essere redatte secondo i modelli informatici per le relazioni di stima presenti sul portale ministeriale. Le relazioni, che dovranno essere predisposte per tutti i beni, salvo quelli di modesto valore, dovranno poi essere depositate telematicamente e poi pubblicate sul portale in fase di pubblicizzazione della procedura.

Anche le **richieste di ispezione e visita dei beni** dovranno essere necessariamente essere formulate tramite la piattaforma ministeriale e da lì prese in carico dal custode, per far sì che l'intero processo di vendita, completo delle azioni accessorie come la gestione degli accompagnamenti, venga tracciato (articolo 216, comma 6 CCI).

Il portale è poi la piattaforma su cui verranno convogliate le **offerte telematiche di acquisto** che poi verranno trasmesse (quantomeno in una prima fase) ai gestori della vendita per l'espletamento della gara al rialzo: in un prossimo futuro infatti, non ancora scadenzato dal Ministero, è verosimile che il portale divenga la piattaforma unica su cui verranno presentate le offerte e su cui si svolgeranno anche le aste al rialzo.

Una delle grandi rivoluzioni, infatti, è data dall'introduzione dell'obbligatorietà (salvo rare eccezioni che si vedranno) della procedura di vendita telematica anche per il settore concorsuale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

9.3 Vendita telematica

Il Codice estende e generalizza l'adozione della modalità di vendita telematica anche al settore concorsuale, a prescindere dalla tipologia di procedura di liquidazione prescelta (competitiva o secondo la disciplina del Codice di procedura civile).

La vendita telematica - utilizzata ormai abitualmente nei Paesi anglosassoni per liquidare compendi di provenienza da procedure giudiziarie - è stata formalmente introdotta in Italia dal Dm 26 febbraio 2015, n. 32, che disciplina la modalità di vendita dei beni mobili e immobili nei casi previsti dal Codice di procedura civile.

Il provvedimento ministeriale, che ha trovato definitiva applicazione dalla primavera del 2018, per la prima volta descrive i caratteri e le modalità di espletamento di una vendita telematica.

La norma quindi interviene a regolare un settore che però era già in fase di sviluppo da diversi anni: le prime esperienze di aste telematiche in ambito concorsuale, infatti, risalgono ad oltre una decina di anni fa, quando i tribunali hanno cominciato ad autorizzare tali modalità di vendita, intese come tipologie di procedure competitive regolate dall'articolo 107, comma 1 legge Fallimentare.

L'esigenza di una regolamentazione della materia era quindi veramente forte; proprio per questo se da un lato tale intervento normativo è stato accolto positivamente perché ritenuto ormai improcrastinabile, dall'altro qualche perplessità ha destato il fatto che sia stata utilizzata una fonte di diritto secondaria in luogo di una legge o di un atto di pari grado.

Il Codice estende e generalizza l'**obbligatorietà** di procedere con **vendita telematica** anche al **settore concorsuale**, precisando che le vendite - sia che si tratti di procedure competitive sia di vendite disposte secondo il Codice di procedura civile - si svolgono con modalità telematica tramite il Portale delle vendite pubbliche (articolo 216, comma 4 CCI).

Se già oggi, come detto, in caso di vendita telematica (perché operata secondo il Codice di procedura civile) e in ottemperanza al disposto del citato decreto ministeriale, le offerte di acquisto si presentano tramite il portale ministeriale, il Codice fa un passo oltre indicando tutte le procedure di vendita - seppur con limitazione alla presentazione della prima offerta - devono svolgersi sulla piattaforma ministeriale.

L'obiettivo del legislatore è quindi quello di procedere con un accentramento della gestione delle vendite, superando così quella frammentazione oggi esistente, per creare un canale unico non solo per le pubblicizzazioni delle vendite, ma anche per la presentazione di tutte le prime offerte di vendita.

Considerando che ad oggi il Dm 32/2015 è l'unico provvedimento che in qualche modo disciplina le tipologie di vendita telematica, seppure il provvedimento riguarda le vendite nei casi previsti dal Cpc (e quindi ambito esecutivo e concorsuale quando la vendita è rimessa innanzi al giudice) di fatto le previsioni del Dm troveranno applicazione anche qualora si proceda con procedura competitiva.

La procedura potrà quindi scegliere fra tre distinte **modalità di vendita**:

- asta sincrona telematica;
- sincrona mista;
- asincrona telematica e selezionare il gestore della vendita tra i soggetti iscritti al relativo elenco ministeriale.

L'offerente presenta la propria offerta direttamente sul Portale delle vendite pubbliche (con l'eccezione dei casi di asta sincrona mista qualora il soggetto decida di partecipare personal-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mente) entro il termine ultimo indicato all'interno del bando di vendita, tramite compilazione di un *form* presente sul portale stesso. Le offerte vengono trasmesse al portale tramite posta elettronica certificata per vendita telematica o a mezzo posta elettronica sottoscritta digitalmente.

Il portale, entro i termini indicati all'interno del bando di vendita, verifica le offerte e trasmette l'esito al gestore della vendita selezionato dalla procedura, sulla cui piattaforma poi si svolgerà la gara al rialzo.

TIPOLOGIA E PROCEDURA DI VENDITA

Tipologia di vendita	Modalità presentazione offerta	Modalità svolgimento gara
Sincrona telematica	Esclusivamente in modalità telematica tramite Pvp	I rilanci vengono effettuati nella medesima unità di tempo con simultanea connessione del referente e di tutti i partecipanti.
Sincrona mista	In modalità telematica ovvero mediante deposito in busta chiusa presso il luogo fisico indicato nel bando di vendita	La gara è esclusivamente telematica. Chi ha presentato offerta cartacea presenzia personalmente davanti al referente, che inserisce sul portale del gestore i dati dell'offerta e i rilanci per conto di questa tipologia soggetti. I rilanci vengono effettuati nella medesima unità di tempo con simultanea presenza di tutti i partecipanti e del referente.
Asincrona telematica	Esclusivamente in modalità telematica tramite Pvp (beni immobili) ovvero tramite il sito del gestore della vendita (beni mobili)	I rilanci vengono effettati in un lasso temporale predeterminato senza la necessaria connessione del referente e di tutti i partecipanti

Al termine della gara, il gestore comunica al professionista e al portale stesso l'esito dell'asta, fornendo al professionista anche il verbale di gara per il deposito telematico. Fa eccezione la sola tipologia asincrona "semplificata", prevista per la vendita di asset mobiliari, dove la prima offerta viene presentata, con modalità telematica, direttamente sul portale del gestore e non su Pvp.

Altra **figura chiave** della vendita con modalità telematica è quindi quella del **gestore della vendita**, soggetto privato in possesso dei requisiti richiesti dal Ministero sulla cui piattaforma si svolge la gara al rialzo, scelto dal giudice delegato tra l'elenco dei soggetti iscritti nell'apposito elenco ministeriale.

La tendenziale obbligatorietà della vendita telematica viene mitigata però dall'ultimo periodo del comma 4, che fa salvi i casi in cui «*tali modalità* (telematiche) *siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura*».

La formula, dal contenuto generico e che richiama quanto già previsto analogamente in campo esecutivo, lascia quindi ampi margini interpretativi. È verosimile pertanto che, quantomeno in un primo periodo di sperimentazione, la prassi di tanti tribunali sarà quella di utilizzarla, così come già avvenuto in ambito esecutivo a partire dal 2018, per sperimentare con moderazione le nuove modalità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ciò che ha lasciato perplessi, infatti, oltre al fatto che come già detto una normativa tanto importante come quella di regolazione delle vendite telematiche sia contenuta in un provvedimento secondario, è che non si sia optato per un periodo di sperimentazione parziale, ma si sia ritenuto di estendere l'applicabilità del provvedimento, sin da subito, a tutte le vendite esecutive - e nel caso del Codice, concorsuali - pendenti innanzi a tutti i tribunali quando forse, per una innovazione così grande, sarebbe stato opportuno al contrario una preliminare sperimentazione parziale.

In ogni caso, a prescindere dalla formula salvifica presente al comma 4, è chiara ed evidente la volontà del legislatore di prevedere, di fatto, l'obbligatorietà del procedimento telematico per tutte le vendite relative a beni mobili e immobili di procedure concorsuali.

9.3.1 Conferma dei modelli di vendita e della centralità della figura del professionista

L'articolo 216 CCI conferma la distinzione, già tracciata dall'articolo 107 legge Fallimentare, tra la procedura competitiva (comma 2) e la vendita secondo le norme del Codice di procedura civile, in quanto compatibili (comma 3).

Con riferimento al **modello competitivo**, si ricorda come questo sia per definizione un **modello "libero"**, che presuppone la totale libertà di determinare tipologie di vendita svincolate da schemi rigidi e predefiniti, che trovano come unico limite il rispetto dei requisiti di competitività e trasparenza, con l'obiettivo di ampliare il più possibile la platea di potenziali partecipanti mediante un sistema di vendita chiaro e trasparente.

Non esistendo quindi una definizione precisa di come debba essere strutturata una vendita competitiva, negli anni la prassi dei tribunali ha rilevato moltissime e diverse forme di vendite, partendo sostanzialmente dalla modalità "senza incanto" e rivisitandola con l'inserimento di caratteri e distinzioni, nell'ottica del raggiungimento di una sempre maggiore competitività.

La stessa vendita telematica, che per la prima volta compare in un testo di materia concorsuale proprio nel Codice, di fatto viene già praticata da anni (si consideri che i primi operatori del settore hanno avviato la propria attività di gestore di asta telematica oltre un decennio fa) come modello principe di vendita competitiva, in grado di garantire la massima diffusione della notizia della vendita e permettere una partecipazione potenziale amplissima, con un'assoluta garanzia di trasparenza data dall'utilizzo dello strumento telematico.

Viene confermata anche la possibilità per il professionista di avvalersi di un soggetto specializzato per lo svolgimento delle operazioni di vendita: cosa debba intendersi con il termine «soggetto specializzato» è concetto vago e ancora oggi non chiaro, considerato che dal 2006 - anno di introduzione di questa figura - ad oggi, nessun tipo di regolamentazione è stata implementata per delineare caratteristiche e requisiti che un soggetto deve possedere per potersi definire "specializzato".

L'ultimo comma dell'art 107 legge Fallimentare, anch'esso datato 2006, richiamava la necessità di definire e disciplinare i requisiti di onorabilità e professionalità propri di un soggetto classificabile come specializzato, ma a tale monito non è stato dato seguito. Il Codice della crisi all'art. 216 ultimo comma - sia in attuazione dell'art. 27 della direttiva Insolvecy in relazione alla vigilanza sui professionisti, sia, probabilmente, a fronte della grande diffusione nel corso degli anni di questa tipologia di figura di supporto - reitera la necessità di regolamentazione dei soggetti specializzati, riprendendo di fatto il dettato dell'art. 107 ultimo comma. Come spesso accade, la lacuna normativa ha lasciato il posto alla prassi, che ha fatto sì che potesse definirsi specializzato

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ogni soggetto privato, esterno agli organi della procedura, di comprovata esperienza nel settore di vendita di beni mobili e immobili, in grado quindi di offrire supporto operativo competente alla procedura e di organizzare in modo efficiente le vendite.

Oggi, la vendita tramite il supporto di soggetto specializzato è un modello largamente utilizzato (il 39% degli esperimenti battuti in ambito fallimentare nel 1° semestre del 2022 si riferisce a procedure gestite con il supporto di soggetti specializzati. *Fonte*: Osservatorio immobiliare 1° semestre 2022 Abilio-neprix), poiché permette al curatore, in un contesto socio-economico in cui una liquidazione a prezzi accettabili è sempre più difficile da realizzarsi, di ricevere l'aiuto e il supporto di esperti del settore che quindi riescono a massimizzare le possibilità di successo della vendita e quindi, in definitiva, i profitti per la procedura.

In alternativa alla procedura competitiva, il Codice conferma la **possibilità di procedere** alla liquidazione **seguendo le norme del Codice di procedura civile**, in quanto compatibili.

A fronte quindi di un modello, quello competitivo, elastico e libero da schemi predefiniti, viene confermata la possibilità di procedere con una modalità "chiusa", secondo le norme previste per i beni di pertinenza delle procedure esecutive.

La scelta in ordine alla modalità di vendita (competitiva o secondo il Codice di procedura civile) da seguire, resta in capo al professionista, che quindi si conferma come la figura principale di tutto il processo di liquidazione. Dopo infatti una prima versione del testo codicistico che prevedeva un ritorno ad un sistema in era il giudice delegato a stabilire le modalità con cui procedere alla liquidazione dei beni, riprendendo di fatto il modello di vendita pubblicistico vigente prima della riforma del 2006, il Decreto correttivo ha modificato tale approccio, ristabilendo il modello preesistente.

Il **professionista** mantiene quindi la possibilità di proporre quale modello di vendita seguire, nonché la gestione diretta della modalità di vendita principale, quella competitiva, procedendo secondo le indicazioni contenute all'interno del programma di liquidazione. Tale approccio è sicuramente condivisibile, considerando che il professionista è per ovvi motivi la figura più vicina alla procedura, e che quindi conosce a fondo dettagli e peculiarità dei compendi da liquidare, riuscendo così a proporre la tipologia di vendita migliore per il caso concreto.

Pur nella libertà del professionista di proporre la tipologia di vendita da porre in essere, il Codice fornisce comunque indicazioni circa le tempistiche di vendita: se infatti è previsto che il primo esperimento di vendita debba essere celebrato, per compendi mobiliari ed immobiliari, entro otto mesi dall'apertura della procedura (previsione legata alle tempistiche di liquidazione e contenuta all'art 213 CCI), per i beni immobili viene anche richiesta la pubblicazione di almeno tre esperimenti di vendita all'anno, con la specifica che dopo il terzo esperimento andato deserto, il prezzo possa essere ribassato fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultima pubblicazione (art. 216 comma 2 CCI).

Compito del professionista è anche quello di determinare le **forme di pubblicizzazione** della vendita (articolo 216, comma 5 CCI): oltre infatti a disporre la pubblicità, sul portale pubblico, dell'avviso contenente tutti i dati che possono interessare il pubblico o della ordinanza di vendita e di ogni altro documento ritenuto utile (verosimilmente la perizia dei beni, documentazione fotografica ed eventuale ulteriore documentazione descrittiva se presente), spetta sempre a questi la possibilità di determinare «ulteriori forme di pubblicità idonee ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati», nell'ottica del raggiungimento del maggior livello di competitività possibile, sia che si proceda con procedura competitiva sia qualora si opti per una vendita secondo il modello del Codice; il termine per gli adempimenti pubblicitari, che può essere ridotto solo in caso di giustificati motivi di urgenza, è di 30 giorni (più breve quindi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rispetto ai 45 giorni imposti dalla normativa prevista per le esecuzioni) e, a differenza di quanto avviene in ambito esecutivo, trova applicazione per le vendite immobiliari e mobiliari.

Nella sostanziale continuità del sistema che lascia al professionista la gestione dell'intero processo di liquidazione, viene meno però la facoltà per il curatore di sospendere la vendita in caso di ricezione di offerta migliorativa di almeno il 10% rispetto all'ultimo prezzo offerto, prevista dal vecchio articolo 107, comma 4: tale norma, scomparsa all'interno del Codice, sancisce l'impossibilità per il curatore di incidere in maniera così importante sul procedimento di vendita.

L'unica **possibilità di sospensione della vendita** è quindi quella disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 217 del Codice (che ricalca l'articolo 108 legge Fallimentare), che prevede la possibilità di sospendere la vendita qualora ricorrano «gravi e giustificati motivi» e dove si prevede che il delegato possa impedire il perfezionamento della procedura qualora, su istanza del debitore, del comitato dei creditori o di altri interessati, «il prezzo risulti notevolmente inferiore rispetto a quello ritenuto congruo».

L'eliminazione della possibilità in capo al curatore di sospensione della vendita in caso di offerta migliorativa di almeno il 10%, se è pur vero che rappresenta una perdita di autonomia per il curatore, dall'altra si presume avrà il positivo effetto di interrompere o perlomeno disincentivare quella malsana prassi ormai praticata da tanti tribunali per cui un potenziale interessato, anziché partecipare alla gara, decideva di restare alla finestra procedendo poi, al termine dell'asta, con la presentazione fuori gara di un'offerta migliorativa del 10%, sperando in un'aggiudicazione diretta. Tuttavia, seppure disincentivato, tale meccanismo di presentazione sistematico di offerte fuori asta potrebbe comunque continuare, ben potendo il giudice - e non più il professionista - sospendere la vendita (impedendone il perfezionamento) ritenendo la presentazione di un'offerta migliorativa di tale importo un "grave e giustificato motivo" per la sospensione, ma solo su istanza di una delle parti (ed è verosimile che in caso di offerta migliorativa tale istanza, quantomeno da parte del comitato dei creditori, possa esserci).

Il giudice mantiene inoltre tutte le restanti prerogative previste dall'articolo 108 legge Fallimentare: l'articolo 217 del Codice, infatti, oltre a prevedere, come detto, la possibilità di sospensione della vendita, su istanza delle parti, per «gravi e giustificati motivi» ovvero la possibilità di impedirne il perfezionamento qualora il «prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello congruo», al comma 2 ribadisce il compito del giudice di ordinare, in caso di vendita di beni immobili e mobili iscritti in pubblici registri e a seguito dell'integrale pagamento del prezzo, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, le trascrizioni dei pignoramenti, dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, in continuità con quanto previsto dalla vecchia legge Fallimentare.

Spetta infine sempre al giudice provvedere alla **distribuzione della somma ricavata**, secondo quanto previsto e disciplinato dal relativo Capo: l'articolo 219 del Codice, infatti è una sostanziale ripetizione dell'articolo 109 legge Fallimentare, con qualche mero mutamento di lessico; la norma richiama la disciplina del capo successivo e prevede che il tribunale disponga, con prelievo sulla somma ricavata, l'acconto da attribuire al curatore in conto del compenso finale.

9.4 Avvicinamento al modello esecutivo

La riforma ha poi in generale avvicinato il modello di vendita concorsuale a quello proprio delle procedure esecutive, sia riunendo e razionalizzando talune norme già introdotte dal citato Dl 83/2015, sia introducendo vere e proprie novità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Con riferimento alla **stima dei beni**, per esempio, da un lato l'articolo 216, comma 1 CCI specifica che quando la stima riguarda un bene immobile, debba contenere tutte le informazioni previste dall'articolo 173 *bis* disp. att. Cpc, che disciplina il contenuto della relazione di stima e i compiti dell'esperto in caso di vendite eseguite ai sensi del Codice di procedura civile; dall'altro, si prevede che anche il compenso dell'esperto venga liquidato secondo le regole previste per vendite esecutive, *ex* articolo 161, comma 3, disp. att. del Cpc.

Per quanto concerne la fase di vendita vera e propria, viene esplicitato ed esteso in campo concorsuale il potere/dovere del giudice di ordinare la liberazione dell'immobile occupato dal debitore o da terzi, in forza di titolo non opponibile alla procedura, anche se viene precisato che il provvedimento di liberazione viene attuato semplicemente secondo le formalità stabilite dal giudice (e quindi non trovano applicazioni le formalità rituali di cui all'art. 560 Cpc per l'ambito esecutivo).

La **novità più rilevante** è costituita dalla possibilità generalizzata di ricevere **offerte di valore inferiore** fino al 25% rispetto **al prezzo base** d'asta, disposizione già introdotta in ambito esecutivo con la modifica dell'articolo 571 Cpc a opera del citato Dl 83/2015; il legislatore della riforma recepisce quindi una prassi già in uso presso diversi tribunali, che già da qualche anno, anche in caso di procedura competitiva, hanno previsto la possibilità di accettazione di offerte presentate al di sotto della base d'asta.

Le offerte di valore inferiore al prezzo base non saranno automaticamente accettate, ma dovranno prima essere vagliate dal giudice, che ha facoltà (articolo 217, comma 2 CCI) di sospendere la vendita e non procedere quindi all'assegnazione nei casi in cui ravvisi la presenza di concreti elementi idonei a dimostrare che un nuovo esperimento potrebbe consentire, con elevato grado di probabilità, il conseguimento di un prezzo perlomeno pari a quello offerto.

In continuità con quanto già previsto dalla legge Fallimentare, è prevista la possibilità di effettuare **pagamenti rateali del prezzo di vendita**: sul punto l'articolo 216, comma 8 CCI richiama infatti genericamente l'applicabilità degli articoli 569, comma 3, terzo periodo, 574, comma 1, secondo periodo, 585 e 587 Cpc, che regolano le modalità del versamento del prezzo e i casi di inadempimento dell'aggiudicatario in ambito esecutivo.

Nulla cambia, infine, per i casi in cui alla data di apertura della liquidazione siano presenti **procedure esecutive pendenti**: il curatore può, infatti, subentrare nel procedimento esecutivo, in tale modo trovando applicazione ovviamente le norme previste dal Codice di procedura civile; diversamente, su istanza del curatore, il giudice dell'esecuzione dichiarerà l'improcedibilità della stessa, fermi restando gli effettivi conservativi del pignoramento in favore dei creditori.

9.5 Cessioni di beni particolari

Nessuna novità viene apportata dal Codice relativamente alla cessione di particolari tipologie di beni già in precedenza regolate dalla legge Fallimentare. L'articolo 215 del Codice riprende il contenuto dell'articolo 106 legge Fallimentare, regolando la cessione dei **crediti**, compresi quelli di natura fiscale e futuri, nonché la cessione delle azioni revocatorie e delle partecipazioni sociali, queste ultime nel rispetto dell'articolo 2471 del Codice civile.

Confermata anche la possibilità per il curatore di conferire mandato per la riscossione dei crediti, in alternativa alla cessione.

Conferma delle previsioni già contenute all'interno della legge Fallimentare anche per quanto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

riguarda la vendita dei diritti sulle **opere dell'ingegno**, sulle **invenzioni industriali** e sui **marchi**, regolate dall'articolo 218 del Codice della crisi: esse infatti continuano a essere regolate dalle relative leggi speciali, come già previsto dalla previgente normativa.

9.6 Conclusioni

In definitiva, la grande novità introdotto dal Codice, nella sua stesura definitiva alla luce della ricezione di tutti gli interventi correttivi, è costituita dall'introduzione generalizzata della vendita telematica come modalità di vendita regina, e dalla sempre maggiore incidenza del Pvp su tutte le attività riferibili e/o collegate alla liquidazione.

L'estensione in campo concorsuale di talune norme già previste in ambito esecutivo mostra inoltre una precisa volontà di avvicinare la modalità di liquidazione concorsuale a quella esecutiva, in controtendenza rispetto alla normativa precedente, pervenendo così a un modello di "vendita giudiziaria" che sia il più uniforme possibile.

Resta da chiedersi se la strada intrapresa sia quella effettivamente più corretta, alla luce delle ontologiche diversità esistenti tra una procedura esecutiva e una concorsuale, con particolare riferimento anche alla diversità della tipologia di cespite oggetto di vendita.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

Il concordato nella liquidazione giudiziale

Giovanni La Croce

SOMMARIO: 10.1 Il concordato cessa di essere un'ipotesi del programma di liquidazione (articolo 213) – 10.2 Articolo 240 - Proposta di concordato nella liquidazione giudiziale – 10.3 Articolo 241 - Esame della proposta e comunicazione ai creditori – 10.4 Articolo 243 - Voto nel concordato – 10.5 Articolo 246 - Efficacia del decreto – 10.6 Che cosa non cambia – 10.7 L'assenza di un concordato della liquidazione giudiziale dei gruppi d'impresa

Com'è noto, la legittimità costituzionale dell'intero Codice della Crisi e dell'Insolvenza trova presupposto nella legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, il cui articolo 7, comma 10, lettera *d)* invitava genericamente il legislatore delegato a *"disciplinare e incentivare le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte di creditori e di terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apporti risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo".*

In base alla normativa costituzionale soprarichiamata, la delegazione della funzione legislativa al governo può avvenire, per oggetti definiti e per tempo limitato, attraverso una legge ordinaria contenente i "principi" e i "criteri direttivi", cui lo stesso governo dovrà attenersi nell'esercizio della funzione delegata. Da qui discende un rigido condizionamento dell'esercizio dei poteri delegati da parte del governo e una stretta perimetrazione dello svolgimento della relativa funzione, come riconosciuta e determinata dalla Costituzione stessa.

In tal senso è espressivo che l'articolo 77 Costituzione, al primo comma, stabilisca che *"il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria".*

I rapporti tra legge delega e decreti legislativi delegati è da sempre un nervo scoperto del nostro ordinamento, perché se, indubbiamente, con la legge di delega il Parlamento delibera ed esprime una indicazione di preferenze, di interessi, di indirizzi, tale legge necessita di essere integrata dall'atto di esercizio della delegazione, cui la giurisprudenza della Corte regolatrice riconosce un certo margine di discrezionalità. Tanto più i principi e i criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati, tanto più ridotti sono i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato e viceversa.

Sotto questo profilo la Corte Costituzionale ci ha insegnato - ai sensi degli articoli 76 e 77 Costituzione - che per valutare, di volta in volta, se il legislatore delegato abbia ecceduto tali - più, o meno, ampi - margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia a essa rispondente (Costituzione 163/2000).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Di contro, non è ammessa la "delega in bianco", ossia un mandato che non definisca i "principi" e "criteri direttivi".

Sotto questo profilo ci dobbiamo, subito, domandare se una delega che si limiti a invitare il legislatore delegato a "disciplinare e incentivare le proposte di concordato", sia rispettosa del principio dell'articolo 76 Costituzione, che pretenderebbe, al contrario, una definizione, pur generale, dei criteri direttivi della disciplina da adottare. Noi, personalmente nutriamo qualche serio dubbio, giacché, a fronte di una normativa esistente ampiamente dettagliata, i criteri direttivi paiono, proprio, mancare.

COSTITUZIONE 156/87

"*La norma di delega non deve contenere enunciazioni troppo generiche o troppo generali, riferibili indistintamente ad ambiti vastissimi della normazione oppure enunciazioni di finalità, inidonee o insufficienti ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato*".

Ci siamo dilungati in questa introduzione, non certo per discettare di diritto costituzionale, ma perché, come appena accennato, non ci pare che nella legge delega del 2017 fosse stato espresso - salvo che per le proposte del debitore - alcun principio o criterio a cui il governo si sarebbe dovuto attenere nel mettere mano alla riforma del "concordato fallimentare", che, unico fatto certo, avrebbe dovuto cambiare la propria denominazione, una volta surrogato il termine "fallimento" con quello di "liquidazione giudiziale".

Non va, però, dimenticato che il governo era delegato a intervenire "a pioggia" per ridurre i tempi e costi delle procedure e per riformulare disposizioni che avevano dato origine a contrasti giurisprudenziali (articolo 2, comma 1, lettere l) e m)). La nostra analisi conterrà, dunque, anche l'eventuale ricerca della rispondenza delle novità in tema di concordato a queste indicazioni di carattere generale dettate dal delegante.

Le modifiche che sono state apportate al vecchio corpo dell'istituto del "concordato fallimentare" non sono, in effetti, molte, ma alcune sono assai significative, e la questione della loro aderenza alla *ratio* della delega, secondo la declinazione che la Corte Costituzionale dà al tema (Costituzione 163/2000), è questione assai rilevante nell'ambito di questo primissimo, quanto sommario, percorso ermeneutico. Non avere modificato quasi nulla rispetto a una delega illimitata potrebbe paradossalmente salvare l'opera del legislatore delegato dall'accusa di avere agito in "assenza di delega", ma ciò potrebbe condannare buona parte delle novità a un giudizio di costituzionalità, poiché introdotte in assenza di specifici criteri direttivi.

Se, al contrario, si ritenesse l'ampia delega di "disciplinare...le proposte di concordato ..." conforme ai principi dell'articolo 76 Costituzione, il sostanziale mantenimento dell'attuale assetto normativo potrebbe considerarsi violativo dell'ampio mandato a legiferare in materia.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

10.1 Il concordato cessa di essere un'ipotesi del programma di liquidazione (articolo 213)

Nella lettera *a)* del secondo comma dell'articolo 104 *ter* legge Fallimentare, è previsto che, nell'ambito della propria attività di pianificazione e indirizzo della liquidazione dell'attivo, il curatore debba indicare nel programma di liquidazione "la sussistenza di proposte di concordato e il loro contenuto", essendo il concordato fallimentare considerato, per condivisa opinione (tra tutti: M. Fabiani, *La proposta di concordato fallimentare*, in Jorio-Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2010, 698 ss.), un mezzo con cui i creditori realizzano le loro pretese obbligatorie in un tempo più breve di quello che consentirebbe l'esito normale della procedura, producendo al contempo la cessazione della medesima e dei suoi effetti. In questo senso, l'istituto è stato considerato strumento che, perseguendo i medesimi fini della liquidazione dell'attivo, si pone in concorrenza con essa. Di qui l'esigenza di affiancare all'esecuzione della liquidazione lo strumento alternativo del concordato fallimentare. In un primo momento, si ricorderà, per un brevissimo periodo, il curatore era stato financo legittimato a farsi promotore di una proposta di concordato fallimentare.

Il venir meno di tale legittimazione, ma non dell'obbligo di riferire nel programma di liquidazione sulla sussistenza di proposte di concordato, aveva consentito di affermare che l'attività di sollecitazione di deposito delle medesime rientrasse pienamente nei doveri e nei poteri del curatore, appunto, come mezzo alternativo alla liquidazione fallimentare, utile a pervenire al soddisfacimento dei creditori e alla chiusura della procedura in tempi più rapidi (A. Danovi-F. D'Aquino, *Il concordato fallimentare*, in A. Jorio-B. Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2017). Fine al cui perseguimento il curatore non dovrebbe, per la natura stessa dell'incarico, essere insensibile.

La prospettiva del concordato "sparisce", invece, nella formulazione dell'articolo 213 del nuovo codice, che andrà a sostituire l'articolo 104 *ter* legge Fallimentare in tema di programma di liquidazione, nonostante la legge delega nulla avesse previsto a riguardo, salvo il fatto che il legislatore delegato dovesse badare a specificarne il contenuto minimo (articolo 7, comma due, lettera *c)* legge 155/2017); aspetto per altro già dettagliatamente regolato nella normativa attuale.

Ci si deve interrogare, allora, sulla portata della sua soppressione e se essa sia rispettosa dei "principi" e dei "criteri" della legge delega, nell'ambito di quell'ambiguo rapporto biunivoco sopra richiamato, dove l'ampiezza sostanzialmente illimitata della delega ne potrebbe giustificare l'elisione, ma dove, al contempo, la stessa potrebbe determinare una questione rilevante di costituzionalità della delega.

Riguardo a quest'ultimo tema, il contenuto del programma di liquidazione, così come delineato all'articolo 213 del nuovo codice, letto alla luce dei principi della legge delega, pare debba essere interpretato come la definizione del suo "nuovo contenuto minimo" e che, pertanto, secondo il noto motto popolare, "nel più sta il meno", il programma di liquidazione potrebbe darne ancora conto in futuro quando il nuovo precetto entrerà in vigore.

Rimane forte il dubbio, però - anche per l'assenza di specifiche indicazioni nella Relazione illustrativa sulle ragioni della sua soppressione - che l'intenzione del legislatore non sia stata invece quella di ritenere che il curatore dovesse rimanere estraneo a qualsiasi proposta di concordato, causa la terzietà di cui il suo parere *ex* articolo 241 del nuovo codice deve essere connotato.

Anche questa lettura, però, non appare convincente, giacché anche nell'ordinamento vigente il curatore deve esprimere il proprio parere su eventuali proposte di concordato alternative alla liquidazione fallimentare sia indicarne l'esistenza nel programma di liquidazione, senza che

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

negli interpreti si sia mai generato, in passato, un qualsiasi dubbio sulla compatibilità dei due incombenti. Né sul tema è dato riscontrare l'esistenza di contrasti giurisprudenziali. Inoltre, in assenza di una specifica delega, se dall'espunzione delle ipotesi di concordato dal contenuto minimo del programma di liquidazione si facesse discendere un divieto di farne menzione, il precetto derivato potrebbe essere considerato frutto di un eccesso di delega, in considerazione del fatto che il delegante aveva formulato uno specifico invito al governo a formare un nuovo assetto normativo che incentivasse maggiormente, rispetto al passato, la formazione di proposte concordatarie. Laddove, però, si aprisse una simile questione di costituzionalità, secondo l'insegnamento della Corte regolatrice, il giudice ordinario, prima di rimettere gli atti al suo esame, avrebbe l'onere - trattandosi di materia su cui non si sarebbe ancora formato un "diritto vivente" - di verificare l'esistenza di un'interpretazione alternativa *secundum costitutionem,*[1] che potrebbe ricondurre a legittimità comportamenti conformi all'ordinamento vigente.

Qualunque sia il significato che si voglia dare all'espunzione dal programma di liquidazione della menzione delle eventuali possibilità concordatarie, una cosa è certa: i curatori che, come categoria professionale, spesso si pongono con sospetto, se non in antitesi, a qualsiasi soluzione che risolva anticipatamente la procedura, avranno un appiglio in più per continuare a considerare il concordato, non come uno strumento utile al loro lavoro, ma come un pericoloso antagonista.

Senza contare che, in spregio al principio della legge delega (comma 9, lettera *a),* articolo 7) - che raccomandava la *"massima trasparenza delle operazioni di liquidazione [anche attraverso] sistemi informativi caratterizzati da trasparenza e pubblicità"* - l'articolo 130 del nuovo codice, che accoglie il contenuto sostanziale dell'articolo 33 legge Fallimentare, ha cancellato l'obbligo di pubblicazione al Registro delle imprese del rapporto semestrale, impedendo ai potenziali proponenti terzi di selezionare tempestivamente procedure di loro interesse.

Il complesso degli interventi descritti appaiono, dunque, non rispettare apertamente la *ratio* della delega (incentivare le proposte di concordato) e così suscettibili di questione costituzionale.

10.2 Articolo 240 - Proposta di concordato nella liquidazione giudiziale

Nell'articolo 240 sono state trasferite le disposizioni dell'articolo 124 legge Fallimentare, cui sono state apportate alcune modificazioni sostanziali.

10.2.1 Le limitazioni all'iniziativa del debitore

Nel confermare le limitazioni temporali già previste dall'articolo 124 legge Fallimentare, riguardo alle proposte avanzate dal debitore, da società da esso partecipate o sottoposte a comune controllo (non prima di un anno dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale e non oltre due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo), il legislatore delegato ha istituito anche una soglia economica di ammissibilità all'iniziativa del debitore, costituita dall'apporto di risorse nuove che incrementassero il valore dell'attivo di almeno il 10%.

1 Costituzione 322/2007; Costituzione 432/2007; Costituzione 226/2008; Costituzione 146/2009; Costituzione 310/2009; Costituzione338/2009; Costituzione 110/2010; Costituzione192/2010; Costituzione 322/2010; Costituzione15/2011; Costituzione 101/2011.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Questa disposizione limitativa, che trova la sua fonte nel richiamato disposto dell'articolo 7, lettera d), decimo comma della legge delega - che, per altro, ripropone il medesimo principio già espresso all'articolo 84, quarto comma, in tema di concordati preventivi liquidatori - pone all'interprete non pochi problemi.

La prima questione che deve essere affrontata è quella dell'individuazione di quale sia il valore dell'attivo cui fare riferimento: quello delle stime commissionate dal curatore ai propri esperti ai fini dell'esecuzione del programma di liquidazione - anche se smentite da successive procedure competitive andate deserte - o un valore da stimarsi *ex novo*, con quali criteri e da chi? Inoltre ci si domanda come sia possibile stimare oggettivamente il valore delle azioni revocatorie, risarcitorie e recuperatorie, per cui non esisterebbe alcun, per quanto labile, riferimento endoprocedurale obiettivo.

Più che di un maggior costo imposto all'iniziativa del debitore, rispetto a quello che deve sopportare un qualsiasi altro proponente, la norma, così come congegnata, appare, non solo un disincentivo all'iniziativa del debitore, bensì un vero e proprio insormontabile ostacolo all'esercizio della sua legittimazione. Per comprendere la profonda pervasività di tale disposizione - che, ripetiamo, ha tradotto, però, fedelmente i principi della delega, che, a sua volta, per altro, soffriva dell'antinomia ontologica esistente tra le finalità incentivanti raccomandate e l'imposizione di un maggior onere - ipotizziamo una liquidazione giudiziale il cui attivo sia costituito solo da un'azione di responsabilità in corso nei confronti (senso lato) del proponente debitore.

Ebbene, di là della difficoltà d'individuare oggettivamente il valore di un siffatto attivo - unico dato di riferimento sarebbe il *petitum* - mentre qualsiasi assuntore terzo acquisterebbe l'azione a sconto sulla propria stima dell'esito del contenzioso, il debitore, non solo non potrebbe offrire meno del *petitum*, ma dovrebbe addirittura incrementarlo del 10%, senza che a tale suo maggior sacrificio, rispetto a quello di un proponente terzo, corrisponda una qualche contropartita. Di qui la disincentivazione di cui prima si è accennato. L'avere escluso qualsiasi interesse economico del debitore alla proposizione di un concordato costituisce una vera e propria negazione, in concreto, della sua legittimazione.

Ma ciò che è grave, sotto il profilo della violazione dei principi sovranazionali di proporzionalità e sussidiarietà, è che più sarà elevato il valore dell'attivo della liquidazione giudiziale, più il debitore, che quel maggior valore ha preservato, dovrà pagare per proporre una soluzione concordataria. Una norma così congegnata pare, inoltre, porsi in aperto contrasto con il principio della "seconda chance" enunciato dalla Direttiva *insolvency*. Infatti, tale proposta di Direttiva prevede che le legislazioni interne debbano favorire l'esdebitazione dell'imprenditore insolvente consentendo il rimborso parziale dei debiti nei limiti delle sue capacità economiche. Non, quindi, oltre a queste. Ove tale regolamentazione sovranazionale entrasse in vigore, sarebbe vincolante immediatamente per tutti gli Stati membri e il debitore nazionale ben potrebbe, da quel momento, chiedere al giudice nazionale di disapplicare la norma interna confliggente.

Questo genere di disposizioni, di cui v'è ampia diffusione nel nuovo codice, mostra una chiara, quanto netta, prevenzione nei confronti dell'insolvente, che, di là delle contorsioni semantiche, in onore a un falso uso di un linguaggio politicamente corretto, tratta il debitore peggio di quanto lo trattasse la legge del '42, così come emendata dalla Corte Costituzionale nell'arco di oltre settant'anni di vita della Repubblica Italiana. Si cambiano i nomi ma non i preconcetti: "*decoctor ergo fraudator*".

Inoltre, non può non ravvisarsi come "il miglior soddisfacimento dell'interesse dei creditori" sia così pretermesso dalla primaria esigenza - istinto primordiale - di "punire" il debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infatti, se la proposta di un terzo per un soddisfacimento del chirografo al 10% fosse considerata - dal curatore e dal comitato dei creditori - essere nel miglior interesse dei creditori, non si comprende perché la medesima proposta, se targata con il nome del debitore, perda tale qualità *ex parte creditoris.*

Alla fine, chi subirà, in concreto, i rigori di questa disposizione non sarà tanto il debitore, quanto, invece, i creditori; i quali, in assenza di proposte di terzi, non potranno godere di una chance di soddisfacimento diversa da quella derivante dalla prosecuzione della liquidazione giudiziale.

La condizione posta dal novellatore all'iniziativa del debitore appare così irrazionale sotto il profilo della tutela degli interessi economici dei creditori che il mercato sicuramente troverà soluzioni operative adeguate a farvi fronte.

L'irrazionalità della novella e le sue evidenti finalità punitive risaltano in tutta la loro evidenza in quei casi in cui il debitore soggetto a liquidazione giudiziale fosse una *public company*, ossia una società quotata o ad azionariato diffuso *ex* articolo 2325 *bis* Cc. In simili frangenti, infatti, la scissione esistente in tale modello, tra proprietà e governo societario, renderebbe impossibile l'apporto in concreto di nuove risorse.

Una disposizione pensata a misura della piccola e media impresa - ove proprietà e *governance* coincidono unitariamente in capo al c.d. "imprenditore" - cui si impone un prezzo (una sorta di penitenza finale) per ottenere l'esdebitazione anticipata, senza aver, però, considerato che la vera impresa collettiva non sarà mai in grado di pagare un simile prezzo aggiuntivo, per l'evidente disinteresse degli azionisti di mercato rispetto all'obiettivo dell'esdebitazione anticipata, da cui non trarrebbero alcun vantaggio.

Ciò che, però, più colpisce è la misconoscenza del mercato e delle sue regole che traspare dalla disposizione. È patrimonio della conoscenza comune, infatti, come qualsiasi terzo assuntore di un concordato fondi la propria iniziativa nell'attesa di realizzare un utile, cioè un differenziale positivo tra il prezzo pagato per il suo acquisto e il valore commerciale dell'attivo. ciò sta significare che un assuntore terzo offrirà ai creditori un soddisfacimento sempre inferiore al valore dell'attivo ed in questo sarà oggi agevolato dalla impossibilità per il debitore di concorrere con una proposta migliorativa, ma sempre inferiore al valore dell'attivo.

10.2.2 Il classamento obbligatorio degli obbligazionisti e degli strumentisti finanziari

Altra novità di un certo rilievo, che potrà incidere sull'organizzazione complessiva dei futuri concordati, è quella costituita dell'obbligo di classare gli obbligazionisti e gli strumentisti finanziari, ove esistenti.

La relazione illustrativa nulla dice riguardo alla finalità di questa disposizione, che non trova neppure corrispondenza nelle norme che regolano il concordato preventivo, nelle quali l'obbligo di classamento riguarda i crediti previdenziali e fiscali privilegiati, non soddisfatti integralmente, i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, e i crediti soddisfatti con mezzi diversi dal denaro.

Davvero ignote restano le ragioni di tale scelta, e, soprattutto, nebulosa è la *ratio* che sottostà all'idea di prevedere obblighi di classamento diversi nel concordato preventivo e in quello della liquidazione giudiziale.

Se, infatti, la ragione della segregazione dell'erario e degli enti previdenziali in un'apposita classe nel concordato preventivo è ravvisabile nella qualità speciale della loro pretesa creditoria, quindi nella loro particolare posizione giuridica, e quello dei creditori garantiti da terzi nel loro più attenuato interesse economico, al contrario non si comprende cosa differenzi gli obbligazio-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nisti e i portatori di strumenti finanziari di debito dagli altri creditori finanziari, così da necessitarne il classamento obbligatorio.

Allo stato, in attesa che il dibattito dottrinario si sviluppi più compiutamente e ci illumini sul punto, la disposizione appare irrazionale, soprattutto per la totale disomogeneità con le regole del concordato preventivo.

10.3 Articolo 241 - Esame della proposta e comunicazione ai creditori

Nel presente articolo sono state trasfuse le disposizioni dell'articolo 125 legge Fallimentare, senza particolari addizioni. Si annotano unicamente la soppressione: (i) delle modalità di comunicazione della proposta agli obbligazionisti e agli strumentisti di debito che, nell'ordinamento, vigente deve essere inviata agli organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee; (ii) del prolungamento del termine dell'espressione del voto per consentire l'espletamento delle suddette assemblee.

La Relazione illustrativa non offre, anche in quest'occasione, alcuna bussola di orientamento. La ragione del taglio chirurgico non è spiegata e tocca allo spaesato interprete individuarne le ragioni e gli effetti concreti.

Si potrebbe ragionevolmente sostenere che le soppressioni siano l'indice che il legislatore abbia così voluto legittimare, nel nuovo concordato della liquidazione giudiziale, il voto dei singoli portatori dei titoli, sì da rendere superflua la comunicazione al loro rappresentante comune, e con essa l'assemblea, se, però, tale lettura non contrastasse con il dettato dell'articolo 2415 Cc, che riserva all'assemblea degli obbligazionisti il voto sulle proposte di concordato. L'elisione sarà foriera certamente di pericolosi corto circuiti, giacché, se legittimato al voto fosse ancora il rappresentante comune, come noi riteniamo, questi ben difficilmente potrebbe organizzare l'assemblea speciale nel ristretto termine di 30 giorni entro cui debbono essere espressi i dissensi, ai sensi del secondo comma dell'articolo in comento.

La scelta del legislatore appare ancor meno comprensibile se si tiene conto che il quinto comma dell'articolo 105 del nuovo codice, in tema di concordato preventivo, continua a disporre sia la comunicazione al rappresentante comune, sia il raddoppio dei termini per il voto.

10.4 Articolo 243 - Voto nel concordato

Qui si trovano trasfuse le disposizioni dell'articolo 127 legge Fallimentare con alcune espressive novità. Nel nuovo ordinamento saranno esclusi dal voto, e dal computo delle maggioranze, anche: la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; il convivente di fatto; la società che controlla la società debitrice; le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima la domanda e, *dulcis in fundo*, tutti i creditori che si trovino in conflitto di interessi. Si tratta della trasposizione, nell'ambito del concordato della liquidazione giudiziale, delle medesime esclusioni dal voto previste per la procedura di concordato preventivo, con eliminazione di qualsiasi discrasia, che aveva dato luogo in passato a discutibili tentativi da parte della giurisprudenza di interpretare la limitazione del voto nel concordato fallimentare in modo ancor più rigoroso rispetto alle già più stringenti disposizioni del concordato preventivo, nonostante la diversa formulazione delle norme non lo permettesse (Cassazione 17186/18).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Un allineamento, dunque, da giudicare positivamente.

Al contrario, qualche problema sorgerà in sede di applicazione pratica riguardo all'individuazione delle ipotesi di esclusione positivamente normate. Iniziamo da quella che a noi pare essere maggiormente foriera di problemi, costituita dalla categoria generale, e assolutamente generica, di tutti quei soggetti che si trovano in conflitto d'interessi.

Innanzitutto non è definito nei confronti di chi, o che cosa, debba esse misurata l'esistenza del conflitto. Se si ritenesse che il punto di riferimento debba essere individuato nella massa dei creditori, l'interesse di ogni portatore di crediti contenziosi potrebbe essere considerato confliggente con quello dei creditori non contestati.

Si potrebbe pensare, molto più plausibilmente, sulla base delle altre singole esclusioni, che il conflitto debba essere ricercato in rapporto alla proposta e/o al proponente, limitatamente a interessi convergenti con quelli del debitore, ma una simile interpretazione confliggerebbe con il dato testuale, giacché in conflitto d'interessi potrebbero trovarsi creditori in relazione d'affari con il proponente, se questo fosse un creditore o un terzo.

Sennonché, anche questa interpretazione si porrebbe in contrasto con la successiva novella che impone, ai fini del riconoscimento della legittimazione al voto, il classamento dei crediti del proponente terzo, di quelli delle sue controllate e di quelli delle società sottoposte a comune controllo.

Si tratta di una formulazione così generica che, in un sistema economico dove il conflitto d'interessi, come aveva acutamente osservato il compianto prof. Guido Rossi (G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, 2003, Adelphi), è sistemico, ma non per questo sempre patologico, si presterà a utilizzi distorti, aumentando le occasioni contenziose della procedura.

Una norma, dunque che potrà essere foriera, in violazione dei principi generali della legge delega, di un allungamento dei tempi e di un incremento dei costi delle procedure.

Problemi potranno sorgere anche riguardo alla figura del "convivente di fatto", ossia al/alla maggiorenne unito/a, al debitore, stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (articolo 1, comma 36, legge 76/2016). Se, infatti, per le coppie (omosessuali o eterosessuali) conviventi, che abbiano dichiarato la residenza e che facciano parte dello stesso stato di famiglia, il problema della prova dello stato di convivente di fatto non si pone, in assenza della risultanza dello stato di famiglia, il tema diventa più delicato.

Altra questione, che, però, potrebbe riguardare anche il coniuge (dunque, anche la normativa in essere), è se il rapporto di convivenza di fatto, o di coniugio, vada riferito al momento della nascita del credito - nel senso che eventuali successive mutazioni di tali stati sarebbero ininfluenti - oppure debba essere sussistente al momento del deposito della domanda, per cui, se il matrimonio o la convivenza di fatto fossero nel frattempo cessati, il voto di questi creditori sarebbe ammissibile. Si tratta di nodi di non facile soluzione che avrebbero meritato maggiore attenzione in sede di formulazione dei testi o almeno di qualche nota esplicativa nella relazione illustrativa.

Con favore deve essere, invece, accolta l'attribuzione del voto al creditore/terzo proponente e alle sue controllate, purché opportunamente segregati in una classe, giacché tale soluzione risolve in modo equilibrato un vuoto normativo che la Corte di Cassazione aveva, con una recente pronuncia assai discutibile (Cassazione 17186/2018, *cit.*), colmato escludendo il diritto di voto di tali creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

10.5 Articolo 246 - Efficacia del decreto

Il Decreto *insolvency* ha posto mano e ha rimosso, fortunatamente, uno "svarione" del precedente legislatore foriero di effetti dirompenti. Mentre, infatti, nell'ordinamento previgente, il decreto di omologazione del concordato acquisiva piena efficacia all'esaurimento dei giudizi d'impugnazione che lo riguardavano, nella originaria formulazione del CCII tale provvedimento avrebbe assunto efficacia solo all'esaurimento dei giudizi dell'articolo 206, ossia ai giudizi di opposizione e d'impugnazione dello stato passivo. Ora si ritorna al passato e, pertanto, l'efficacia del decreto sarà unicamente collegata ai giudizi di impugnazione di cui all'articolo 245 CCII.

10.6 Che cosa non cambia

Non subiscono variazioni, sostanziali: (i) le disposizioni del "Concordato nel caso di numerosi creditori", ove all'articolo 242 si conferma la possibilità per il giudice delegato di sostituire la comunicazione diretta a ogni singolo creditore con la pubblicazione su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, oggi prevista all'articolo 126 legge Fallimentare; (ii) le disposizioni dell'articolo 128 legge Fallimentare sul sistema di voto (silenzio assenso) che sono confermate all'articolo 244, secondo comma, così come quelle sulle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta; (iii) tutte le norme processuali sul giudizio di omologazione, sul reclamo, quelle sugli effetti del concordato, sulla sua esecuzione, sulla sua risoluzione, sul suo annullamento, così come quelle sugli effetti della riapertura del fallimento (della liquidazione giudiziale) e sulla nuova proposta di concordato, disciplinate, rispettivamente, agli articoli all'articolo129, 131,135, 136, 137, 138, 140, 141 legge Fallimentare, che sono trasfuse, in ordine, agli articoli 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 del nuovo codice.

10.7 L'assenza di un concordato della liquidazione giudiziale dei gruppi d'impresa

Ci siamo in precedenza soffermati sui temi riguardo ai quali potrebbero innestarsi incidenti di costituzionalità, oscillanti tra questioni inerenti la totale astrattezza della delega e questioni di eccesso di delega o di mancato rispetto della sua *ratio*. Non potevano mancare anche temi relativi al mancato suo esercizio.

Nel vivace dibattito che aveva portato all'approvazione della legge 155/2017, particolare enfasi era stata posta alla regolamentazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi d'imprese. In particolare il legislatore delegato avrebbe dovuto disciplinare le proposte di concordato delle liquidazioni giudiziali dei gruppi (lettera d), comma 3, articolo 3), sennonché, a fronte di interventi che, a nostro parere, sono andati forse oltre la delega, il nuovo codice nulla dispone a riguardo - come, per altro, non ha inteso riordinare la materia dei privilegi che, con la regolamentazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi e le procedure d'allerta, doveva costituire la spina dorsale del progetto di riforma.

In sostanza il legislatore delegato, sfruttando la possibilità di non dar corso a taluni specifici indirizzi e gli ampi margini concessi da una delega, in più punti, molto generica, ha confezionato un prodotto legislativo diverso da quello pensato dai padri deleganti almeno, certamente, per la materia di cui ci siamo occupati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

Liquidazione giudiziale e concordato nella liquidazione giudiziale delle società

Giovanni La Croce

SOMMARIO: 11.1 Articolo 254 – Doveri degli amministratori e dei liquidatori – 11.2 Articolo 255 – Azioni di responsabilità – 11.3 Articolo 256 – Società con soci a responsabilità limitata – 11.4 Articolo 257 – Liquidazione giudiziale della società e dei soci – 11.5 Articolo 259 – Liquidazione giudiziale nei confronti di enti ed imprenditori collettivi non societari – 11.6 Articolo 264 – Attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea – 11.7 Che cosa non cambia

11.1 Articolo 254 – Doveri degli amministratori e dei liquidatori

In quest'articolo è trasfuso il disposto del primo comma dell'articolo 146 legge Fallimentare senza particolari innovazioni di sostanza.

Anziché rinviare, secondo l'attuale formulazione del precetto, alla norma (articolo 149) che regola gli obblighi dell'imprenditore individuale, il legislatore delegato ha ritenuto di rinnovare la specificazione degli oneri imposti agli amministratori e liquidatori delle società sottoposte a liquidazione giudiziale, che rimangono invariati. Essi continueranno a dover fornire, dunque, al curatore "le [sole] informazioni o i chiarimenti necessari per le gestione della procedura".

Si tratta di una formulazione che pur essendo inequivocabile, quanto a perimetro di sua operatività, è stata in passato spesso trasformata dalla prassi quotidiana in strumento di attività d'indagine in stile di polizia giudiziaria[1].

Non è superfluo, quindi, ripetere come le informazioni oggetto degli obblighi di cui al presente articolo siano solo quelle riguardanti una proficua gestione della procedura e non quelle riguardanti eventuali pregresse responsabilità gestorie, per le quali vale sempre il diritto del debitore di non rispondere in conformità al principio del *nemo tenetur se detegere* enunciato dall'articolo 6 Cedu.

11.2 Articolo 255 – Azioni di responsabilità

Le disposizioni sulle azioni di responsabilità - normate nel previgente ordinamento al secon-

1 Per una disamina del fenomeno cfr. G. La Croce, Gli obblighi a carico del fallito tra vecchio e nuovo rito, in Il Fallimento n. 2/2014.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

do comma dell'articolo 146 legge Fallimentare - sono state oggetto di alcune preziose specificazioni che tolgono qualsiasi dubbio sulle iniziative esperibili dal curatore.

Questi sarà legittimato a promuovere, o proseguire: (i) l'azione di responsabilità sociale *ex* art 2393 Cc; (ii) l'azione di responsabilità dei creditori sociali, *ex* articolo 2394 e 2476, sesto comma, Cc; (iii) quella nei confronti dei soci, *ex* articolo 2476, settimo comma, Cc; (iv) l'azione di responsabilità per direzione e coordinamento, *ex* articolo 2497, quarto comma Cc e (iv) ogni altra azione che gli fosse attribuita da specifiche norme di legge.

Si tratta di un nuovo sesto comma in cui si riconosce esplicitamente l'esperibilità dell'azione di responsabilità da parte dei creditori nei confronti degli amministratori di Srl.

Di là di qualche imprecisione nei richiami la nuova formulazione pone fine a qualsiasi dibattito sull'esperibilità di azioni che non erano specificatamente individuate dall'attuale normativa fallimentare, ciò non di meno qualche problema interpretativo permane.

Ad esempio, il riferimento, per quanto riguarda l'articolo 2497 Cc, avrebbe dovuto essere al terzo comma, giacché il quarto comma riconosce unicamente la legittimazione del curatore a esercitare l'azione dei creditori in caso di liquidazione giudiziale.

Diversamente rimarrebbe esclusa l'azione dei soci.

Riguardo all'ipotesi residuale, pare indubbio che la legittimazione del curatore sia condizionata dal fatto che la nuova disposizione, che delineerà altre ipotesi legali di responsabilità, diverse da quelle già esistenti, lo preveda espressamente.

Sotto questo profilo sarebbe forse stato preferibile che le norme del diritto societario e quelle del Codice della Crisi e dell'Insolvenza fossero state totalmente coordinate tra loro e che nell'articolo 255 il legislatore si fosse limitato, come per l'ipotesi residuale, al mero rinvio a quelle azioni la cui legittimazione del curatore è riconosciuta da una norma di legge.

11.3 Articolo 256 – Società con soci a responsabilità limitata

Sono riprese in quest'articolo le disposizioni dell'articolo 147 legge Fallimentare, che rimangono sostanzialmente integre con le seguenti addizioni:

- la liquidazione giudiziale dei soci limitatamente responsabili emersi dopo l'apertura della procedura principale potrà essere richiesta anche dal pubblico ministero, da soci non illimitatamente responsabili, dunque, anche di quelli non falliti, e dai creditori di costoro;
- al giudizio di reclamo contro la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale sono obbligati a partecipare, quali parti necessarie, il curatore, il creditore, il socio, il pubblico ministero che ha proposto la domanda di estensione, unitamente al creditore che abbiamo proposto il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale principale;
- sarà possibile dichiarare il fallimento di una società di fatto, la cui esistenza sia accertata dopo l'apertura della procedura, di cui la società (e non più solo dell'imprenditore individuale) insolvente sia socia illimitatamente responsabile.

11.4 Articolo 257 – Liquidazione giudiziale della società e dei soci

La disposizione in commento riproduce il testo dell'articolo 148 legge Fallimentare con due importanti precisazioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nella Relazione illustrativa si parla anche di una terza novità che sarebbe costituita dal fatto che il credito dichiarato nella liquidazione giudiziale della società sarebbe "ammesso" (e non più semplicemente dichiarato) anche nella liquidazione dei singoli soci. Invero, della modifica di cui parla la Relazione non v'è assolutamente traccia nel corpo dell'articolo 257.

La prima chiarisce che al curatore della liquidazione giudiziale della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili spetti un solo compenso.

La seconda è costituita dal riconoscimento della legittimazione del curatore ad azionare la responsabilità di quei soci illimitatamente responsabili che, per effetto della cessazione della responsabilità illimitata oltre un anno, non siano stati assoggettati a procedura di liquidazione giudiziale.

11.5 Articolo 259 – Liquidazione giudiziale nei confronti di enti ed imprenditori collettivi non societari

Si tratta di una disposizione totalmente nuova che, in ossequio al principio di delega contenuto all'articolo 2, comma 1, lettera e), legge 155/2017, assoggetta la liquidazione giudiziale tutti gli enti collettivi non societari che abbiano i requisiti per essere dichiarati insolventi. Tale disposto non costituisce una vera e propria novità, poiché accoglie l'opinione già prevalente nel regime previgente secondo la quale possono già essere assoggettati al fallimento anche le associazioni, le fondazioni e i consorzi titolari di imprese commerciali[2].

11.6 Articolo 264 – Attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea

L'articolo in commento apprende pedissequamente le indicazioni dell'articolo 7, secondo comma, lettera *e)* della legge 155/2017, le cui finalità, però, non sono mai state chiare sin dall'origine.

In sostanza è attribuita al curatore la legittimazione a sostituirsi all'assemblea per compiere atti e operazioni riguardanti l'organizzazione, la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione.

Quali possano essere tali atti e quale attinenza gli stessi possano avere con il programma di

2 F. Di Camillo, Trattato delle procedure concorsuali, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, Utet, Torino, 2010, I, 349 ss.; G. Capo, Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Utet, Torino, 2009, I, 12 s.; G. Jachia, Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare, a cura di A. Caiafa, Utet, Torino, 2009, 32; A. Nigro, D. Vattermoli, Diritto della crisi delle imprese, Il Mulino, Bologna, 2009, 56; G. Schiano di Pepe, Il diritto fallimentare riformato, Cedam, Padova, 2007, 13; M. Sandulli, La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Giappichelli, Torino, 2009, 63 ss; F. Aprile, La Legge fallimentare. Commentario teorico-pratico, a cura di M. Ferro, Cedam, Padova, 2011, 4s; A. Cetra, L'impresa collettiva non societaria, Giappichelli, Torino, 2004, 9 ss.; V. Buonocore, in Giurisprudenza commerciale, 2006, I, 847; C. Rimini, Il problema del fallimento della fondazione: la vicenda dell'Istituto Sieroterapico Milanese, in Contratto e impresa, Cedam, Padova, 95, 581; L. Farenga, Il diritto Fallimentare, 1981, I, 220; F. Galgano, Il fallimento delle società. Gli aspetti sostanziali, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1988, X, 137 ss.,; Trib. Alba, 25.03.2009, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 09, I, 1102, con nota di R. Pierri, e in Il Fallimento, 09, 1429, con nota di A. Cetra; Trib. Paola, 03.12.2009, in Il Fallimento, 10, 979, con nota di C. Trentini; Trib. Gorizia, 18.11.2011, in www.ilcaso.it.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

liquidazione è difficile immaginare, atteso che ai sensi degli articoli 142 del nuovo codice l'apertura della procedura priva il debitore, dunque la società, dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, che il curatore può liquidare senza alcuna necessità di delibera assembleare.

L'unica ipotesi che ci sovviene potrebbe essere quella di una proposta di concordato di un terzo che intenda soddisfare i creditori tramite un aumento di capitale della società in liquidazione giudiziale.

Se così fosse, si tratterebbe di un'ipotesi assimilabile a quella della proposta di concordato preventivo concorrente che meglio avrebbe potuto essere regolata nell'ambito delle norme sul concordato giudiziale delle società di cui al successivo articolo 265.

Del tutto imperscrutabili, almeno per chi scrive, sono i motivi per cui la legittimazione del curatore sia ribadita al secondo comma della disposizione in commento, seppure invertendo il rapporto tra atto e programma di liquidazione, nel senso che nel primo comma è l'atto da compiersi che deve essere previsto nel programma di liquidazione, mentre nel secondo comma è il programma di liquidazione che deve prevedere l'atto.

A nostro sommesso avviso si tratta della medesima disposizione, ma se il legislatore ha ritenuto di dedicargli due separati commi non si può non ritenere che abbia voluto disporre per situazioni diverse, anche se neppure la Relazione illustrativa le individua.

Il curatore ai sensi del primo comma dovrà in ogni caso informare, adeguatamente e tempestivamente, i soci e i creditori della società i quali potranno proporre reclamo, ai sensi dell'articolo 133 del nuovo codice, unitamente ai terzi interessati, mentre ai sensi del secondo comma le deliberazioni non assunte in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate con reclamo, sempre ai sensi dell'articolo 133.

Il secondo comma prevede anche la possibilità d'impugnativa *ex* articoli 2377, 2378, 2379, 2379 *bis*, 2379 *ter* e 2479 *ter* Cc.

Si tratta di disposizioni dal contenuto anch'esso assai oscuro. Non è definito chi possano essere i terzi interessati (incisi dalla) alla delibera assembleare assunta dal curatore, né come possano venirne a conoscenza, giacché non tutte le delibere sono soggette all'obbligo di iscrizione al Registro delle Imprese.

Non si comprende se il reclamo di cui al primo comma possa avere un perimetro più ampio di quello previsto al secondo comma, limitato alle sole violazioni di legge e di statuto.

Infine, manca qualsiasi disposizione che coordini e regoli il conflitto di competenza in caso di contemporanea proposizione di reclami *ex* articolo 133 e d'impugnative *ex* articoli 2377, 2378, 2379, 2379 *bis*, 2379 *ter* e 2479 *ter* del Codice civile.

La confusione è davvero tanta, ma, considerata l'assoluta improbabilità di una sua applicazione pratica, la soluzione ai dubbi che ci attanagliano potrà ben attendere l'approfondimento del dibattito dottrinario.

11.7 Che cosa non cambia

Non subiscono variazioni, sostanziali: (i) le disposizioni dell'articolo 149 legge Fallimentare in merito agli effetti sulla società dell'apertura del fallimento nei confronti dei suoi soci illimitatamente responsabili, ove all'articolo 258 si conferma che l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di un socio illimitatamente responsabile non comporta l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società; (ii) le disposizioni dell'articolo 150 legge Fallimentare

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sui versamenti ancora dovuti dai soci a responsabilità limitata che sono integralmente confermate all'articolo 260; (iii) le disposizioni dell'articolo 151 legge Fallimentare in tema di escussione delle polizze assicurazioni e delle fideiussioni bancarie rilasciate dai soci ai sensi dell'articolo 2464 Cc che sono anch'esse integralmente confermate all'articolo 261; (iv) le disposizioni (articolo 155 legge Fallimentare) sui patrimoni dedicati ad uno specifico affare che sono confermati dall'articolo 262; (v) le disposizioni sui patrimoni destinati incapienti e violazione delle regole di separatezza (articolo 156 legge Fallimentare) confermate dall'articolo 263; (vi) le disposizioni dell'articolo 152 legge Fallimentare sulla proposta di concordato della società che sono riproposte integralmente all'articolo 265; (vii) le disposizioni (articolo 153 legge Fallimentare) sugli effetti del concordato della società confermate nell'articolo 266; (viii) le disposizioni dell'articolo 154 legge Fallimentare sul concordato del socio integralmente riproposta all'articolo 267.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

Procedura unitaria di liquidazione giudiziale

Marco Rubino

SOMMARIO: 12.1 Trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza – 12.2 Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale – 12.3 La domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e sua eventuale rinuncia – 12.4 Domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione – 12.5 Nomina del commissario giudiziale – 12.6 L'apertura del concordato preventivo e i relativi effetti – 12.7 Il procedimento di omologazione – 12.8 Liquidazione giudiziale: domanda, apertura e relativo reclamo in caso di rigetto della domanda – 12.9 Le impugnazioni contro i provvedimenti del tribunale e la sospensione della liquidazione, dell'esecuzione del piano e degli accordi – 12.10 Gli effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione

Uno dei principali obiettivi della legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», era quello di *"assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici"* (articolo 2, comma 1, lettera *e*).

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza emanato con il Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della predetta delega, si presenta dunque come un contenitore normativo che raccoglie e disciplina in modo unitario tutte le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza del debitore, sia esso imprenditore commerciale oppure debitore civile[1].

Coerentemente con questa visione unitaria del fenomeno della crisi e dell'insolvenza, tra i principi generali contenuti nella legge delega vi era quello di "adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore" (articolo 2, comma 1, lettera *d*).

Il Codice della crisi e dell'insolvenza prevede dunque un unico percorso di accesso ai vari

1 In particolar modo, il CCII accoglie al suo interno sia istituti già noti alla legge Fallimentare (quali il fallimento, ora denominato «liquidazione giudiziale», il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento) che riguardano gli imprenditori commerciali aventi determinate dimensioni, sia gli istituti previsti dalle norme sul sovraindebitamento (legge 27 gennaio 2012, n. 3) che interessano sia i cosiddetti imprenditori «sotto soglia» sia altri debitori, come, ad esempio, professionisti e consumatori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

strumenti di regolazione della crisi alle procedure di insolvenza che viene dapprima enunciato, come principi di carattere processuale, all'art. 7 e quindi dettagliatamente regolato nella Sezione II del Capo IV del Titolo III del CCII, denominata «Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale».

12.1 Trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza

Nello specifico, l'articolo 7, inserito tra le prime norme del CCII nella Sezione III dedicata ai «Principi di carattere processuale», stabilisce il criterio secondo cui le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza[2] e alle procedure di insolvenza[3] sono trattate in un unico procedimento e che ogni domanda sopravvenuta è riunita a quella già pendente. In questo modo viene garantita al tribunale una visione unitaria del fenomeno di crisi o di insolvenza che interessa uno specifico debitore, il quale può, ad esempio, aver presentato una richiesta di ammissione al concordato preventivo e, al tempo stesso, essere oggetto di una o più domande di apertura a suo carico della liquidazione giudiziale presentate dai suoi creditori.

In tal caso, sempre l'articolo 7 prevede che il tribunale debba dare priorità all'esame della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi presentata dal debitore, rispetto alle domande di apertura della liquidazione giudiziale presentate da altri soggetti.

Nell'esempio precedente, dunque, il tribunale sarà chiamato a pronunciarsi prima sulla domanda di concordato presentata dal debitore e, solo nel caso in cui tale domanda sia improcedibile, sulle domande di apertura della liquidazione giudiziale presentate dai creditori.

La scelta del legislatore delegato di trattare con priorità gli strumenti di regolazione della crisi alternativi alla liquidazione giudiziaria è conforme alla finalità già espressa nella legge delega[4] di agevolare quelle soluzioni che prevedano la conservazione dell'impresa produttiva e che vede nella liquidazione giudiziale l'*extrema ratio* a cui ricorrere quando ormai l'insolvenza è divenuta irreversibile.

Tale priorità di esame, tuttavia, soggiace alla preventiva verifica di sussistenza di tre condizioni:

› la domanda non deve essere «manifestamente inammissibile»;

---

2 La nuova lettera m-bis) introdotta all'articolo 2, comma 1, CCII, ad opera del recente decreto correttivo (Dlgs 17 giugno 2022, n. 83), definisce gli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» come: "le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi". Nello specifico, si tratta del piano attestato di risanamento (art. 56), degli accordi di ristrutturazione, della convenzione di moratoria e degli accordi su crediti tributari e contributivi (artt. 57-64), del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (art. 64 bis-64 quater), delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (artt. 65-83) e del concordato preventivo (artt. 84-120).

3 Ovvero alla procedura di liquidazione giudiziale prevista dagli articoli 121 ss che ha sostituito la procedura di fallimento prevista dal Rd 16 marzo 1942, n. 267 e la liquidazione controllata del sovraindebitato di cui agli artt. 268 ss.

4 Si veda l'articolo 2, comma 2, lettera g), della legge 19 ottobre 2017, n. 155, che dispone di "dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale ...".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- il piano non deve essere «manifestamente inadeguato» a raggiungere gli obiettivi che si prefigge;
- nella proposta deve essere espressamente indicata la convenienza per i creditori (rispetto, si intende, all'alternativa della liquidazione giudiziale) oppure, in caso di domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, le ragioni di assenza di pregiudizio per i creditori.

Le prime due condizioni richiedono al tribunale di effettuare un vaglio preliminare volto a escludere un uso strumentale degli istituti alternativi da parte di quei debitori che non siano seriamente intenzionati a trovare una soluzione della crisi, ma intendano solamente prendere tempo, per procrastinare l'apertura della liquidazione giudiziale.

Tuttavia, l'utilizzo dell'avverbio «manifestamente» fa intendere che, in questa fase iniziale, la verifica del tribunale in ordine all'ammissibilità della domanda o all'idoneità del piano debba limitarsi ad un esame sommario volto ad individuare i soli casi in cui le menzionate criticità emergano in maniera evidente dalla domanda stessa e dal piano, senza dunque necessità di un approfondito esame da parte di un esperto, ausiliario del giudice.

La terza condizione riflette viceversa la nuova concezione delle misure alternative alla liquidazione giudiziale che devono mirare, come detto, alla conservazione del valore dell'impresa. In tale senso le misure proposte dal debitore se sono finalizzate esclusivamente alla liquidazione del patrimonio aziendale devono promettere un *quid pluris* rispetto a quanto si ricaverebbe dalla liquidazione giudiziale; viceversa, se la proposta presentata dal debitore prevede la continuazione dell'attività d'impresa, la stessa deve assicurare ai creditori per lo meno un soddisfacimento equivalente a quanto otterrebbero dalla liquidazione del patrimonio aziendale.

Quando la domanda di accesso non è accolta oppure quando, a seguito dell'accoglimento, la procedura non va a buon fine[5] o si interrompe[6], il tribunale dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale su istanza dei soggetti legittimati (principalmente: creditori e pubblico ministero) e previo accertamento dello stato di insolvenza del debitore.

12.2 Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale

Le norme che regolano il procedimento unitario sono contenute nella Sezione II del Capo IV (Accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza) del titolo III del CCII. In tale sezione troviamo disciplinati:

- la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 40), la relativa rinuncia (articolo 43), nonché la domanda di accesso con riserva (articoli 44 e 45);
- la domanda di accesso al concordato preventivo (art. 46), l'apertura della procedura (art. 47) e il procedimento di omologazione (art. 48);
- il procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale (articoli 41 e 42), la dichiarazione di apertura (articolo 49) ed il relativo reclamo in caso di rigetto della domanda (articolo 50);

5 Si tratta del caso in cui la proposta di concordato preventivo non venga approvata dai creditori oppure, il concordato o gli accordi di ristrutturazione non vengano omologati dal tribunale.

6 I motivi dell'interruzione della procedura possono essere molteplici e verranno affrontati in seguito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› le impugnazioni contro i provvedimenti del tribunale (articolo 51), la sospensione della liquidazione, dell'esecuzione del piano e degli accordi (articolo 52) e gli effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione (articolo 53).

12.3 La domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e sua eventuale rinuncia

Il procedimento si introduce con ricorso presentato innanzi al tribunale territorialmente competente, sottoscritto dal difensore munito di procura (articolo 40, comma 2). Per le società, a norma del nuovo articolo 120 *bis*, la domanda è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza legale e la decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi deve essere presa "in via esclusiva" dagli amministratori che decidono anche sul contenuto della proposta e sulle condizioni del piano[7].

La domanda viene inoltre trasmessa al pubblico ministero e, entro il giorno successivo al deposito, viene comunicata al registro delle imprese per la relativa iscrizione (articolo 40, comma 3).

La data di pubblicazione della domanda assume particolare rilevanza nel caso in cui con la stessa il debitore abbia richiesto le misure protettive previste dall'articolo 54, comma 2, in quanto è da tale data che ai creditori viene inibito di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Le misure protettive richiamano il cosiddetto *automatic stay* previsto dalla legge Fallimentare per il concordato preventivo (articolo 168, comma 1, LF) e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti (articolo 182 *bis*, commi 3 e 6, LF) da cui, tuttavia, si discostano per il fatto che, ora, la protezione del patrimonio dalle azioni dei creditori non è più automatica, ma deve essere espressamente richiesta dal debitore. Inoltre, rispetto alle previgenti norme fallimentari, le misure protettive non hanno efficacia nei confronti di coloro che vantano crediti di lavoro i quali possono dunque iniziare o proseguire le azioni esecutive, anche in pendenza della procedura di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi.

Nel caso in cui sia già pendente una richiesta di apertura della liquidazione giudiziale da parte di un soggetto diverso dal debitore, quest'ultimo può comunque presentare domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi, ma lo deve fare, a pena di decadenza, entro la prima udienza di comparizione delle parti disposta dal tribunale. Infatti, successivamente a tale udienza, la domanda non può più essere presentata sino alla conclusione del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale. Tale limite, tuttavia, non opera nel caso in cui il debitore richieda l'accesso a una procedura di regolazione della crisi a seguito della conclusione della composizione negoziata, in quanto, in questa ipotesi, la domanda può comunque essere presentata entro sessanta giorni dalla comunicazione di deposito della relazione finale dell'esperto (articolo 40, comma 10).

Qualora il debitore decida di rinunciare alla domanda di accesso agli strumenti di regolazio-

7 La decisione, in conformità a quanto previsto in vigenza della precedente legge Fallimentare in caso di concordato preventivo (articoli 152 e 161, comma 4, LF) deve risultare da verbale redatto da notaio che deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ne della crisi e dell'insolvenza, il procedimento si estingue, a meno che gli altri intervenuti o il pubblico ministero non insistano per l'apertura della liquidazione giudiziale (articolo 43, comma 1). La norma, tuttavia, sembra suggerire che la volontà di proseguire nel procedimento deve essere chiaramente «manifestata» sia da parte degli altri intervenuti, sia da parte del pubblico ministero che - chiarisce la norma stessa - può a sua volta rinunciarvi. Merita inoltre sottolineare che, come esplicitato nella relazione ministeriale al Dlgs 83/2022, la richiesta di prosecuzione del procedimento da parte degli altri soggetti, diversi dal debitore, può essere finalizzata esclusivamente a ottenere l'apertura della liquidazione giudiziale, in quanto solamente il debitore è legittimato ad accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

12.4 Domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione

In analogia all'istituto del concordato con riserva previsto dal sesto comma dell'articolo 161 LF, l'articolo 44 prevede la facoltà per il debitore di presentare la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, corredata dalla documentazione prevista dall'articolo 39, comma 3 (ovvero: i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi[8] e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione), riservandosi di presentare il piano, la proposta definitiva di concordato preventivo ovvero gli accordi di ristrutturazione dei debiti raggiunti con i creditori entro un termine fissato dal tribunale.

Tale termine, compreso tra trenta e sessanta giorni[9], è prorogabile al massimo di ulteriori sessanta giorni solo in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Con il medesimo decreto di concessione del termine il tribunale, oltre a nominare il commissario giudiziale e a disporre gli obblighi informativi periodici[10] in capo al debitore (in analogia a quanto previsto dall'ottavo comma dell'articolo 161 LF), ordina allo stesso il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma a copertura delle spese della procedura, nella misura che ritiene necessaria fino alla scadenza del termine.

L'obbligo di costituzione del fondo spese già in fase di domanda di accesso con riserva (c.d. «fase prenotativa»), là dove la legge Fallimentare prevedeva espressamente tale obbligo solo in ipotesi di ammissione della proposta definitiva di concordato, rappresenta una novità legata al fatto che, come verrà precisato oltre, la nomina del commissario giudiziale sin da tale fase non è più un'eventualità lasciata alla discrezione del tribunale, ma è prevista in ogni caso.

A riguardo, particolarmente pregnante è la precisazione della perentorietà del termine per il deposito del fondo dalla cui inosservanza può derivare l'apertura della liquidazione giudiziale,

8 Ovvero, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni Irap concernenti i tre esercizi precedenti.

9 Ovvero un periodo di tempo dimezzato rispetto all'omologa norma fallimentare in cui il termine era compreso tra sessanta e centoventi giorni (articolo 161, comma 6, LF).

10 Tali informative devono essere rese con periodicità almeno mensile sino alla scadenza del termine fissato e devono dare conto della gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano. Con la medesima periodicità, il debitore deve depositare una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

qualora ne ricorrano i presupposti e ne faccia domanda uno dei soggetti legittimati (articolo 49, comma 2).

Come già previsto della legge Fallimentare (articolo 161, comma 7, L.Fall.), dopo il deposito della domanda il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione solo previa autorizzazione da richiedere al tribunale con apposita domanda. A differenza della norma fallimentare, che si limitava a prevedere la facoltà in capo al tribunale di "assumere sommarie informazioni", l'articolo 46, comma 2, specifica che la richiesta di autorizzazione deve contenere "idonee informazioni sul contenuto del piano", imponendo così al debitore di fornire un'adeguata *disclosure* in merito alla soluzione della crisi che intende proporre e alla conformità e coerenza degli atti straordinari con gli obiettivi del piano. In mancanza di autorizzazione non solo gli atti sono inefficaci, ma il tribunale dispone anche la revoca del decreto di concessione del termine per il deposito della proposta definitiva (articolo 46, comma 1).

Oltre alle ipotesi già illustrate di omesso versamento del fondo spese e di esecuzione di atti di straordinaria amministrazione senza preventiva autorizzazione, il tribunale procede alla revoca del termine anche quando:

- il commissario giudiziale abbia accertato l'esistenza di atti in frode ai creditori, non dichiarati nella domanda ovvero abbia rilevato circostanze o condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi;
- vi sia stata una "grave violazione" degli obblighi informativi di cui si è detto sopra (articolo 44, comma 2);

Come anticipato all'inizio, il debitore che abbia proposto domanda di accesso con riserva può, entro il termine fissato dal tribunale, presentare in via alternativa:

- una richiesta di ammissione al concordato preventivo, depositando in questo caso la proposta formulata ai creditori ed il relativo piano;
- una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione raggiunti con i creditori;
- una domanda di omologazione del piano di ristrutturazione di cui all'articolo 64 *bis*.

Unitamente a tali richieste il debitore deve inoltre depositare un nutrito set documentale (articolo 39, comma 3).

Oltre, infatti, ai documenti già previsti in vigenza della precedente legge Fallimentare dall'articolo 161 (attestazione dell'esperto di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano; relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria; stato particolareggiato ed estimativo delle attività) la nuova norma prescrive che debbano essere depositate:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie;
- le dichiarazioni fiscali (dichiarazioni dei redditi, Irap e Iva) concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata;
- un'idonea certificazione dei debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi;
- in caso di richiesta di accesso al concordato preventivo oppure di omologazione del piano di ristrutturazione previsto dall'articolo 64 *bis*, una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore[11].

11 Il riferimento è agli atti di straordinaria amministrazione elencati al secondo comma dell'articolo 94, ovvero: i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.5 Nomina del commissario giudiziale

Nell'originario impianto della legge Fallimentare il commissario giudiziale veniva nominato dal tribunale solo con il decreto di ammissione al concordato preventivo.

A seguito dell'introduzione del sesto comma dell'articolo 161 L.Fall. che consentiva all'imprenditore di presentare il ricorso per ammissione al concordato preventivo con riserva di successiva presentazione della proposta definitiva di concordato ovvero di richiesta di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti[12] (c.d. «concordato con riserva» o «concordato in bianco»), il legislatore ha sentito la necessità di anticipare la nomina del commissario giudiziale[13] (nella prassi chiamato «pre- commissario») al fine di vigilare sull'attività dell'imprenditore e, in particolare, sulla predisposizione della proposta. Tale nomina, tuttavia, non era obbligatoria, ma veniva lasciata alla discrezionalità del tribunale[14].

L'articolo 44 CCII prevede viceversa, che il commissario giudiziale venga sempre nominato in caso di presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi con riserva, assegnandogli il preciso compito di riferire immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi (articolo 44, comma 1, lettera *b*).

Altra novità rispetto alla previgente disciplina delle procedure concorsuali è che, mentre la Legge fallimentare prevedeva la nomina del commissario solamente in caso di concordato preventivo, l'art. 40 co. 4, prevede ora che il tribunale possa nominarlo anche a seguito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione. La nomina poi è obbligatoria in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale, quando è necessaria per tutelare gli interessi delle parti istanti.

12.6 L'apertura del concordato preventivo e i relativi effetti

L'articolo 47 prevede che, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale verifica:

- in caso di concordato liquidatorio, l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, "intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati";
- in caso di concordato in continuità aziendale, la ritualità della proposta, prevedendo altresì che la domanda è comunque inammissibile "se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali".

Il vaglio del tribunale riguarda dunque sia la proposta sia il relativo piano.

Per quanto riguarda la verifica della prima, al di là del fatto che la norma parli, in caso di

12 L'istituto è stato introdotto dall'articolo 33 del Dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134.

13 La nomina del c.d. pre-commissario è stata introdotta dall'articolo 82 del Dl 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98.

14 Al quarto periodo del sesto comma dell'articolo 161 LF si legge testualmente che, con il decreto che fissa il termine per il deposito della proposta definitiva «il tribunale può nominare il commissario giudiziale» anche se, negli ultimi anni, la prassi invalsa nella maggioranza dei tribunali è stata quella di nominare comunque il pre-commissario.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

concordato liquidatorio, di «ammissibilità» della proposta, mentre in caso di concordato in continuità aziendale parli di «ritualità» della stessa, sembrerebbe potersi comprendere che la verifica consista nella cosiddetta «fattibilità giuridica» ovvero la non contrarietà del contenuto della proposta a norme di legge.

Viceversa, il vaglio del piano apre alla cosiddetta verifica di «fattibilità economica» dello stesso che, tuttavia, è limitata ai soli casi in cui l'inidoneità del piano a perseguire i propri obiettivi emerga in maniera evidente dagli atti stessi, senza cioè necessità di un esame approfondito sulla fattibilità del piano.

Inoltre, come si è visto, la manifesta inattitudine o inidoneità del piano si declina in modo diverso a seconda che la proposta preveda la mera liquidazione del patrimonio aziendale, ovvero la prosecuzione dell'attività d'impresa. Mentre infatti nel primo caso l'obiettivo è esclusivamente quello del soddisfacimento dei creditori, nel concordato in continuità oltre a tale obiettivo il piano, per poter essere giudicato idoneo, deve assicurare anche la conservazione dei valori aziendali.

Compiute le suddette verifiche, il tribunale, se accerta la mancanza delle condizioni, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta e, in presenza di domande dei soggetti legittimati, provvede con sentenza a dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale (articolo 47, comma 4).

Viceversa, quando la proposta ed il piano passano il vaglio del tribunale, quest'ultimo con decreto:

- nomina il giudice delegato e il commissario giudiziale (se non già nominato prima in caso di deposito di domanda di accesso con riserva);
- stabilisce, in relazione al numero dei creditori, all'entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori;
- fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale il fondo spese di giustizia.

Successivamente al decreto di apertura del concordato e fino alla sua omologazione gli atti di straordinaria amministrazione sono autorizzati dal giudice delegato (articolo 46, comma 3).

I crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili (articolo 46, comma 4), mentre i creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione da parte del tribunale (in pendenza del termine) ovvero del giudice delegato. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori (articolo 46, comma 5).

12.7 Il procedimento di omologazione

L'articolo 48 disciplina il procedimento di omologazione di tutti gli strumenti di regolazione della crisi soggetti a tale giudizio: concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti e piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

In particolare, per quanto riguarda il concordato preventivo, la norma dispone che, dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sia iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese[15] nonché notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso.

Questi ultimi e qualsiasi interessato possono proporre opposizione depositando memoria nel termine perentorio di dieci giorni antecedenti l'udienza in camera di consiglio.

Cinque giorni prima dell'udienza il commissario giudiziale deve depositare il suo motivato parere, mentre il debitore può depositare memorie fino a due giorni prima.

Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato con sentenza.

In caso di concordato in continuità, tuttavia, in presenza di una o più classi di creditori dissenzienti il tribunale, in base a quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 112, può comunque omologare il concordato se ricorrono congiuntamente tutte le seguenti condizioni:

- il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
- il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore;
- nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;
- la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Tuttavia, se un creditore dissenziente eccepisce una delle predette condizioni, ovvero eccepisce che la proposta di concordato offre un soddisfacimento inferiore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il tribunale può disporre la stima del complesso aziendale (articolo 112, comma 4).

Contro la sentenza del tribunale di omologazione del concordato preventivo in continuità può essere proposto reclamo alla corte d'appello. Quest'ultima, in ipotesi di accoglimento del reclamo, su richiesta delle parti, può tuttavia confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno (articolo 53, comma 5 *bis*).

In ipotesi invece di domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione con memoria depositata entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. Il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti (e del commissario giudiziale, se nominato, a seguito di domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi con riserva ai sensi dell'articolo 44) disponendo che il provvedimento sia comunicato, a cura del debitore, ai creditori e ai terzi che hanno proposto opposizione (nonché al commissario giudiziale, se nominato). Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio, e sentito il commissario giudiziale (ove nominato), omologa con sentenza gli accordi (articolo 48, comma 4).

15 Del luogo dove l'imprenditore ha la sede legale oppure, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta (articolo 48, comma 1).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La sentenza che omologa il concordato, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione o gli accordi di ristrutturazione è notificata e iscritta nel registro delle imprese e produce i propri effetti dalla data della pubblicazione, mentre gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione nel registro delle imprese (articolo 48, comma 5).

Se invece il tribunale non procede all'omologa, con la medesima sentenza può dichiarare direttamente l'apertura della liquidazione giudiziale se ne ricorrono i presupposti e se ne era stata fatta richiesta da parte di uno dei soggetti legittimati (articolo 48, comma 6).

12.8 Liquidazione giudiziale: domanda, apertura e relativo reclamo in caso di rigetto della domanda

In presenza di domande di apertura della liquidazione giudiziale, il tribunale, convoca le parti e fissa un termine per il deposito di memorie, prima dell'udienza (art. 41, commi 1 e 4).

Il debitore, che può stare in giudizio anche personalmente (articolo 40, comma 5), senza dunque l'assistenza tecnica di un legale, per costituirsi deve presentare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, se non è soggetto all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata (articolo 41, comma 4).

Poiché, a norma dell'ultimo comma dell'articolo 49 (in perfetta analogia a quanto precedentemente previsto dall'ultimo comma dell'articolo 15 L.Fall.), non si fa luogo all'apertura della liquidazione giudiziale se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è complessivamente inferiore a trentamila euro, al fine di agevolare il tribunale nella menzionata istruttoria, l'articolo 42 prevede che la cancelleria acquisisca d'ufficio, mediante collegamento telematico diretto con le banche dati pubbliche, una serie di documenti quali i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e le correlate dichiarazioni dei redditi, gli atti relative alle operazioni straordinarie (riduzione di capitale, fusione e scissione, trasferimenti di azienda), nonché le informazioni relative ai debiti fiscali e contributivi.

All'esito dell'istruttoria, il tribunale, definite prima le eventuali domande di accesso ad uno strumento alternativo di regolazione della crisi e accertati i presupposti dimensionali e lo stato di insolvenza previsti dall'articolo 121, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale (articolo 49, comma 1).

In parziale analogia a quanto già precedentemente previsto dall'articolo 16 L.Fall., con tale sentenza il tribunale:

- provvede alla nomina del giudice delegato e del curatore, nonché alla nomina se utile, di uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore;
- ordina al debitore il deposito entro tre giorni dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie[16], dei libri sociali, delle dichiarazioni dei redditi, Irap e Iva dei tre esercizi precedenti, nonché dell'elenco dei creditori (se non vi ha già precedentemente provveduto a norma dell'articolo 39),
- fissa l'udienza di verifica dello stato passivo.

16 Il deposito può essere effettuato in formato digitale se la documentazione è tenuta a norma dell'articolo 2215 bis Cc (c.d. «archiviazione sostitutiva»).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Inoltre, con la medesima sentenza il tribunale autorizza sin da subito il curatore ad accedere ad una serie di banche dati pubbliche, mettendolo così in condizione di poter tempestivamente ricostruire l'entità del patrimonio del debitore e le cause e circostanze del dissesto[17].

Se viceversa il tribunale, all'esito dell'istruttoria, respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è possibile presentare reclamo alla corte d'appello (articolo 50). Il decreto della corte che respinge il reclamo non è ulteriormente ricorribile per cassazione; viceversa, in caso di accoglimento del reclamo, la corte di appello dichiara aperta la liquidazione giudiziale con sentenza e rimette gli atti al tribunale, che adotta, con decreto, i provvedimenti di cui all'articolo 49, comma 3 (nomina del giudice delegato e del curatore, fissazione dell'udienza di verifica dei crediti, ecc.). In questo caso, contro la sentenza della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione.

12.9 Le impugnazioni contro i provvedimenti del tribunale e la sospensione della liquidazione, dell'esecuzione del piano e degli accordi

Contro la sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione o degli accordi di ristrutturazione oppure dispone l'apertura della liquidazione giudiziale, le parti (e nel caso di liquidazione giudiziale, qualunque interessato) possono proporre reclamo alla corte d'appello entro il termine di trenta giorni (articolo 51, comma 1) che decorre: per le parti, dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura dell'ufficio e, per gli altri interessati, dalla data della sua iscrizione nel registro delle imprese.

Il reclamo contro la sentenza che ha aperto la liquidazione giudiziale, come previsto in vigenza della legge Fallimentare, non sospende l'efficacia della stessa, salvo la corte, su richiesta di parte o del curatore, decida, quando ricorrono gravi e fondati motivi, di sospendere, in tutto o in parte o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, la formazione dello stato passivo e il compimento di altri atti di gestione (articolo 52, comma 1).

Analogamente, il ricorso per cassazione contro la sentenza della corte d'appello non sospende l'efficacia della stessa (articolo 51, comma 14) a meno che non ricorrano i presupposti di sospensione previsti dall'articolo 52 di cui si è detto sopra.

In caso di revoca della liquidazione giudiziale, l'articolo 53, oltre a disporre che restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura (in analogia a quanto previsto dall'articolo 18, comma 15, L.Fall.), prevede una serie di norme volte a contemperare le ragioni del debitore e dei creditori nel periodo che va dalla pubblicazione della sentenza di accoglimento del reclamo al passaggio in giudicato della stessa.

Innanzitutto, il secondo comma della norma in commento prevede che, sebbene in tale pe-

17 In particolare, il tribunale autorizza il curatore, con le modalità di cui agli articoli 155 quater, 155 quinquies e 155 sexies disp. Att. Cpc: 1) ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari; 2) ad accedere alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi; 3) ad acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'articolo 21 del Dl 78/2010; 4) ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti; 5) ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

riodo l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa ritornino in capo al debitore, questi, tuttavia, deve agire sotto la vigilanza del curatore. In particolare, per compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione dovrà preventivamente chiederne l'autorizzazione al tribunale.

Per rendere più cogente tale obbligo, la norma prevede che, con la sentenza che revoca la liquidazione giudiziale, la corte di appello dispone gli obblighi informativi periodici relativi alla gestione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere sotto la vigilanza del curatore sino al momento in cui la sentenza passa in giudicato. Il tribunale se, a seguito di segnalazione del curatore, del comitato dei creditori o del pubblico ministero, accerta la violazione degli obblighi da parte del debitore, priva quest'ultimo della possibilità di compiere gli atti di amministrazione ordinaria e straordinaria (articolo 53, comma 4).

12.10 Gli effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione

In caso di revoca dell'omologazione del concordato o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, su domanda di uno dei soggetti legittimati, la corte d'appello, accertato lo stato di insolvenza del debitore, dichiara aperta la liquidazione giudiziale e rimette gli atti al tribunale per l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 49, comma 3 (nomina del giudice delegato e del curatore, fissazione dell'udienza di verifica dei crediti, ecc.).

La sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale è notificata alle parti a cura della cancelleria della corte d'appello e comunicata al tribunale, nonché iscritta al registro delle imprese. Restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore e dagli organi della procedura prima della revoca.

In tal caso, tuttavia, su istanza del debitore il tribunale, ove ricorrano gravi e giustificati motivi, può sospendere i termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo e l'attività di liquidazione fino al momento in cui la sentenza che pronuncia sulla revoca passa in giudicato (articolo 53, comma 6).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

I reati di bancarotta

Francesco Ardito

SOMMARIO: 13.1 Principi – 13.2 Bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale (propria) – 13.3 Bancarotta semplice dell'imprenditore individuale (propria) – 13.4 Bancarotta delle persone diverse dall'imprenditore individuale in liquidazione giudiziale (impropria) – 13.5 Esenzione dai fatti di bancarotta – 13.6 Circostanze – 13.7 Pene accessorie

13.1 Principi

La principale tipologia di reati in materia concorsuale è costituita dalla bancarotta nelle sue diverse declinazioni, che esprimono un grado decrescente di disvalore oggettivo o soggettivo del fatto: la bancarotta fraudolenta (articolo 322 Codice) che richiede una volontà deliberatamente offensiva in capo all'imputato e la bancarotta semplice (articolo 323 Codice) caratterizzata dalla negligente e imprudente condotta gestoria il che, salvo alcune eccezioni, colloca il reato in un paradigma colposo.

È rimasta immutata la costruzione del reato di bancarotta, sia fraudolenta che semplice, secondo il modello del reato di pericolo concreto[1] e non di danno in quanto può realizzarsi anche senza che vi sia un effettivo e definitivo pregiudizio della garanzia patrimoniale dei creditori che costituisce il bene giuridico tutelato[2].

---

1 Nei reati di pericolo concreto, il pericolo, concepito come rilevante possibilità di verificazione di un evento temuto, rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, per cui spetta al giudice, in base alle circostanze concrete del singolo caso, accertarne l'esistente. Invece, nei reati di pericolo presunto, si presume, in base ad una regola di esperienza, che al compimento di certe azioni si accompagni l'insorgere di un pericolo. Sul punto, Fiandaca-Musco, Diritto penale, pt.gen., Bologna, 2014, 214-215.

2 La tesi che individua il bene giuridico tutelato nell'interesse patrimoniale dei creditori, è maggioritaria in dottrina: Conti, Fallimento (reati in materia di), in Digesto/pen., V, Torino, 1991, cit., p.13 e ss.; Pedrazzi-Sgubbi, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, Bologna, 1995, p.4 e ss.; Pedrazzi, Reati fallimentari, in Pedrazzi Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, Diritto penale dell'impresa, Bologna, 1999, p.101; Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, Diritto penale dell'impresa, Bologna, 2022, p.289; Cecchella, Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, Milano, 2020, p. 599; Musco-Ardito, Diritto penale fallimentare, Bologna, 2018, p. 11 e ss. Quindi, i reati fallimentari sono reati contro il patrimonio, anche se la tutela giuridica del bene (patrimonio) viene ad essere diversamente modulata in relazione alle fattispecie di bancarotta: se nella bancarotta fraudolenta (articolo 322, primo comma, lettera a) Codice) e semplice (articolo 323, primo comma Codice) la funzione di tutela della garanzia patrimoniale è diretta e immediata; nella bancarotta documentale (articolo 322, primo comma lettera b) e articolo 323, secondo comma Codice) le scritture contabili, la cui funzione è quella di rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, non servono al soddisfacimento immediato dei creditori ma la loro utilità è indiretta e strumentale: la ricostruzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La natura di reato di pericolo, sia pur concreto, comporta che la bancarotta non postula una derivazione causale della liquidazione giudiziale dalle diverse fattispecie in cui si articola e che a nulla rileva che i beni distratti o occultati siano recuperati dagli organi della procedura ragioni estranee al debitore. Una normativa fermamente ancorata ad un approccio punitivo in evidente contraddizione con l'ottica ripristinatoria, tesa alla ristrutturazione dei complessi aziendali al fine di recuperare redditività e superare la tensione finanziaria, propria della novellata disciplina civilistica.

Dal punto di vista dei soggetti attivi, si tratta di reati propri in cui il reo è un soggetto qualificato: l'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale nella bancarotta propria; l'ammini-

---

del patrimonio residuo è necessaria alla individuazione dei beni suscettibili di realizzo; la ricostruzione del movimento degli affari consente di ricostituire l'attivo fruibile dei creditori attraverso l'individuazione degli atti inefficaci di diritto o revocabili nonché, nel fallimento delle società, l'esercizio dell'azione di responsabilità.
La concezione patrimoniale della bancarotta, pur maggioritaria, non trova unanimi consensi in dottrina. Accentuando la tutela degli interessi della collettività, alcuni autori (PAGCLIARO, Delitto di bancarotta, Palermo, 1957, p.32 e ss.; Mangano, L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta, Padova, 1998, p. 8 e ss.) hanno sostenuto che la bancarotta sia un reato contro la pubblica economia o l'ordine economico o il commercio sulla base di due considerazioni: da un lato ritengono che i diritti dei creditori siano compiutamente tutelati dal fallimento e, dall'altro, prendendo in considerazione il disordine e il danno causati dall'insolvenza dell'imprenditore che spesso si ripercuote su una pluralità di imprese, ritengono che ciò determinerebbe una situazione sfavorevole per l'intero sistema economico. Ma si tratta di un'impostazione che non coglie nel segno perché, al di là della circostanza che gli effetti del fallimento sulle altre imprese e sul sistema economico in generale, derivano dall'insolvenza e non necessariamente dalla bancarotta, in realtà i riflessi negativi sulla pubblica economia non sono una conseguenza immediata e diretta del reato di bancarotta, ma sono un effetto di fondo all'offesa degli altri interessi tutelati in primo piano: la perturbazione macroeconomia, qualora si verifichi, non è che l'ulteriore ripercussione della lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori.
Larga eco ha avuto in dottrina anche la tesi che assegna alla bancarotta un'oggettività giuridica processuale, classificandola fra i reati contro l'amministrazione della giustizia (Nuvolone, Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, Milano, 1955, p. 24 e ss.; Id., Fallimento (reati in materia di), in Enc.dir., XVI, 1967, p.478. Una presa di posizione sulla bancarotta quale reato posto a tutela del processo si ha in Carnelutti, Appunti sulla natura della bancarotta, in Riv.dir.proc, 1953, p.1 e ss.). Partendo dalla considerazione che la tutela non va riferita al singolo creditore ma all'interesse pubblicistico al massimo soddisfacimento di tutti i creditori, secondo il criterio della par condicio, dovendo i creditori essere considerati non singolarmente ma come massa, l'interesse giuridicamente leso è un interesse pubblicistico processuale. E, poiché la lesione dell'interesse processuale può aversi solo in presenza dello stato d'insolvenza, quale presupposto della procedura fallimentare, ne consegue che la bancarotta pre- fallimentare in tanto sussiste in quanto i fatti che la integrano siano commessi in costanza dello stato d'insolvenza.
In senso contrario si è, però, osservato che questa tesi giunge all'assurdo di non punire tutti i fatti di bancarotta che, avendo cagionato il dissesto, sono stati commessi dall'imprenditore prima di cadere nello stato d'insolvenza. E ciò è in aperto contrasto con la lettera della legge e soprattutto con gli scopi che questa persegue>> (Antolisei, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, a cura di Grosso, Milano, 2008, p. 44) che in nessun modo prevedono che gli atti di distrazione, occultamento, dissimulazione, dissipazione o distruzione di beni, alterazione delle scritture contabili ecc., devono essere compiuti a dissesto iniziato, richiedendosi solo che l'insolvenza sia successivamente accertata, indipendentemente dal momento in cui è sorta, con la dichiarazione di fallimento. Peraltro, non siamo in presenza di una tutela della funzione giurisdizionale in sé considerata, come espressione di sovranità, indipendentemente dal rapporto sostanziale dedotto in giudizio; la tutela delle procedure concorsuali è una tutela riflessa o, meglio, strumentale a un obiettivo primario, squisitamente sostanziale, quale il massimo soddisfacimento dei creditori. Le ragioni esposte ci inducono a rifiutare una classificazione della bancarotta fra i reati plurioffensivi (la tesi della plurioffensività viene sostenuta da Antolisei, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, cit., p. 47 e ss.; Mazzacuva – Amati, Diritto penale dell'economia, Padova, 2010, p. 264): gli interessi della pubblica economia da un lato e, d'altro lato, dell'amministrazione della giustizia rimangono sullo sfondo, in secondo piano, non sono essenziali alla caratterizzazione del reato e nulla aggiungono alla oggettività giuridica vera e propria, sulla quale si misura la lesività delle condotte tipiche.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stratore, direttore generale, sindaco, liquidatore di società dichiarate in liquidazione giudiziaria nella bancarotta impropria.

Nella normativa riformata, al fine di individuare l'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale che può commettere il reato di bancarotta, il riferimento è all'articolo 121 Codice secondo cui "*le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2 comma1 lettera d)"*, cioè esclude dalla liquidazione giudiziale sia l'impresa agricola sia l'impresa minore (articolo 2, primo comma lettera d)) che sono entrambe assoggettate alla procedura semplificata di liquidazione controllata del sovraindebitamento (articolo 268 e ss. Codice).

Sempre in relazione al soggetto attivo, l'articolo 328 Codice stabilisce che, in caso di liquidazione giudiziale delle società in nome collettivo o in accomandita semplice, i fatti di bancarotta propria possono essere commessi dai soci illimitatamente responsabili in quanto vengono dichiarati in liquidazione giudiziale in estensione della liquidazione delle predette società a base personale (articolo 256, primo comma Codice). Inoltre, l'articolo 333 Codice estende le pene previste per i reati di cui agli articoli 322 e 323 Codice all'institore dell'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale che, nella gestione affidatagli, si sia reso responsabile dei fatti di bancarotta fraudolenta e semplice che assumono così natura impropria.

Fondata sul dato meramente cronologico è la dicotomia fra bancarotta pre-fallimentare (liquidatoria) e post-fallimentare (liquidatoria), a seconda che le condotte punite siano commesse antecedentemente o successivamente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale (o l'omologo provvedimento nell'ambito della procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione), il che ovviamente si riflette sulla natura giuridica e rilevanza della sentenza dichiarativa di fallimento (liquidazione), nel primo caso elemento costitutivo della fattispecie mentre nel secondo è presupposto della condotta.

In realtà, la problematica della natura giuridica e del rilievo funzionale della sentenza dichiarativa di fallimento (ovviamente nella bancarotta pre- fallimentare) è stato oggetto di un ampio dibattito. Problematica che in tutta la sua portata si riversa anche sulla disciplina della liquidazione giudiziale.

A fronte della tesi cui si è ancorata per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità che qualifica la sentenza dichiarativa di fallimento quale elemento costitutivo della fattispecie[3] in quanto prima di tale pronuncia la violazione commessa dall'imprenditore è un fatto penalmente indifferente,

3 La giurisprudenza del Supremo Collegio si è sviluppata sulla scia di Cassazione 25 gennaio 1958, n.2 in Giust. pen., 1958, II, p.513 secondo cui <<la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni di punibilità vere e proprie perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi o omissivi anteriori alla sua pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori dal fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti>>. Nello stesso senso Cassazione 7 marzo 2004, n. 32352 in www.penalecontemporaneo.it, secondo cui la sentenza dichiarativa del fallimento <<non costituisce una condizione obiettiva di punibilità, ma una condizione di esistenza del reato un elemento costitutivo della fattispecie criminosa che, nella bancarotta pre-fallimentare, segna il momento consumativo del reato ad ogni effetto di legge>>. Per un commento a quest'ultima decisione, Balato, Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta e Bray, La Cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta, in www.penalecontemporaneo.it.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che assume carattere di illiceità solo se, e all'atto in cui, venga dichiarato il fallimento, la dottrina prevalente ritiene che la sentenza dichiarativa di fallimento deve essere ricondotta nella categoria dogmatica delle condizioni obiettive di punibilità[4], in particolare condizione estrinseca, che cioè nulla aggiunge alla lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice ma si limita a riflettere valutazioni di opportunità connesse ad un interesse esterno al profilo offensivo del reato[5].

Un cenno alla questione della sindacabilità, da parte del giudice penale, della sentenza dichiarativa di fallimento (ora liquidazione giudiziale), se cioè il giudice penale debba limitarsi a prendere atto della dichiarazione di fallimento e, quindi, essere rigorosamente vincolato ad essa oppure se egli sia legittimato ad un nuovo e diverso accertamento dei relativi presupposti (qualità di imprenditore commerciale, non piccolo imprenditore e stato d'insolvenza). La questione è stata risolta da una decisione delle Sezioni Unite che, aderendo all'indirizzo in verità più risalente, hanno affermato che "*il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex arti. 216 e seguenti della legge fallimentare non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento non solo quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza della impresa ma anche quanto ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste dall'articolo 1 LF per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'articolo 1 LF, ad opera del Dlgs 9 gennaio 2006, n. 5 e poi del Dlgs 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell'articolo 2 Cp sui procedimenti penali in corso*"[6].

Pertanto, il giudice penale non ha alcun sindacato sulla decisione del giudice del fallimento ma deve limitarsi a verificare l'esistenza dell'atto e la sua validità formale: il giudice penale il momento in cui elemento della fattispecie è una sentenza non può assolutamente compiere alcuna valutazione, neppure incidentale, sulla sua legittimità. Non sussiste, dunque, alcun indizio giuridico che faccia ritenere che al giudice penale sia attribuito il potere di accertare la qualità di imprenditore in capo al reo oppure, nell'ipotesi di bancarotta impropria, di sindacare la veste societaria assunta dalla fallita. La realtà è che l'imprenditore evocato dalla norma penale altro non è se non il soggetto dichiarato fallito e la norma penale, il momento in cui pone a suo dato strutturale l'esistenza di una dichiarazione di fallimento, non può che richiamarsi a quella condizione soggettiva che la dichiarazione di fallimento necessariamente implica, cioè la qualifica di imprenditore[7].

La conclusione è, secondo le Sezioni Unite della corte di Cassazione, che il giudice penale, investito del reato di bancarotta, non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento e non può farlo sia in relazione al presupposto oggettivo dell'insolvenza sia in relazione ai presupposti soggettivi inerenti le condizioni previste per la liquidazione giudiziale.

---

4 Così la dottrina dominante, Pedrazzi, Reati fallimentari, in Pedrazzi Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, Diritto penale dell'impresa, cit., p.107-108; Conti, Fallimento (reati in materia di), cit., p.19; Nuvolone, Fallimento (reati in materia di), cit., p. 477; Delitala, Diritto penale, Milano, 1976, p. 858; Antolisei, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, cit., p. 52 e ss.. In questo senso, la recente Cassazione 8 febbraio 2017, n. 13910 in www.penalecontemporaneo.it.

5 Indubbiamente interessante è la tesi della Suprema Corte in una decisione rimasta però isolata (Cassazione 24 settembre 2012, n. 47502 in www.penalecontemporaneo.it) che, partendo dalla considerazione che il fallimento è la conseguenza di un'azione dell'imprenditore da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, afferma che la dichiarazione di fallimento – meglio il suo presupposto di fatto, cioè lo stato d'insolvenza – deve essere dal soggetto agente preveduto e voluto, perlomeno a titolo di dolo eventuale e, quindi, la qualifica come vero e proprio evento del reato da cui dipende la esistenza del reato.

6 Cassazione Sez.Un., 28 febbraio 2008, n. 16601 in DeJure.

7 Soana, I reati fallimentari, Milano, 2012, p. 66.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

13.2 Bancarotta fraudolenta dell'imprenditore individuale (propria)

La bancarotta propria riguarda i reati commessi dall'imprenditore individuale e dai soci illimitatamente responsabili delle società in nome collettivo e in accomandita semplice e indubbiamente costituisce un'ipotesi residuale dato che ormai ordinariamente l'esercizio di un'impresa economica avviene per il tramite di una struttura societaria.

L'articolo 322 Codice, che sanziona i reati di bancarotta con la reclusione da tre a dieci anni, costituisce, nello stesso tempo, tanto una disposizione a più norme, quanto una norma a più fattispecie. Infatti, all'interno dello stesso articolo si riscontrano una pluralità di incriminazioni autonome (norme), descritte nei vari commi, riconducibili alle tre diverse sottocategorie della bancarotta fraudolenta patrimoniale, bancarotta fraudolenta documentale e bancarotta fraudolenta preferenziale[8]. Tuttavia, le sottocategorie (norme) possono essere perfezionate in virtù di una pluralità di condotte (fattispecie), racchiuse in via cumulativa o disgiuntiva, in ogni singolo comma dell'articolo 322 Codice.

Così potrà aversi, ad esempio, una bancarotta fraudolenta patrimoniale in cui la condotta consista in una distrazione o una distruzione o una dissipazione[9].

La condotta fraudolenta può assumere la configurazione della bancarotta patrimoniale di cui alla lettera a) del primo comma dell'articolo 322 oppure quella della bancarotta documentale di cui alla lettera b) del primo comma, in relazione a quello che è l'oggetto materiale della condotta tipica. Invece, la cosiddetta bancarotta preferenziale (terzo comma dell'articolo 322 Codice) si pone al di fuori dello schema dicotomico in quanto il bene giuridico tutelato è la *par condicio creditorum* e non la diminuzione della garanzia patrimoniale dovuta ai creditori.

La bancarotta fraudolenta patrimoniale può essere realizzata, da parte dell'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale, attraverso due categorie di condotte: quelle che incidono sulle componenti attive del patrimonio (distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione) di cui alla prima parte della lettera a) del primo comma e quelle che determinano un'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti che danno luogo al gonfiamento del passivodi cui alla seconda parte della lettera a) del primo comma (esposizione o riconoscimento di passività inesistenti). Questo perché il soddisfacimento delle ragioni dei creditori può essere pregiudicato sia attraverso una diminuzione dell'attivo realizzabile sia facendo figurare passività inesistenti.

Il denominatore comune delle diverse condotte è quello di essere tutte finalizzate a mettere in pericolo la garanzia patrimoniale generica posta a tutela di tutti i creditori indistintamente. In questo senso, il legislatore tenta di cercare di cogliere tutte le diverse sfaccettature di un fenomeno in sé omogeneo, da cui discende che non pare possibile una lettura frammentata delle diverse condotte che rischierebbe di snaturare il significato specifico di voci verbali che si trovano in ben diversi contesti normativi[10].

È evidente che la condotta dell'imprenditore assume rilevanza penale solo il momento in cui

8 In questo senso si parla di disposizione a più norme e la violazione da parte del medesimo autore di una o più di queste norme integra un'ipotesi di concorso materiale di reati disciplinato, in deroga all'articolo 81 Cp, dall'articolo 326 Codice.

9 In questo senso si parla di norma a più fattispecie, nel senso che la norma descrive una pluralità di modalità alternative di commissione di un unico reato, caratterizzate da un contenuto sostanzialmente comune.

10 Musco-Ardito, Diritto penale fallimentare, cit., p. 96.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

abbia determinato la concreta probabilità che i creditori non potessero essere soddisfatti, cosa che potrebbe risultare particolarmente difficile laddove la condotta sia lontana nel tempo rispetto alla dichiarazione di messa in liquidazione giudiziale e si siano frapposti tanti eventi intermedi che abbiano in qualche modo reso anodino l'effetto della condotta tipica. Analogamente, si avrà la non punibilità dell'agente quando ad uno specifico atto di depauperamento della garanzia patrimoniale generica sia seguito la riparazione del danno attraverso una condotta reintegratoria posta in essere dal protagonista della precedente spoliazione (cosiddetta "bancarotta riparata").

La lettera *b)* del primo comma dell'articolo 322 Codice sanziona la bancarotta fraudolenta documentale laddove punisce, sempre con la reclusione da tre a dieci anni, l'imprenditore, dichiarato in liquidazione giudiziale, che *"ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari".* Si tratta di una fattispecie che integra appieno la figura della bancarotta in quanto una fedele contabilità è comunque essenziale per la tutela dei creditori nello stesso modo di quanto lo sia la conservazione di un'adeguata garanzia patrimoniale.

Il terzo comma dell'articolo 322 Codice puniscel'imprenditore dichiarato il liquidazione giudiziale che *"prima o durante la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione"* (bancarotta fraudolenta preferenziale).

La norma assume una sua collocazione autonoma rispetto alle due precedenti fattispecie in quanto oggetto della tutela è il principio della *par condicio creditorum,* cioè i criteri stabiliti dalla legge per il soddisfacimento delle ragioni di credito sui beni del debitore dichiarato in liquidazione, rispetto ai quali vengono in considerazione le cause legittime di prelazione: nella bancarotta fraudolenta patrimoniale viene in considerazione il principio di *"universalità"* per il quale i creditori hanno il diritto a soddisfarsi su tutti i beni del fallito, nella bancarotta fraudolenta preferenziale viene in rilievo il diverso principio della *"concorsualità",* cioè il diritto dei creditori a soddisfarsi su tali beni proporzionalmente secondo un criterio di parità di trattamento, salvo la gradazione che la stessa norma dispone, distinguendo tra creditori chirografari e privilegiati.

La specificità del bene giuridico tutelato e la circostanza che il fatto non è genericamente diretto a frodare tutti i creditori, si riflettono sul trattamento sanzionatorio più mite (la reclusione da uno a cinque anni) rispetto a quello previsto per la bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale.

13.3 Bancarotta semplice dell'imprenditore individuale (propria)

Analogamente alla bancarotta fraudolenta, anche quella semplice è descritta dall'articolo 323 Codice attraverso la tecnica della redazione casistica e non per formule generali. Si tratta di fattispecie delittuose che presentano caratteri notevolmente differenti fra loro e che sono residuali rispetto alla bancarotta fraudolenta, come ben esprime la clausola di sussidiarietà "*fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente"* di cui al primo comma dell'articolo 323 Codice[11].

11 La norma non contempla la bancarotta semplice post-fallimentare poiché la maggior parte delle condotte sanzionate sono incompatibili con l'inizio della procedura concorsuale in quanto consistono in fatti che per la loro natura possono verificarsi solo anteriormente alla dichiarazione di messa in liquidazione giudiziale (Musco-Ardito, Diritto penale fallimentare, cit., p. 182).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

I contenuti e il perimetro delle diverse ipotesi di bancarotta semplice devono essere ricostruiti "*in contrappunto*" a quelli della bancarotta fraudolenta[12], sulla base di un decrescente disvalore la cui qualificazione in senso fraudolento o semplice è rimessa al giudice che dovrà in concreto verificare la sussistenza in capo all'imputato di una volontà deliberatamente offensiva (bancarotta fraudolenta) oppure di una negligente e imprudente condotta gestoria (bancarotta semplice). Sul piano sanzionatorio, la pena è più mite rispetto alla bancarotta fraudolenta in quanto le condotte di cui all'articolo 323 Codice sono punite con la reclusione da sei mesi a due anni.

La fattispecie della bancarotta semplice patrimoniale è integrata allorché l'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale che *"a) ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale; d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa; e) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale".*

L'aver lasciata sostanzialmente immutata la disciplina della bancarotta semplice, comporta che permangono le incertezze e contraddizioni dell'articolo 217 L.Fall.: se le fattispecie di cui alle prime quattro lettere dell'articolo 323 Codice sono caratterizzate dalla omogeneità dell'interesse protetto, cioè la tutela della garanzia creditoria nonché della possibilità di interpretarle in chiave di pericolo concreto, la fattispecie di cui alla lettera *e)* (corrispondente al n.5 dell'articolo 217 L.Fall.) è completamente eterogenea rispetto alle precedenti data la evidente estraneità alla finalità della tutela della garanzia patrimoniale generica.

L'assimilazione alla bancarotta è solo un relitto storico, peraltro gravemente indiziato di incostituzionalità, riconducibile all'origine della bancarotta quale reato fondato sulla presunzione di colpa - se non di frode - dell'imprenditore.

La bancarotta semplice documentale è, invece, integrata nell'ipotesi che l'imprenditore *"in liquidazione giudiziale che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di liquidazione giudiziale ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta".*

L'interesse tutelato dalla norma è quello dei creditori alla esatta conoscenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale, destinato a soddisfare le loro ragioni: l'ostensibilità del patrimonio del debitore quale strumento per garantire il miglior soddisfacimento dei creditori.

13.4 Bancarotta delle persone diverse dall'imprenditore individuale in liquidazione giudiziale (impropria)

La bancarotta impropria riguarda i fatti di cui agli articoli 322 e 323 Codice, commessi dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci e dai liquidatori di società in liquidazione giudiziale (e institori dell'imprenditore in liquidazione). Pertanto, la differenza fra bancarotta propria (articolo 322 e 323 Codice) e impropria (articoli 329 e 330 Codice) si fonda su tre circostanze: la bancarotta propria ha per oggetto i bei propri dell'imprenditore in liquidazione giudiziale,

12 Gargani, Disposizioni penali in Cecchella, Il diritto della crisi e dell'impresa, Milano, 2020, p. 603.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mentre nella impropria la condotta penalmente rilevante ha per oggetto i beni della società; nella bancarotta impropria non si fa riferimento alla liquidazione dell'imprenditore individuale bensì a quella della società; muta il soggetto attivo che nella bancarotta impropria non è l'imprenditore, essendo invece autori tipici gli amministratori, i direttori generali, i sindaci o i liquidatori.

L'estensione della tutela predisposta dagli articoli 322 e 323 Codice agli interessi dei creditori della società in liquidazione giudiziale, avviene attraverso la tecnica del rinvio: l'articolo 329 Codice, in relazione alla bancarotta fraudolenta, prevede che "*si applicano le pene stabilite dall'articolo 322 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale, i quali hanno commesso uno dei fatti preveduti nel suddetto articolo*"; simmetricamente, sul fronte della bancarotta semplice, in forza dell'articolo 330 Codice "*si applicano le pene stabilite dall'articolo 323 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale, i quali: a) hanno commesso uno dei fatti preveduti nel suddetto articolo*".

Ma le ipotesi di bancarotta propria impropria non sono circoscritte a quelle dell'imprenditore individuale perché il legislatore disciplina alcune ipotesi che sono riferibili esclusivamente ai soggetti qualificati di società in liquidazione giudiziale. Così l'articolo 329 secondo comma Codice, prevede che la pena di cui all'articolo 322 primo comma Codice, cioè la reclusione da tre a dieci anni, si applica ai soggetti qualificati (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori) "*se: a) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del codice civile; b) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società.*".

Mentre nell'ipotesi della lettera a) assume rilevanza, attraverso la tecnica del rinvio non recettizio, la commissione di determinati reati societari nel momento in cui abbiano cagionato o contribuito a cagionare il dissesto della società, la fattispecie di cui alla letterab) ha natura residuale ed è incentrata sulla volontaria causazione del dissesto oppure sulla produzione del dissesto quale effetto non voluto di operazioni dolose (secondo un modello di imputazione della responsabilità molto vicino alla preterintenzione).

Invece, in materia di bancarotta semplice impropria, l'articolo 330 primo comma Codice prevede che le pene stabilite nell'articolo 323 Codice si applicano *"agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale, i quali: ... b) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge"*. Si tratta di una norma di chiusura indubbiamente molto ampia che sanziona quelle condotte colpose che hanno causato il dissesto della società e che non sono punite da altra norma.

È evidente la mutazione della fattispecie da reato di pericolo presunto a reato di danno, per cui i soggetti attivi di cui agli articoli 329 Codice che abbiano commesso uno dei reati di cui alla lettera a), secondo comma del citato articolo, rispondono qualora *"hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società"*. Ciò comporta la necessità di un nesso causalità, sia materiale che psichico, fra il fatto descritto nella norma penal societaria e il successivo dissesto della persona giuridica che assume così il valore di evento naturalistico del reato stesso.

Fonte di criticità è la circostanza che il legislatore nell'articolo 329, secondo comma lettera *b)* Codice abbia come riferimento, in sostituzione della parola "*fallimento*" di cui al n. 2) del secondo comma dell'articolo 223 legge Fallimentare, il *"dissesto"* della società, cioè un evento privo di definizione nel codice della crisi d'impresa.

Infatti, le lettere *a)* e *b)* dell'articolo 2 primo comma Codice contengono la definizione di crisi e quella di insolvenza ("*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

obbligazioni"), ma in alcun modo il legislatore ha pensato di inserire la nozione di *"dissesto"* nonostante il furore definitorio[13].

Non sembra si possano considerare sinonimi i due termini "*dissesto"* e *"insolvenza"* perché il "*dissesto"* lo ritroviamo anche nel reato di ricorso abusivo al credito, di cui all'articolo 325 Codice, quale oggetto della dissimulazione, distinto dallo stato di *"insolvenza"*, il che fa intendere che non può trattarsi di sinonimi. Infatti, l'insolvenza, così come definita nella lettera *b)* del primo comma dell'articolo 2 del Codice della crisi, consiste nella condizione dell'imprenditore il cui attivo liquido è inidoneo a fronteggiare alle obbligazioni a breve termine. Se così è - e non sembra possa essere diversamente - allora si tratta di delineare la distinzione in termini concettuali.

L'*"insolvenza"* altro non è, alla luce della previsione normativa, che la condizione dell'imprenditore il cui attivo liquido è inidoneo a far fronte alle obbligazioni a breve e a medio termine.

Il concetto di *"insolvenza"* è, quindi, legato all'aspetto finanziario dell'impresa che non necessariamente incide su quello patrimoniale: l'impresa è insolvente anche se ha un patrimonio attivo che, non essendo prontamente liquido, impedisce l'adempimento delle obbligazioni correnti e di quelle immediatamente future[14].

Il *"dissesto"*, invece, è un concetto strettamente connesso al profilo patrimoniale dell'impresa, nel senso che l'impresa non può onorare le proprie obbligazioni perché l'attivo patrimoniale non è sufficiente a coprire il passivo e l'impresa non gode più di credito. Pertanto, potrebbe verificarsi che l'impresa si trovi in stato d' *"insolvenza"*, cioè in una situazione di illiquidità pur in presenza di prevalenza dell'attivo sul passivo, e in questo caso la liquidazione giudiziale (con un'operazione dolosa) non equivarrebbe a cagionare il dissesto.

In sintesi, il *"dissesto"* richiede un *quid pluris* rispetto all'insolvenza perché il primo condivide con la seconda l'incapacità a far fronte alle obbligazioni, ma solo il dissesto è caratterizzato dal *deficit* patrimoniale, nel senso che l'attivo è inferiore al passivo.

Ne consegue che il perimetro di operatività del secondo comma dell'articolo 329 Codice è differente da quello di cui al secondo comma dell'articolo 323 della legge Fallimentare

in quanto nell'articolo 329 Codice della crisi l'evento del reato si pone oltre l'"*insolvenza*" e giunge ad abbracciare il "*dissesto"* con la conseguenza che non assumono più rilevanza penale quelle operazioni dolose il cui risultato è l'annichilimento delle risorse liquide o comunque immediatamente liquidabili dell'impresa, senza che vengano ad essere incisi i rapporti di equilibrio complessivo fra attivo e passivo[15].

In riferimento alla bancarotta semplice impropria, la lettera b) del secondo comma dell'articolo 330 Codice L.Fall., prevede che le pene stabilite dall'articolo 323 si applicano agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale che "*hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad*

13 Brichetti, Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge Fallimentare, in www.penaleconteporaneo, 7-8/2019, p. 80.

14 Chiaraviglio, Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi, cit., 449; Bricchetti, Reati fallimentari e nuova disciplina della crisi d'impresa, in Pacchi-Guerrini-De Flammineis (a cura di), Disposizioni penale nel codice della crisi d'impresa, Torino, 2021, p. 7.

15 Sul punto Chiaraviglio, Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi, cit., p. 449; osserva che «si tratterà, probabilmente, di ipotesi residuali, ma, non per questo, la scelta legislativa deve considerarsi priva di portata sistematica; al contrario l'opzione politico criminale perseguita scientemente dal legislatore delegato dimostra la volontà di spostare il fuoco dell'evento delle operazioni dolose verso lo squilibrio patrimoniale».

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

essi imposti dalla legge". Una formulazione ampia che comprende tutte le disposizioni normativa che hanno ad oggetto doveri che sono finalizzati alla tutela e alla protezione del patrimonio della società, gravanti sui predetti soggetti qualificati.

13.5 Esenzione dai fatti di bancarotta

L'articolo 324 Codice regola le cosiddette *"esenzioni dai reati di bancarotta",* in sostanziale continuità con l'articolo 217 *bis* L.Fall. La norma prevede una serie di pagamenti e operazioni, effettuati in esecuzione di uno degli strumenti concordati della crisi d'impresa, che sono esenti dall'applicazione delle figure criminose concorsuali, in particolare la bancarotta preferenziale e la bancarotta semplice.

La funzione dell'esenzione, la cui natura giuridica va collocata sul piano della tipicità quale elemento negativo del fatto, è quella di creare un raccordo tra le fattispecie incriminatrici e le innovazioni introdotte nel campo delle procedure concorsuali (soprattutto le soluzioni negoziali).

I pagamenti[16] e le operazioni[17] ai quali non si applicano le fattispecie della bancarotta preferenziale e semplice sono quelli relativi al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati nonché agli accordi del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80 Codice, nonché ai pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99 (finanziamenti prededucibili autorizzati prima della omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti), 100 (pagamenti di crediti pregressi) e 101 (finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti).

Nell'ipotesi di esito infausto della procedura concorsuale e di sopravvenienza della liquidazione giudiziale, si pone il problema del ruolo del giudice che si trova a valutare l'incidenza dei piani di ristrutturazione e risanamento sulla liceità delle operazioni compiute dall'imprenditore in crisi e, che di per sé considerate, potrebbero avere una connotazione illecita.

L'interrogativo è se il giudice possa estendere il suo giudizio alla valutazione dell'idoneità e effettività esecuzione dei piani richiamati dall'articolo 324 Codice, nonché dell'effettiva sussistenza dello stato di insolvenza oppure se debba ad un vaglio meramente formale che si accontenti della presenza di un'omologa già avvenuta in sede civile.

La risposta non può essere univoca in quanto dovrà farsi riferimento alla singola procedura nel senso che il sindacato penalistico deve essere inversamente proporzionale agli accertamenti svolti dal giudice civile[18]: il ruolo del giudice penale sarà più invasivo negli accordi in esecuzione di un piano attestato (articolo 56 Codice) nei quali il giudice è assente trattandosi di accordi di natura esclusivamente privatistica e decisamente contratto nel caso degli accordi di ristrutturazione che abbisognano dell'omologazione del tribunale (articolo 57 Codice).

La costante di tutti gli istituti concorsuali considerati dall'articolo 324 Codice è la funzione

16 Il concetto di pagamento deve intendersi riferito ad ogni modalità di estinzione del debito tributario.

17 Il concetto di operazione è più ampio di quello di pagamento in quanto ricomprende ogni atto o fatto funzionale alla realizzazione di uno dei piani per la soluzione della crisi d'impresa.

18 Consulich, Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio, in http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/09/Consulich-Approfondimenti-definitivo-22-maggio-.pdf, 37-38.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'attestatore del piano nella dinamica dell'esimente, posto che il professionista deve certificare ai creditori e al giudice civile (se presente) la veridicità dei dati contenuti nel progetto di ristrutturazione e la idoneità del *business plan* proposto dall'imprenditore per uscire dalla crisi. Pertanto, ove il consenso prestato dai creditori e il nulla osta dell'autorità giudiziaria siano viziati da un'artificiosa predisposizione dell'attestazione, allora è ovvio che la condotta dell'imprenditore acquisirà piena conformità alla fattispecie di bancarotta per aggravamento del dissesto o preferenziale.

13.6 Circostanze

L'articolo 326 Codice disciplina tre circostanze aggravanti e una attenuante applicabili a tutte le fattispecie di bancarotta fraudolenta e semplice nonché all'ipotesi del ricorso abusivo al credito. Il primo comma dell'articolo 326 prevede che le sanzioni comminate agli articoli 322, 323 e 325 Codice sono aumentate sino alla metà se i fatti incriminati "*hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante entità";* il secondo comma contempla invece, l'aumento sino ad un terzo[19] delle pena previste nelle tre disposizioni citate quando "*il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati"* ovvero "*il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale".*

Ai sensi del terzo comma dell'articolo 326 Codice, le pene comminate agli articoli 322, 323 e 325 Codice sono ridotte fino al terzo nel caso in cui i fatti ivi indicati abbiano "*cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità".*

13.7 Pene accessorie

La condanna per i reati di bancarotta fraudolenta e semplice comporta, oltre all'irrogazione della pena principale, anche della pena accessoria dell'"*inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni"* (articolo 322, quarto comma e articolo 323 terzo comma Codice), fatte salve le altre pene accessorie previste dal Capo III, Titolo II, Libro primo del Codice penale.

Il legislatore della Riforma ha tenuto conto delle indicazioni della Corte costituzionale[20] che ponendo fine al conflitto giurisprudenziale circa la corretta interpretazione dell'articolo 216 L.Fall. che prevedeva l'applicazione della pena accessoria dell'inabilitazione *"per la durata di dieci anni"*[21], ha dichiarato illegittimo l'articolo 216, quarto comma, L.Fall. *"nella parte in cui dispone:*

19 La norma non determina l'aumento di pena per cui, in forza dell'articolo 64 Cp, questo è sino a un terzo.

20 Il riferimento è a Corte costituzionale 5 dicembre 2018, n. 222 in www.cortecostituzionale.it.

21 La giurisprudenza del Supremo Collegio oscillava tra due diversi orientamenti: per un verso, si sosteneva che la durata fissata dal legislatore fosse inderogabile e, quindi, le pene accessorie dovevano essere applicate rigidamente per dieci anni, a prescindere dalla durata della pena principale, con conseguente non applicabilità dell'articolo 37 Cp che stabilisce, nell'ipotesi in cui non sia prevista la durata della pena accessoria principale, che questa è uguale alla pena principale inflitta (Cassazione 10 novembre 2010, n.269 in De Jure; Cassazione 18 febbraio 2010, n. 17690 in De Jure; Cassazione 20 settembre 2007, n. 39337 in De Jure); per altro verso, si affermava che il terzo comma dell'articolo 216 LF non indica un termine in misura fissa e inderogabile (dieci anni), bensì la misura massima, lasciando al giudice di commisurarne la durata in concreto indipendentemen-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

«la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni".

A garanzia della effettività delle pene accessorie, l'articolo 340 Codice punisce con la reclusione fino a due anni e con la multa non inferiore a € 103,00 *"chiunque esercita un'impresa commerciale, sebbene si trovi in stato di inabilitazione ad esercitarla per effetto di condanna penale".*

te da ogni automatismo, in misura proporzionale, e non necessariamente identica a quella della pena principale, in applicazione dei criteri di giudizio di cui all'articolo 133 Cp (Cassazione 31 marzo 2010, n. 23720 in De Jure).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

I reati diversi (e sussidiari) dalle fattispecie di bancarotta

Francesco Ardito

SOMMARIO: 14.1 Reati dell'imprenditore – 14.2 Reati del curatore e dei suoi ausiliari – 14.3 Reati dei creditori e dei terzi – 14.4 Liquidazione giudiziale e sequestri penali – 14.5 Disposizioni processuali – 14.6 Disciplina transitoria

14.1 Reati dell'imprenditore

Gli articoli 325 e 327 Codice disciplinano due delitti che trovano applicazione, nei confronti dell'imprenditore commerciale, laddove le condotte poste in essere non integrino gli estremi delle fattispecie di bancarotta, rispetto alle quali si pongono come sussidiari.

Il primo reato è quello di *Ricorso abusivo al credito* di cui all'articolo 325 che, al primo comma, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni *«gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli 322 e 323, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza»*[1].

Per la realizzazione del reato è necessario il ricorso al credito e la dissimulazione del dissesto o dell'insolvenza che qualifica come abusiva una condotta in sé lecita. Il reato è perfezionato anche da un solo episodio di indebitamento, per cui ha natura di reato eventualmente abituale giacché la commissione di una pluralità di condotte dà luogo ad un unico reato, anche se la commissione di più fatti di ricorso al credito costituisce circostanza aggravante ai sensi dell'articolo 326 Codice.

In verità, legislatore ha lasciato irrisolta la questione, che aveva riguardato l'analogo articolo 218 L.Fall., della rilevanza o meno della dichiarazione di fallimento ai fini della sussistenza del reato e, quindi, della natura *fallimentare* (tesi preferibile e fatta propria dalla giurisprudenza più recente) o *commerciale* del reato di ricorso abusivo al credito[2].

Il primo capoverso dell'articolo 325 contempla l'incremento della pena di un terzo (circo-

1 Per effetto dell'articolo 328 Codice, la disposizione di applica anche ai soci illimitatamente responsabili nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice. Inoltre, ai sensi dell'articolo 331 Codice, le pene stabilite dall'articolo 325 Codice si applicano agli amministratori e ai direttori generali di società sottoposte a liquidazione giudiziale che abbiano commesso il fatto in esso previsto.

2 Per approfondimento sulla problematica, Musco-Ardito, Diritto penale fallimentare, cit., p. 267-269.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stanza aggravante) laddove la condotta venga posta in essere in riferimento a società quotate in mercati regolamentati. In senso critico, va osservato che appare proprio difficile ricondurre il più grave rigore ad una maggiore necessità di tutela dei creditori delle società quotate rispetto alle altre o agli imprenditori individuali, né appare riscontrarsi, all'interno della norma, una più intensa protezione del risparmio nel mercato finanziario[3].

In tema di pene accessorie, il terzo comma dell'articolo 325 Codice prevede, fermo restando le disposizioni contenute negli articoli 28 e seguenti del codice penale, l'applicazione della pena dell'inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale e dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa nel limite massimo di tre anni.

L'articolo 327, Codice sanziona con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi *«l'imprenditore in liquidazione giudiziale, il quale, fuori dei casi preveduti all'articolo 322, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli articoli 49, comma 3, lettera c) e 149».*

La norma ha carattere sussidiario in considerazione della clausola di riserva *«fuori dai casi preveduti dall'articolo 322»* e, quindi, la sua operatività è esclusa nell'ipotesi che i fatti compiuti presentino le caratteristiche dell'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, punite ai sensi della lettera *a),* primo comma dell'articolo 322 Codice.

L'articolo 327 disciplina plurime fattispecie di reato fra loro eterogenee, che possono essere commesse dall'imprenditore solo dopo la sentenza di liquidazione giudiziale: la denunzia di creditori inesistenti nell'elenco nominativo dei suoi creditori; l'omessa dichiarazione dell'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario; la mancata osservanza dell'obbligo di deposito dei bilanci e delle scritture contabili obbligatorie nei tre giorni dalla sentenza di liquidazione giudiziale; la mancata comunicazione al curatore di ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio[4].

Il secondo comma dell'articolo 327 Codice estende la punibilità anche all'ipotesi colposa che, però, viene sanzionata in maniera meno grave con la reclusione sino a un anno.

14.2 Reati del curatore e dei suoi ausiliari

Il Codice prevede tre reati propri del curatore e dei suoi ausiliari, cioè coloro che «*coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale»* (articolo 337 Codice) secondo le previsioni dell'articolo 129, secondo comma Codice, la cui finalità è quella di tutelare, in via principale, l'attività degli organi del fallimento e, in particolare, la funzione assegnata al curatore[5]. Infatti, avendo nella propria disponibilità i beni del debitore, il curatore è posto nelle condizioni di strumentalizzare a proprio favore e nel proprio interesse i poteri attribuitigli, in

3 Musco-Ardito, Diritto penale fallimentare, cit., p. 273.

4 Analogamente all'articolo 325 Codice, la disposizione dell'articolo 327 Codice, per effetto dell'articolo 328 Codice, si applica anche ai soci illimitatamente responsabili nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice. Inoltre, ai sensi dell'articolo 331 Codice, le pene stabilite dall'articolo 327 Codice si applicano agli amministratori e ai direttori generali di società sottoposte a liquidazione giudiziale che abbiano commesso il fatto in esso previsto.

5 Le fattispecie del Codice riproducono le corrispondenti della legge Fallimentare.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

danno dell'interesse della procedura di liquidazione giudiziale, costituito dal recupero della massa attiva[6].

L'articolo 334 Codice irroga la sanzione della reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206,00 al *«curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale direttamente o per interposta persona o con atti simulati»,* sempre che il fatto non sia sussumibile in determinate fattispecie di reati contro la Pubblica amministrazione (in particolare, quelli di cui agli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 Cp)[7].

Va evidenziato che, dopo l'abrogazione dell'articolo 324 Cp (interesse privato in atti d'ufficio) ad opera dell'articolo 20 della legge 26 aprile 1990, n. 86, la fattispecie di cui l'articolo 334 Codice è rimasta l'unica disposizione a sancire la punibilità di un pubblico ufficiale direttamente per interessi privati in atti d'ufficio.

L'articolo 335 Codice sanziona, invece, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da euro 103,00 a euro 516,00 il *«curatore della liquidazione giudiziale che riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato».*

La norma rafforza, sul piano della sanzione penale, il precetto contenuto nel quarto comma dell'articolo 137 Codice, secondo cui *«nessun compenso, oltre quello liquidato dal tribunale, può essere preteso dal curatore, nemmeno per rimborso spese».* Pertanto, la *ratio* della norma è quella di evitare che il curatore possa perdere la propria autonomia e imparzialità, accettando compensi ulteriori a quelli previsti *ex lege.*

Infine, l'articolo 336 Codice sottopone alla pena della reclusione fino a due anni e la multa fino a euro 1.032,00 *«il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio».*

La previsione delittuosa è finalizzata a tutelare il regolare andamento della procedura concorsuale, ponendosi quale forma di presidio avanzato rispetto a fatti di peculato. Sono, infatti, sanzionati modelli di condotta che, pur non giungendo di per sé a realizzare la sostanza di una vera e propria *interversio possessionis* del bene detenuto in ragione del proprio ufficio, ne costituiscono una premessa consistente nella mera inosservanza all'ordine rivolto al curatore dal giudice delegato, di consegnare o depositare i beni del fallito detenuti in ragione del proprio ufficio.

14.3 Reati dei creditori e dei terzi

Nel Capo II sono disciplinate ulteriori fattispecie di reato il cui denominatore comune è dato dalla circostanza di poter essere commessi da soggetti diversi rispetto a quelli sinora considera-

6 Gargani, Disposizioni penali in Cecchella, Il diritto della crisi e dell'impresa, cit. p. 608.

7 È stato correttamente rilevato che non si comprende per quale motivo il legislatore non sia intervenuto per aggiornare e correggere i richiami agli articoli contenuti nella clausola di riserva, che è esattamente identica a quella dell'articolo 228 legge Fallimentare In particolare il richiamo all'articolo 315 Cp (malversazione a danno dei privati) che è stato abrogato dall'articolo 20 legge 26 aprile 1990, n. 590 (Brichetti, Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge Fallimentare, cit., p. 81).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ti[8]. Innanzitutto, l'articolo 333 Codice estende all'institore[9] dell'imprenditore dichiarato in liquidazione giudiziale che, nella gestione affidatagli si sia reso responsabile dei fatti di bancarotta fraudolenta e semplice, ricorso abusivo al credito e denuncia di creditori inesistenti, le pene stabilite negli articoli 322, 323, 325 e 327 Codice.

Poi, gli articoli 338 e 339 Codice disciplinano due reati comuni in quanto possono essere commessi da *chiunque*. Il primo, rubricato *Domande di ammissione di crediti simulati o distrazione senza concorso con l'imprenditore in liquidazione giudiziale,* contempla tre distinte fattispecie di reato, di cui due post-liquidazione (la domanda di ammissione di crediti simulati e la ricettazione post- liquidazione) e una pre- liquidazione (la ricettazione pre- liquidazione).

Il primo comma dell'articolo 338 Codice sanziona con la reclusione da uno a cinque anni e la multa dal euro 51,00 a euro 516,00 *«chiunque, fuori dai casi di concorso in bancarotta, anche per interposta persona presenta domanda di ammissione al passivo della liquidazione giudiziale per un credito fraudolentemente simulato».* Non si tratta, quindi, di un'ipotesi di depauperamento dell'attivo patrimoniale, bensì di gonfiamento fittizio del passivo, con il rischio che un falso creditore partecipi alla ripartizione del passivo con danno dei creditori reali. È, quindi, un reato di pericolo che presuppone sia stata già emessa la sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale.

Oggetto della domanda deve essere un *«credito fraudolentemente simulato».* Indubbiamente rientra nella fattispecie non solo l'ipotesi della simulazione assoluta, cioè a dire la falsa rappresentazione dell'esistenza di un credito in realtà mai esistito, ma anche la simulazione parziale o relativa che si ha laddove il credito è esistente ma gonfiato nel suo ammontare. Analogamente rileva nell'ambito della nozione di credito simulato, anche l'ipotesi del credito esistente in capo ad un soggetto diverso da colui che ne rivendica la titolarità. Mentre esula dalla previsione la simulazione che incide su elementi accessori, come la genesi o il titolo del credito (ancorché rilevanti ai fini privatistici) e la simulazione di un titolo di prelazione.

La seconda ipotesi di illecito, disciplinata dalla lettera *a)* del secondo comma dell'articolo 338 Codice, è quella della ricettazione successiva alla dichiarazione di liquidazione giudiziale. La norma sanziona con la reclusione da uno a cinque anni chiunque *«dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, fuori dai casi di concorso in bancarotta e di favoreggiamento, sottrae, distrae, ricetta ovvero in pubbliche e private dichiarazioni dissimula beni del debitore assoggettato a liquidazione giudiziale».* L'oggetto della tutela è sempre l'integrità dell'asse patrimoniale che, a causa dell'illecita attività, subisce un depauperamento con pregiudizio per il soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

La sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale costituisce presupposto del reato che, quindi, si consuma con il verificarsi degli effetti tipici delle condotte, riassumibili nella diminuzione, anche solo temporanea e rimediabile, dell'attivo patrimoniale.

La terza e ultima fattispecie è prevista dalla lettera b) del terzo comma dell'articolo 338 Codice che disciplina l'ipotesi della ricettazione antecedente alla dichiarazione di liquidazione giudi-

8 Non è stata riprodotta nella disciplina del Codice la fattispecie di cui all'articolo 235 legge Fallimentare che puniva l'omessa trasmissione dell'elenco dei protesti bancari in quanto la legge 8 agosto 2000, n. 235 in tema di informatizzazione degli elenchi dei protesti cambiari ha rimosso l'obbligo di cui all'articolo 13 legge Fallimentare di trasmissione degli elenchi al presidente del tribunale. Si riteneva che l'illecito fosse stato implicitamente abrogato già con l'eliminazione dell'obbligo di trasmissione.

9 L'institore è cioè colui che, ai sensi dell'articolo 2203 Cc, viene preposto dall'imprenditore all'esercizio di un'impresa commerciale ovvero all'esercizio di una sede secondaria o di un ramo particolare dell'impresa,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ziale. La norma sanziona sempre con la reclusione da uno a cinque anni chiunque *«essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se l'apertura della liquidazione giudiziale si verifica».*

È evidente la finalità di voler rafforzare la tutela dei creditori sanzionando chi, approfittando dello stato di dissesto dell'imprenditore, realizza illeciti lucri in danno dei creditori e, inoltre, si sono voluti assicurare alla massa attiva l'apprensione di beni soggetti all'esecuzione della liquidazione giudiziale.

Infine, tra i reati del terzo estraneo alla procedura di liquidazione giudiziale va annoverato il *mercato del voto* sanzionato dall'articolo 339 Codice che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103,00 *«il creditore che stipula con l'imprenditore in liquidazione giudiziale o con altri nell'interesse del predetto vantaggi a proprio favore per dare il suo voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori»*[10].

L'interesse protetto è di natura processuale, cioè il corretto e regolare svolgimento della procedura concorsuale in quanto la norma è finalizzata a sanzionare quei comportamenti idonei a turbare o falsare le operazioni di voto dei creditori. Proprio in considerazione della natura dell'interesse protetto, appare sistematicamente coerente applicare la fattispecie sia alla liquidazione giudiziale dell'imprenditore individuale che a quella della società commerciale[11].

14.4 Liquidazione giudiziale e sequestri penali

Il Titolo VIII disciplina i rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari reali.

In particolare, l'articolo 317 Codice prede, in linea generale, la prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari di cui al Libro I, Titolo IV del Dlgs 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia) sui beni di cui all'articolo 142 Codice.

Invece, i provvedimenti cautelari assunti al di fuori delle misure di prevenzione, cioè assunti nell'ambito di un procedimento penale (sequestri preventivi e conservativi) seguono, in linea di principio la regola opposta, cioè la prevalenza delle procedure di liquidazione rispetto al procedimento penale. In questa prospettiva l'articolo 320 Codice attribuisce al curatore il potere di richiedere il riesame dei decreti e delle ordinanze di sequestro secondo le modalità e i termini previsti dal Codice di rito e negli stessi termini è legittimato a proporre ricorso per Cassazione.

In funzione delle previsioni dell'articolo 317 Codice, il legislatore con l'articolo 373 ha introdotto alcune modifiche all'articolo 104 *bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Codice di procedura penale, avente ad oggetto l'attuazione dei sequestri delle cose di cui è consentita la confisca di prevenzione.

10 Ai sensi del terzo comma, la stessa pena è estesa all'imprenditore in liquidazione giudiziale e a chi ha contratto col creditore nell'interesse dell'imprenditore in liquidazione giudiziale.

11 Antolisei, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, cit., p. 311. In senso contrario Mangano, Disciplina penale del fallimento, Milano, 2003, p. 205 sostiene che il riferimento contenuto nella norma ai vantaggi stipulati nell'interesse del fallito non consentirebbe di estendere questa nozione alle società essendo il richiamo alla stipula di un accordo relativo unicamente alla persona del fallito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.5 Disposizioni processuali

L'articolo 346 Codice, che riproduce l'articolo 238 L.Fall., stabilisce che *«per reati previsti negli articoli 322, 323, 329 e 330, l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale di cui all'articolo 49».* A sua volta, il secondo comma dell'articolo 346 Codice prevede che l'azione penale *«è iniziata anche prima nel caso previsto dall'articolo 38* [si tratta dei casi nei quali il pubblico ministero deve presentare richiesta per la dichiarazione di liquidazione giudiziale] *e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta».*

In sostanza, per i reati di cui al primo comma dell'articolo 346 Codice l'esercizio dell'azione penale, che si ha al termine delle indagini preliminari nel momento in cui viene formulata l'imputazione (articolo 405 Cpp), è possibile solo dopo la comunicazione della dichiarazione di liquidazione giudiziale *ex* articolo 49 Codice; mentre, ai sensi del secondo comma dell'articolo 346 Codice, è possibile l'espletamento di tutte le indagini necessarie ai fini delle valutazioni e determinazioni funzionali all'esercizio dell'azione penale, a condizione che un'istanza di liquidazione giudiziale sia stata presentata dal pubblico ministero o che sia contestuale alla attivazione delle indagini stesse.

Laddove dopo l'attivazione del procedimento penale, intervenga il rigetto della dichiarazione di fallimento da parte del tribunale, ovviamente dovrà chiedersi anche l'archiviazione del procedimento penale.

L'articolo 347 Codice, analogamente all'articolo 340 L.Fall., sul presupposto che i reati in esame possano dar luogo a un danno risarcibile, prevede che *«il curatore, il liquidatore giudiziale, il commissario liquidatore e il commissario speciale di cui all'articolo 37 del Dlgs 16 novembre 2015, n. 180, possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati preveduti nel presente titolo, anche contro l'imprenditore in liquidazione giudiziale».*

Il secondo comma dell'articolo 347 Codice attribuisce, poi, ai creditori il diritto a *«costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione del curatore, del commissario liquidatore o del commissario speciale di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180, quando non sia stato nominato il liquidatore giudiziale o quando intendono far valere un titolo di azione propria personale».* L'articolo 347 Codice, in sostanza, riposiziona la titolarità degli interessi in capo al curatore, cioè a colui che ha il dovere di tutelare la massa dei creditori e il potere di azione civile nel processo penale viene regolato attribuendo:

- una titolarità esclusiva del curatore nell'esercizio dell'azione risarcitoria;
- una titolarità sussidiaria dei creditori per il solo caso di bancarotta fraudolenta, in assenza della costituzione di parte civile del curatore;
- una titolarità concorrente (organo della procedura e creditore) qualora il creditore intenda far valere un'azione propria personale.

14.6 Disciplina transitoria

L'articolo 390 primo comma Codice regola la disciplina transitoria nel senso che *«i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3».

Per le procedure pendenti alla data in vigore del Codice, nonché per le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al primo comma, in maniera analoga il secondo comma dell'articolo 390 le assoggetta alla disciplina di cui alla legge Fallimentare e alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Sotto l'aspetto penalistico, il terzo comma dell'articolo 390 Codice, in forza di un principio di semplificazione, stabilisce che si applicano le disposizioni dell'articolo 216 e ss. L.Fall. e dell'articolo 16 della legge 27 gennaio 2012, n. 3 ai fatti commessi in relazione alle procedure concorsuali i cui ricorsi, domande, ecc. sono stati depositati prima dell'entrata in vigore del Codice (primo comma) e in relazione alle procedure ancora pendenti a tale data, nonché alle procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al comma 1 (comma 2).

Stando alla lettera della norma, si deve ritenere che anche ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore del Codice, in particolare il riferimento è ai fatti di bancarotta post-fallimentare, continuerà ad applicarsi la disciplina penalfallimentare, qualora si tratti di condotte collegate a procedure concorsuali da definirsi secondo la legge Fallimentare, ai sensi della normativa transitoria di cui all'articolo 390 Codice (in quanto, ad esempio, procedure fallimentari pendenti alla data di entrata in vigore del Codice)

La conseguenza di questa disciplina del diritto intertemporale è che, per un certo periodo, vi sarà coesistenza di una duplice normativa nel settore della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Un doppio binario che continuerà ad operare sino a quando troverà applicazione la disciplina penalistica della legge Fallimentare in relazione alle dichiarazioni di fallimento anteriori all'entrata in vigore del nuovo Codice o le cui procedure siano pendenti alla medesima data. Le disposizioni penali della legge Fallimentare sono destinate ad esaurire la loro efficacia nel tempo quando saranno chiuse in via definitive le procedure secondo la normativa di cui alla legge Fallimentare.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

Tutto deve cambiare perché tutto resti come prima?

Elisabetta Busuito

SOMMARIO: 15.1 Il nuovo Codice e la disciplina penale fallimentare – 15.2 Il differimento della vigenza del Codice e la disciplina transitoria – 15.3 L'adeguamento del paradigma terminologico e la continuità normativa fra le fattispecie criminose – 15.4 Le misure premiali originariamente presenti nel Codice; il Dlgs 83/2022 e la sostituzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi con la procedura negoziata della crisi: le "nuove" esenzioni dai reati di bancarotta – 15.5 Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale – 15.6 Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore – 15.7 Conclusioni

L'esigenza di una riforma organica della materia dell'insolvenza e delle procedure fallimentari, che ha colorato di sé il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e, prima ancora, la legge di delega ha investito la materia del diritto penale sostanziale solo parzialmente e in misura assai ridotta. Ciò è tanto vero che, a distanza di quasi tre anni dalla adozione di quel decreto e senza che lo stesso sia mai entrato in vigore (nella parte di interesse), è stata istituita una Commissione Ministeriale (presieduta dal dott. Renato Bricchetti e che proprio nei giorni scorsi ha concluso i propri lavori) per l'elaborazione di proposte di revisione dei reati fallimentari. Intervento, questo, resosi necessario proprio al fine di verificare la congruenza delle fattispecie penali fallimentari alla mutata disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza e di renderle maggiormente funzionali, oltre che alla garanzia delle ragioni dei creditori, anche alla **prevenzione** della crisi d'impresa e al **recupero della continuità aziendale**, costituenti il nuovo baricentro della disciplina concorsuale alla luce del paradigma introdotto C0dice che ci occupa.

15.1 Il nuovo Codice e la disciplina penale fallimentare

Sebbene, come osservato da più parti in dottrina (*cfr*., fra i primi commentatori - ma il punto di vista riportato è corale anche negli interventi successivi -, M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, "Diritto penale contemporaneo" 27 novembre 2018), lo iato che si è venuto a creare tra il versante civilistico e quello penalistico della materia fallimentare - per effetto delle diverse riforme che nel tempo hanno investito il primo (improntate al *favor* per le procedure che mirino alla conservazione dell'impresa, in luogo di quelle c.d. liquidatorie), non sempre ade-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

guatamente accompagnate dall'allineamento del secondo (ancora imperniato sul delitto di bancarotta fraudolenta, che nel fallimento trova il proprio baricentro, nonostante il tentativo di adeguamento attuato a mezzo di interventi, comunque, frammentari e ridotti) - abbia generato una obsolescenza della materia, che ha comportato nel tempo numerose difficoltà nella prassi giurisprudenziale, cui la riforma avrebbe potuto tentare di ovviare, è mancato, nel Decreto che ci occupa, lo slancio verso un riordino radicale e complessivo del diritto penal-fallimentare.

Tale mancanza appare nitida sin dalla lettura del primo dei criteri direttivi posti al legislatore delegato, là dove, sotto la rubrica «Principi generali», la lettera *a)* del comma 1 dell'articolo 2 della legge delega prevede che il governo provveda a sostituire il termine «*fallimento*» e i suoi derivati con l'espressione «*liquidazione giudiziale*», adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose. Principio, questo, solo in parte mitigato dalla disposizione di cui al capoverso dell'articolo 1 della predetta legge, nella parte in cui stabilisce che il governo cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, adottando le opportune disposizioni transitorie.

A fronte delle vigorose innovazioni introdotte in ambito civilistico e più propriamente "fallimentare", dunque, nel campo penale - quanto meno secondo gli intenti dichiarati - emerge, invece, una forte tendenza alla "conservazione", di cui la direttiva inerente al mero ammodernamento semantico risulta essere diretta manifestazione, salve le riflessioni che si svolgeranno di seguito circa le spinte al mutamento, pure presenti tanto nella versione originaria, quanto in quella riformata - da ultimo - dal Dlgs 83/2022 del Codice (e salvo tutto quanto si osserverà alla luce delle ulteriori modifiche apportate a quel tessuto dal Dlgs 83/2022), comunque non esitate in quella organica revisione da più parti auspicata.

15.2 Il differimento della vigenza del Codice e la disciplina transitoria

Prima di addentrarsi nella disamina delle singole disposizioni che hanno recepito per via di traslazione e necessario adattamento numerico/lessicale le fattispecie già contenute nella legge Fallimentare, sono opportune alcune riflessioni in ordine alla più volte differita vigenza delle disposizioni che ci occupano ed alla disciplina transitoria prevista dal Codice.

Ed invero, occorre anzitutto considerare come l'originario periodo di lunga *vacatio* previsto dalla prima formulazione dell'articolo 389 (secondo il quale - salve le eccezioni indicate dal capoverso, fra le quali non rientrano le disposizioni penali - le nuove disposizioni sarebbero dovute entrare in vigore decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale)* sia stato variamente procrastinato dalla **decretazione di emergenza** emanata al fine di fronteggiare il forte impatto generato sull'economia domestica dalla pandemia da Sars-CoV-2 (cfr. Dl 23/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 40/2020), la quale ha prorogato l'entrata in vigore del Codice, dapprima, al 1° settembre 2021, successivamente (Dl 118/2021, convertito con modificazioni dalla legge 147/2021), al 16 maggio 2022 (con l'eccezione delle misure di allerta, la cui entrata in vigore era stata differita, invece, al 31 dicembre 2023), e, da ultimo (cfr. art 42, comma 1, Dl 36/2022, convertito con modificazioni dalla legge 79/2022) al **15 luglio 2022** (termine, questo, unico per tutte le disposizioni del Codice non ancora in vigore a quella data, attesa la

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

"scomparsa" della disciplina dell'allerta dal tessuto codicistico, per effetto, come si vedrà, del Dlgs 83/2022).

Ciò al dichiarato fine di evitare di mettere alla prova le nuove procedure in un momento di difficoltà generalizzata ed eccezionale e di non sottoporre la stragrande maggioranza delle imprese agli strumenti volti a provocare l'emersione anticipata della crisi, in un contesto senz'altro alterato, in cui l'intera economia globale ha versato in uno stato di fortissima difficoltà, sì da deprivare gli indicatori previsti dalla Riforma (come destinati ad operare in un contesto di "normalità") della funzione selettiva loro originariamente connaturata.

Decretazione d'emergenza, questa ancora, che, nel postergare ***medio tempore*** la vigenza delle disposizioni del CCI, ha nondimeno **anticipato l'applicabilità** di alcune di esse, come accaduto in materia di sovraindebitamento, di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti, con riguardo al trattamento dei debiti tributari e contributivi (cfr. il Dl 137/2020 e la legge 159/2020), nonché, quanto agli **aspetti penalistici**, in relazione alle modifiche apportate al comma 3 dell' articolo 236 della legge fallimentare vigente dall'articolo 20, comma 1, lettera *h)* Dl 118/21, convertito, con modificazioni dalla legge 147/2021 e in relazione alla **esenzione di responsabilità penale** per i fatti di cui agli articoli 216, terzo comma e 217 L.Fall. commessi nell'ambito della **composizione negoziata** per la soluzione della crisi d'impresa, di cui agli articoli da 2 a 19 del medesimo decreto, ove siano ricorse le condizioni di cui al comma 5 dell'articolo 12 (disposizioni, tutte queste ultime, oggi abrogate dal Dlgs 83/2022, ma la cui disciplina è stata nondimeno trasfusa, ad opera del medesimo decreto legislativo, all'interno del medesimo Codice della crisi).

Posto tutto quanto precede, volgendo ora nuovamente lo sguardo all'originario impianto codicistico, merita evidenziare che la legge Fallimentare (Rd 267/1942) non è stata formalmente abrogata dal nuovo Codice, e ciò stante la persistente applicazione alle procedure in essere al momento dell'entrata in vigore del Codice di quel complesso normativo.

Come osservato nella relazione illustrativa (*cfr*. pagina 234), tali disposizioni sono, tuttavia, naturalmente destinate a esaurire la loro efficacia nel tempo, mano a mano che verranno definite le relative procedure secondo la previgente normativa, producendosi per questa via la loro tacita abrogazione per incompatibilità.

Invero, secondo quanto disposto dall'articolo 390 CCI, la legge Fallimentare continuerà a essere applicata in relazione ai fallimenti dichiarati prima dell'entrata in vigore del Codice, ovvero le cui procedure siano pendenti a tale data. Se, in relazione a tali procedure, risulteranno commessi fatti puniti dalle disposizioni penali del Titolo VI della legge Fallimentare, nonché della Sezione III del Capo II della legge 3/2012, a essi - ai sensi del comma 3 dello stesso articolo 390 CCI - si applicheranno le disposizioni della stessa legge Fallimentare.

Ciò è a dire che le imputazioni relative ai fatti commessi **anteriormente** alla data di entrata in vigore del nuovo Codice e non ancora definitivamente giudicati non saranno suscettibili di modifica, continuando così ad avere quale parametro gli illeciti penali di cui alla legge Fallimentare, ove le condotte rilevanti siano collegate a procedure concorsuali per le quali è stabilita l'applicazione di quella disciplina. Correlativamente, i fatti posti in essere **successivamente** dovranno essere qualificati secondo il paradigma della vecchia disciplina, ove concernenti procedure concorsuali suscettibili di essere definite - ai sensi della summenzionata disciplina transitoria del Codice - dalla legge Fallimentare. Quadro, questo, che sottende alla eventualità di una **contemporanea vigenza** di entrambe le discipline, e questo sino a quando le procedure disciplinate dal Rd 267/1942 non verranno concretamente a esaurimento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

15.3 L'adeguamento del paradigma terminologico e la continuità normativa fra le fattispecie criminose

Coerentemente alle istanze di conservazione dichiarate nella legge delega, la disciplina penal-fallimentare, come recata nel Rd 267/1942, non sembra avere *prima facie* subito importanti alterazioni nella trasposizione all'interno dell'articolato del nuovo Codice.

Salve le eccezioni di cui si darà conto *infra* e che nella versione attuale del codice - rinveniente a seguito dell'intervento del Dlgs 83/2022 - non trovano più cittadinanza , le disposizioni penali del nuovo Codice riproducono le fattispecie incriminatrici delle corrispondenti previsioni della legge Fallimentare, opportunamente adeguate dal punto di vista lessicale.

Ciò significa, in via del tutto esemplificativa, che quelle disposizioni sono state riformulate dal Dlgs sostituendo il termine «*fallimento*», ove presente, con la locuzione «*liquidazione giudiziale*» e il termine «*fallito*» con la locuzione «*imprenditore in liquidazione giudiziale*».

Del resto, è lo stesso articolo 349 CCI - contenuto all'interno del Titolo X «Disposizioni per l'attuazione del codice della crisi e dell'insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria» - a stabilire che, «*nelle disposizioni normative vigenti, i termini "fallimento", "procedura fallimentare", "fallito" nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni "liquidazione giudiziale", "procedura di liquidazione giudiziale" e "debitore assoggettato a liquidazione giudiziale" e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie*».

Là dove la precisazione relativa alla salvezza della continuità delle fattispecie, presente soltanto nella versione da ultimo licenziata (e non anche nel testo dello schema di Dlgs inviata alle Camere per il parere delle competenti Commissioni), unitamente alla modifica della rubrica originaria dell'articolo in commento («*Abolizione* dei termini fallimento e fallito») con la attuale «*Sostituzione* dei termini fallimento e fallito» (attuata, questa, ancor prima che lo schema del Dlgs pervenisse al parere delle Commissioni delle Camere), evidenzia una certa formale preoccupazione del legislatore delegato di non esorbitare dai precisi limiti della delega conferita.

In disparte i criteri direttivi e le affermazioni espresse del Codice, occorre, tuttavia, considerare che soltanto una lettura superficiale delle norme in commento potrebbe portare a ritenere che tale operazione di adeguamento sia stata effettivamente compiuta al netto di modifiche sostanziali solo perché è lo stesso legislatore ad avere affermato, con la riportata formula, la continuità delle fattispecie.

L'introduzione di espressioni normative del tipo di quella adoperata dal legislatore delegante prima e dal legislatore delegato poi («*ferma restando la continuità delle fattispecie criminose*», ovvero «*con salvezza della continuità delle fattispecie*»), seppure chiaramente indicative di una precisa *voluntas legis,* e, dunque, utilizzabili sul piano ermeneutico quale parametro di tipo storico, come osservato dai primi commentatori (il riferimento è ancora a M. Gambardella, *op. cit.*), non consentono allo stesso legislatore di imporre limiti intertemporali alle norme, là dove le modifiche e gli adeguamenti terminologici sottendano invece, di fatto, una parziale riscrittura degli elementi di fattispecie tale da renderne la struttura eterogenea rispetto a quella delle norme incriminatrici contenute nella legge Fallimentare.

Sicché, al fine di appurare se l'effetto di continuità fra le fattispecie sia stato effettivamente salvaguardato, coerentemente ai lucidi insegnamenti offerti sul punto dalla giurisprudenza di legittimità (*cfr.*, per tutte, Cassazione, Sezioni Unite, 26 marzo 2003, n. 25887), occorrerà analizzarne gli elementi strutturali, *comparando* i modelli astratti in successione, sì da verificare la effettiva presenza o meno di vicende abolitive per eterogeneità strutturale.

Ancorché appaia opportuno attendere gli esiti interpretativi di una consolidata giurispruden-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

za (non ancora compiutamente elaborata sul punto, posto il differimento della entrata in vigore del CCI) per comprendere l'effettivo e concreto impatto di tali modifiche, al di là delle formule adoperate, si osservi come tale verifica - condotta alla stregua del parametro summenzionato (si vedano le *tabelle* comparative alle pagine 99 e 103), oltre che della considerazione del bene giuridico tutelato e della cennata *voluntas legis* - porti a ritenere ragionevolmente che la stessa giurisprudenza, là dove la questione dovesse riproporsi nella vigenza delle disposizioni che ci occupano, si possa esprimere nel senso dell'assenza di fenomeni abolitivi e per una effettiva continuità fra le fattispecie normative.

In questa stessa direzione, invero, si è già espressa la Corte di legittimità, investita, in un unico caso, della questione relativa alla affermata *abolitio criminis* operata dal nuovo Codice sulla base dell'erroneo presupposto della entrata in vigore della relativa disciplina, allorquando, nel dichiarare la inammissibilità del ricorso (e nel ribadire la non intervenuta entrata in vigore della disciplina che ci occupa), ha evidenziato come, ad ogni modo, alla luce di un raffronto testuale fra la norma *sub iudice* (articolo 223, comma 2, n. 1, LF) e la corrispondente norma del CCI (articolo 329, comma 2, lettera a, CCI), le nuove norme appaiano in **perfetta continuità normativa** con le precedenti contenute nella legge Fallimentare. Continuità, questa, che - ha osservato ancora la Suprema Corte nella richiamata occasione, ancorché senza un grosso dispiego argomentativo - , deve essere confermata anche considerando le modifiche introdotte nelle norme civilistiche che costituiscono il presupposto delle norme penali, le quali pure sono rimaste immutate, salvo l'aggiornamento lessicale dei nuovi presupposti di applicabilità (Cassazione penale, sez. V, 4 febbraio 2020, n. 4772).

15.4 Le misure premiali originariamente presenti nel Codice; il Dlgs 83/2022 e la sostituzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi con la procedura negoziata della crisi: le "nuove" esenzioni dai reati di bancarotta

A prescindere dalle modifiche squisitamente terminologiche, la novità di maggiore rilievo sul versante penalistico, **presente nell'originario impianto codicistico e oggi travolta dalla eliminazione delle procedure di allerta ad opera del Dlgs 83/2022**, era costituita dall'introduzione, al comma 4, primo inciso dell'articolo 25 CCI, di una **nuova causa di non punibilità**, del tutto coerente con lo scopo che anima la riforma, ossia, come noto, quello di **far emergere tempestivamente la crisi di impresa** al fine di consentire alle realtà sì in crisi finanziaria, ma ancora "sane", di evitare l'insolvenza, agevolando lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori attraverso **procedure di composizione assistita** (oggi, **"negoziata"**, come si vedrà) **della crisi** . In questo preciso contesto, la legge delega, all'articolo 4, comma 1, lettera *h)*, proprio per agevolare l'accesso a tali procedure, indicava quale ulteriore criterio direttivo - per quanto qui di interesse - quello della previsione di «*misure premiali, sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale, in favore dell'imprenditore che ha tempestivamente proposto l'istanza di composizione assistita della crisi o che ha tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale; includere tra le misure premiali in termini di responsabilità personale la causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla* legge Fallimentare, *quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi all'articolo 219, terzo comma, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, un'attenuante a effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione de-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

gli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa, fino alla conclusione della medesima procedura; prevedere che il requisito della tempestività ricorra esclusivamente quando il debitore abbia proposto una delle predette istanze, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità».

La poco felice formulazione letterale della norma, nella parte in cui indicava la previsione di una causa di non punibilità «*per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge Fallimentare*», ha posto i primi interpreti dinanzi a una alternativa ermeneutica relativa alla possibilità di includere (o meno) nello spettro applicativo della norma *anche* la bancarotta fraudolenta (P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza*, "Diritto penale contemporaneo" 5, 2018). E invero è stato osservato che:

a. ove ci si fosse ancorati, valorizzandolo, al riferimento espresso alla bancarotta semplice, si sarebbe dovuti pervenire alla esclusione della bancarotta fraudolenta dall'ambito di applicazione della nuova causa di non punibilità. Ciò che, tuttavia, avrebbe reso assai angusta e residuale la portata della nuova norma, posto che la cornice edittale del delitto in questione avrebbe consentito di per sé, ricorrendone gli altri presupposti, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* articolo 131 *bis* del Codice penale (di cui, oltretutto, la causa di non punibilità in commento costituiva ipotesi speciale);
b. là dove, di contro, si fosse valorizzato il riferimento agli «*altri reati previsti dalla legge Fallimentare*», si sarebbe dovuti giungere a ritenere applicabile questa causa di non punibilità anche al delitto di bancarotta fraudolenta.

La soluzione di cui al punto b) è proprio quella prescelta dal legislatore originariamente delegato, il quale, al comma 4, primo inciso dell'articolo 25, sotto la rubrica «Misure premiali», aveva introdotto la causa di non punibilità che ci occupa, stabilendo espressamente che: «*Quando, nei reati di cui agli articoli 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lettere a) e b), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti*».

Scelta, questa, della quale la relazione illustrativa dava conto, all'uopo evidenziando (*cfr.* pagina 48) come si sia inteso «*operare nel senso più ampio, prevedendo norme premiali con riguardo alle condotte anche più gravi tutte le volte che l'imprenditore abbia azionato quei meccanismi di allerta di nuova introduzione volti proprio a controllare e mitigare il fenomeno dell'insolvenza*».

Si trattava , come rilevato già da più parti, di una ipotesi speciale rispetto a quella prevista dall'articolo articolo 131 bis c.p. (ancorché ragionevolmente limitata ai fatti pregressi all'apertura della procedura e ciò al fine di evitare di *consegnare* alla discrezionalità dell'imprenditore l'accesso all'area di non punibilità rispetto a condotte future, ove caratterizzate dalla speciale tenuità del danno), connotata dall'assenza dei requisiti codicistici. Tale ipotesi, però, come già evidenziato dai primissimi commentatori, nella parte in cui era ancorata alla speciale tenuità del **danno,** appariva di **difficile applicazione,** attesa la **genericità del parametro evocato**, che avrebbe potuto addirittura relegarla alla sola ipotesi di assenza di danno (osserva come questa assenza, anche a prescindere dalla nuova norma, rileverebbe comunque sul piano della offensività, P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche*, cit.).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Essa, peraltro, sembrava stridere vistosamente con la natura di **reato di pericolo**, **quand'anche concreto** (secondo il paradigma fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità più attenta alla salvaguardia del volto costituzionale del delitto in discorso, *cfr*. Cassazione penale 24 marzo 2017, n. 17819 e 23 giugno 2017, n. 38396, nonché, più di recente, Cassazione penale 22 gennaio 2019, n. 2899 e Cassazione penale 7 ottobre 2020, n. 27930), dei reati di bancarotta fraudolenta (M. Gambardella, op. cit.).

Del resto, taluni dubbi erano stati sollevati anche con riferimento al secondo inciso del comma 4 dell'articolo 25, nella parte in cui introduceva la previsione di una **nuova circostanza attenuante a effetto speciale**, stabilendo che, «*fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro*».

In disparte i profili di coordinamento con la circostanza attenuante di cui al terzo comma dell'articolo 219 legge Fallimentare, confluito interamente nel comma 3 dell'articolo 326 CCI, la lettura di questa norma rende evidente come essa ruotasse intorno al **raffronto quantitativo fra attivo e passivo della procedura**, restringendo il campo di applicazione della circostanza in questione e introducendo, per ciò, un limite non previsto nella legge delega.

Oltre a ciò, la scarsa aderenza al criterio direttivo posto dalla legge del 2017 emerge anche con riferimento al perimetro applicativo della disposizione.

L'articolo 4, lettera *h)* della legge delega (dianzi riportato), infatti, fissava questo perimetro entro l'ambito dei reati *diversi* da quelli previsti dalla legge Fallimentare, come induceva a ritenere la formulazione letterale della norma, recante una contrapposizione fra la previsione della causa di non punibilità «*per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge Fallimentare*» e la previsione della circostanza in discorso «*per gli altri reati*».

Laddove la norma in commento stabiliva una *continuità* fra l'ambito applicativo della causa di non punibilità prevista dalla prima parte della disposizione e quello della circostanza di cui all'ultimo periodo della stessa, resa evidente dalla clausola di salvezza in apertura della previsione dell'articolo 25, comma 4, secondo inciso («*fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità*»), la quale escludeva dalla applicazione di tale circostanza il caso della speciale tenuità del danno, oggetto invece della causa di non punibilità, segnando al contempo, la identità fra i due ambiti di disciplina.

Senonché, v'è da osservare come tutti questi dubbi interpretativi sorti intorno all'esegesi del (vecchio) articolo 25 CCI, siano stati sopravanzati e travolti, nelle more della piena operatività del medesimo Codice, dalle modifiche allo stesso apportate dal **Dlgs 17 giugno 2022, n. 83** (la cui entrata in vigore è stata fatta opportunamente coincidere con quella del Codice)**,** recante *Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 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 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)*, con l'obiettivo di conseguire l'armonizzazione delle legislazioni e delle procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione ed interdizioni, attraverso la predisposizione di "quadri di ristrutturazione" tali da consentire ai debitori un risanamento precoce che possa prevenire l'insolvenza evitando che imprese sane vengano liquidate.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nel contesto della **riscrittura** del Titolo II della Parte Prima del Codice, la **sostituzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi con la procedura negoziata della crisi**, il **concordato semplificato** e le **segnalazioni per la anticipata emersione della crisi**, ha avuto, quale riflesso sul versante penalistico[1], la **eradicazione della norma di cui all'articolo 25 nella formulazione sopra illustrata** e, conseguentemente, la **eliminazione dall'impalcatura codicistica delle descritte causa di non punibilità e circostanza attenuante** ancor prima della loro eventuale vigenza, concentrandosi ora le misure premiali connesse all'accesso alla nuova procedura (di cui al nuovo articolo 25 *bis* e previste per la composizione negoziata) sul solo versante tributario.

Correlativamente, è stato **esteso l'ambito di operatività della norma di cui all'articolo 324 CCI** ("Esenzioni dai reati di bancarotta"), che viene ora in rilievo anche in relazione:

a. **all'accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, quale uno dei possibili esiti della composizione negoziata della crisi, allorquando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza**. Accordo, questo, che, secondo quanto stabilito dal nuovo articolo **23, comma 1, lettera *c)*,** produce, appunto, gli effetti (tra l'altro), di cui all'articolo 324, con la conseguenza che gli articoli 322, comma 3, e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di detto accordo;
b. in quanto compatibile, al **concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata**, di cui all'articolo 25 *sexies* (*ex* articolo 25 *sexies* comma 8[2]).

Oltre a ciò, c'è da osservare come, sempre nell'ambito della composizione negoziata della crisi, il nuovo **articolo 24, comma 5** stabilisce una **ulteriore ipotesi di esenzione**, nella parte in cui prevede che "***le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3, e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa*** *valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 17, comma 5* (ossia atti compiuti con il dissenso dell'esperto, perché stimato da costui in pregiudizio dei creditori, allorquando detto dissenso sia iscritto nel registro delle imprese, ndr.)*, purché non siano state effettuate le iscrizioni previste dall'articolo 21, comma 4. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano inoltre* ***ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale*** *a norma dell'articolo 22".*

15.5 Reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale

Passando all'analisi della disciplina dei reati commessi dall'imprenditore fallito, *rectius*, in liquidazione giudiziale (articoli 322-328 CCI), si osservi come il confronto fra le norme della legge Fallimentare e quelle del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (si veda la *tabella seguente*) evidenzi una **sostanziale sovrapponibilità strutturale** fra i due ambiti di incriminazione.

1 Oltre alla abrogazione del delitto (introdotto ex novo dal Dlgs14/2019) di falso nelle attestazioni dei componenti dell'Ocri di cui all'articolo 345 CCI, correlativamente alla "scomparsa" di tale organismo dal nuovo sistema delineato dal Dlgs 83/2022, (articolo 40), alle modifiche agli articoli 341 e 342 (articolo 39), non oggetto della presente trattazione e, sul versante processuale (ma con specifici riflessi a livello sostanziale), alla estensione della disciplina del segreto professionale di cui all'articolo 200 e delle garanzie difensive di cui all'articolo 103 Cpp all'esperto nella composizione negoziata (articolo 16, comma 3).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

REATI COMMESSI DALL'IMPRENDITORE

Legge fallimentare	Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
Articolo 216 - Bancarotta fraudolenta (1) È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; 2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. (2) La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal numero 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. (3) È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. (4) Salve le altre pene accessorie, di cui al Capo III, Titolo II, Libro I del Codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.	**Articolo 322** - Bancarotta fraudolenta 1. È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che: a) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; b) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari. 2. La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato in liquidazione giudiziale, che, durante la procedura, commette alcuno dei fatti preveduti dalla lettera a) del comma 1, ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. 3. È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore in liquidazione giudiziale che, prima o durante la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. 4. Salve le altre pene accessorie, di cui al Capo III, Titolo II, Libro I del Codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni.
Articolo 217 - Bancarotta semplice (1) È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. (2) La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri	**Articolo 323** - Bancarotta semplice 1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: a) ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale; d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa; e) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Legge fallimentare	Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. (3) Salve le altre pene accessorie di cui al Capo III, Titolo II, Libro I del Codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.	2. La stessa pena si applica all'imprenditore in liquidazione giudiziale che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di liquidazione giudiziale ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. 3. Salve le altre pene accessorie di cui al Capo III, Titolo II, Libro I del Codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.
Articolo 217-bis - Esenzioni dai reati di bancarotta (1) Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e articolo 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 quinquies e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22 quater, comma 1, del Dl 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.	**Articolo 324** - Esenzioni dai reati di bancarotta 1. Le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni computi in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero del concordato minore omologato ai sensi dell'articolo 80, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101.
Articolo 218 - Ricorso abusivo al credito (1) Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. (2) La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al Capo II, Titolo III, Parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al Dlgs 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. (3) Salve le altre pene accessorie di cui al Libro I, Titolo II, Capo III, del Codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni.	**Articolo 325** - Ricorso abusivo al credito 1. Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli 322 e 323, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al Capo II, Titolo III, Parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al Dlgs 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. 3. Salve le altre pene accessorie di cui al Libro I, Titolo II, Capo III, del Codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Legge fallimentare	Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
Articolo 219 - Circostanze aggravanti e circostanza attenuante (1) Nel caso in cui i fatti previsti negli articoli 216, 217 e 218 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà. (2) Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate: 1) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati; 2) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale. (3) Nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo.	**Articolo 326** - Circostanze aggravanti e circostanza attenuante 1. Nel caso in cui i fatti previsti negli articoli 322, 323 e 325 hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà. 2. Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate: a) se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati; b) se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale. 3. Nel caso in cui i fatti indicati nel comma 1 hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo.
Articolo 220 - Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito (1) È punito con la reclusione da sei a diciotto mesi il fallito, il quale, fuori dei casi preveduti all'articolo 216, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli articoli 16, numero 3 e 49. (2) Se il fatto è avvenuto per colpa, si applica la reclusione fino ad un anno.	**Articolo 327** - Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte dell'imprenditore in liquidazione giudiziale 1. È punito con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi l'imprenditore in liquidazione giudiziale, il quale, fuori dei casi preveduti all'articolo 322, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli articoli 49, comma 3, lettera c) e 149. 2. Se il fatto è avvenuto per colpa, si applica la reclusione fino ad un anno.
Articolo 221 - Fallimento con procedimento sommario (2) Se al fallimento si applica il procedimento sommario le pene previste in questo capo sono ridotte fino al terzo.	
Articolo 222 - Fallimento delle società in nome collettivo e in accomandita semplice (1) Nel fallimento delle società in nome collettivo e in accomandita semplice le disposizioni del presente capo si applicano ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili.	**Articolo 328** - Liquidazione giudiziale delle società in nome collettivo e in accomandita semplice 1. Nella liquidazione giudiziale delle società in nome collettivo e in accomandita semplice le disposizioni del presente capo si applicano ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili.

Al di là dell'adeguamento del parametro lessicale, di cui si è detto, sono opportune alcune considerazioni.

1. Poiché le ipotesi di bancarotta sono dei reati propri, appare di cruciale rilevanza verificare se siano intervenute eventuali modifiche avuto riguardo alla **qualifica soggettiva presupposta all'identificazione del soggetto attivo.** La lettura del combinato disposto delle norme di cui agli articoli 2, comma 1, lettera d) e 121 CCI, effettuata in comparazione con quella relativa all'articolo 1 legge Fallimentare, evidenzierebbe una sostanziale coincidenza dei requisiti soggettivi necessari per la assoggettabilità dell'imprenditore al fallimento, salvo che per la sostituzione della espressione «ricavi lordi» con quella di «ricavi» tout court nella indicazione di uno dei due requisiti che è necessario ricorrano congiuntamente per qualificare una impresa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

come «minore», sottratta, in quanto tale, alla disciplina che ci occupa. Detta sostituzione, nella parte in cui è evocativa del concetto di ricavo ai sensi di quanto stabilito dall'articolo 2425 *bis* del Codice civile (ossia «al netto dei resi, degli sconti, abbuoni e premi, nonché delle imposte direttamente connesse con la vendita dei prodotti e la prestazione dei servizi»), innalzando la soglia di fallibilità, *rectius*, di assoggettabilità alla procedura di liquidazione giudiziale, è suscettibile di ampliare la platea dei soggetti esclusi dalla applicazione della relativa disciplina penale, restringendone dunque le maglie.

Nondimeno, secondo la giurisprudenza (Cassazione, Sezioni Unite, 28 febbraio 2008, n. 19601, pronunciatasi in ordine agli effetti penali della modifica della definizione di "piccolo imprenditore" con riferimento alla individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme che ci occupano), poiché il giudice penale investito della cognizione dei delitti di bancarotta non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa ed ai presupposti soggettivi inerenti le condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, dette modifiche non esercitano influenza, ai sensi dell'articolo 2 del Codice penale, sui procedimenti penali in corso.

2. L'ultimo comma dell'articolo 322 CCI, relativamente alla previsione delle **sanzioni accessorie** per il delitto di bancarotta fraudolenta, si adegua alla pronuncia della Corte Costituzionale 222/2018 che, come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'articolo 219 legge Fallimentare nella parte in cui disponeva che «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni». Ciò in quanto le pene accessorie di durata fissa, come quelle previste originariamente dalla norma considerata, sono incompatibili con i principi di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Poiché la gravità dei fatti qualificabili come bancarotta fraudolenta può essere in concreto assai diversa, un'unica e indifferenziata durata delle pene accessorie determina risposte sanzionatore manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto ai fatti di bancarotta meno gravi.

Sebbene nel corpo della motivazione la Corte Costituzionale abbia evidenziato come il giudice penale, che condanni un imputato per il delitto in commento, dovrà determinare in maniera discrezionale la durata delle pene accessorie (fino al tetto massimo di dieci anni), che si aggiungerà alla pena principale, e ferma restando la possibilità che la durata della pena accessoria sia superiore a quella della pena detentiva, si segnala qui - per l'indubbio rilievo che decisione avrà anche in ordine all'interpretazione del comma 4 dell'articolo 332 CCI - come le Sezioni unite abbiano risolto la seguente questione di diritto: se tali **pene accessorie** - ora previste nella sola durata massima («fino a dieci anni») e non più, come nella formulazione precedente, in misura fissa («per la durata di dieci anni») - debbano considerarsi:

a. pene accessorie di **durata "non predeterminata"** (cfr. Sezioni Unite, 27 novembre 2014, n. 6240) e, in quanto tali, soggette alla regola generale di cui all'articolo 37 del Codice

penale («quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata uguale a quella della pena principale inflitta»);

b. ovvero, pene accessorie **di durata "predeterminata"** (proprio per effetto della nuova formula-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione della norma a opera della Consulta, che, come sopra accennato, suggerisce questa soluzione nell'impianto motivazionale della sentenza del 2018), dunque da infliggersi a seguito di commisurazione della pena da parte del giudice, ai sensi dell'articolo 133 del Codice penale;

Ebbene, con sentenza del 28 febbraio 2019, le Sezioni Unite si sono espresse a favore dell'orientamento *supra* illustrato sub b), stabilendo che: «Le pene accessorie previste dall'articolo 216 legge Fallimentare, nel testo riformulato dalla sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 della Corte Costituzionale, cosi come le altre pene accessorie, per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'articolo 133 Codice penale».

3. Quanto alla previsione relativa al c.d. **"procedimento sommario"** di cui all'articolo 221 legge Fallimentare, il testo dello schema di Dlgs, per come presentato alle Camere per il parere delle competenti Commissioni, recava all'articolo 373 l'abrogazione espressa, fra l'altro, di tale norma (congiuntamente a quella dell'articolo 235, «Omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari» e dell'articolo 241, «Riabilitazione»). Del resto, detta previsione era coerente con l'obsolescenza dell'istituto in questione, non più operante a seguito della abrogazione degli istituti presupposti alla stessa, ad opera dell'articolo 140 del Dlgs 5/2006; ebbene, ancorché il testo del decreto da ultimo approvato dal Consiglio dei ministri non rechi più l'indicazione di tali norme in quella dedicata alle abrogazioni (ora articolo 374 CCI), esso omette tuttavia di disciplinare le relative fattispecie, che dovranno perciò ritenersi tacitamente abrogate.

REATI COMMESSI DA PERSONE DIVERSE DALL'IMPRENDITORE

Legge fallimentare	Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
Articolo 223 - Fatti di bancarotta fraudolenta (1) Si applicano le pene stabilite nell'articolo 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. (2) Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'articolo 216, se: 1) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del Codice civile; 2) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società. 3. Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 216.	**Articolo 329** - Fatti di bancarotta fraudolenta 1. Si applicano le pene stabilite nell'articolo 322 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società in liquidazione giudiziale, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. 2. Si applica alle persone suddette la pena prevista dall'articolo 322, comma 1, se: a) hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634 del Codice civile. b) hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il dissesto della società. 3. Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'articolo 322, comma 4.
Articolo 224 - Fatti di bancarotta semplice (1) Si applicano le pene stabilite nell'articolo 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo; 2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.	**Articolo 330** - Fatti di bancarotta semplice 1. Si applicano le pene stabilite nell'articolo 323 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale, i quali: a) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo; b) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Legge fallimentare	Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
Articolo 225 - Ricorso abusivo al credito (1) Si applicano le pene stabilite nell'articolo 218 agli amministratori ed ai direttori generali di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso il fatto in esso previsto.	**Articolo 331** - Ricorso abusivo al credito 1. Si applicano le pene stabilite nell'articolo 325 agli amministratori ed ai direttori generali di società sottoposte a liquidazione giudiziale, i quali hanno commesso il fatto in esso previsto.
Articolo 226 - Denuncia dei crediti inesistenti (1) Si applicano le pene stabilite nell'articolo 220 agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori di società dichiarate fallite, che hanno commesso i fatti in esso indicati.	**Articolo 332** - Denuncia di crediti inesistenti 1. Si applicano le pene stabilite nell'articolo 327 agli amministratori, ai direttori generali e ai liquidatori di società dichiarate in liquidazione giudiziale, che hanno commesso i fatti in esso indicati.
Articolo 227 - Reati dell'institore (1) All'institore dell'imprenditore, dichiarato fallito, il quale nella gestione affidatagli si è reso colpevole dei fatti preveduti negli articoli 216, 217, 218 e 220 si applicano le pene in questi stabilite.	**Articolo 333** - Reati dell'institore 1. All'institore dell'imprenditore, dichiarato in liquidazione giudiziale, il quale nella gestione affidatagli si è reso colpevole dei fatti preveduti negli articoli 322, 323, 325 e 327 si applicano le pene in questi stabilite.
Articolo 228 - Interesse privato del curatore negli atti del fallimento (1) Salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto del fallimento direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206. (2) La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.	**Articolo 334** - Interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale 1. Salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto della liquidazione giudiziale direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a euro 206. 2. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.
Articolo 229 - Accettazione di retribuzione non dovuta (1) Il curatore del fallimento che riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da euro 103 a euro 516. (2) Nei casi più gravi alla condanna può aggiungersi l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore per la durata non inferiore a due anni.	**Articolo 335** - Accettazione di retribuzione non dovuta 1. Il curatore della liquidazione giudiziale che riceve o pattuisce una retribuzione, in danaro o in altra forma, in aggiunta di quella liquidata in suo favore dal tribunale o dal giudice delegato, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da euro 103 a euro 516. 2. Nei casi più gravi alla condanna può aggiungersi l'inabilitazione temporanea all'ufficio di amministratore per la durata non inferiore a due anni.
Articolo 230 - Omessa consegna o deposito di cose del fallimento (1) Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa del fallimento, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032. (2) Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309. Articolo 336 - Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale 1. Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032. 2. Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309.	**Articolo 336** - Omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale 1. Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa della liquidazione giudiziale, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032. 2. Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Legge fallimentare	Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
Articolo 231 - Coadiutori del curatore (1) Le disposizioni degli articoli 228, 229 e 230 si applicano anche alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione del fallimento.	**Articolo 337** - Coadiutori del curatore 1. Le disposizioni degli articoli 333, 334 e 335, si applicano anche alle persone che coadiuvano il curatore nell'amministrazione della liquidazione giudiziale.
Articolo 232 - Domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza concorso col fallito (1) È punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 51 a euro 516, chiunque, fuori dei casi di concorso in bancarotta, anche per interposta persona presenta domanda di ammissione al passivo del fallimento per un credito fraudolentemente simulato. Se la domanda è ritirata prima della verificazione dello stato passivo, la pena è ridotta alla metà. (2) È punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: 1) dopo la dichiarazione di fallimento, fuori dei casi di concorso in bancarotta o di favoreggiamento, sottrae, distrae, ricetta ovvero in pubbliche o private dichiarazioni dissimula beni del fallito; 2) essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se il fallimento si verifica. 3. La pena, nei casi previsti ai numeri 1 e 2, è aumentata se l'acquirente è un imprenditore che esercita un'attività commerciale.	**Articolo 338** - Domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza concorso con l'imprenditore in liquidazione giudiziale 1. È punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 51 a euro 516 chiunque, fuori dei casi di concorso in bancarotta, anche per interposta persona presenta domanda di ammissione al passivo della liquidazione giudiziale per un credito fraudolentemente simulato. 2. Se la domanda è ritirata prima della verificazione dello stato passivo, la pena è ridotta alla metà. 3. È punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: a) dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, fuori dei casi di concorso in bancarotta o di favoreggiamento, sottrae, distrae, ricetta ovvero in pubbliche o private dichiarazioni dissimula beni del debitore assoggettato a liquidazione giudiziale; b) essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se la apertura della liquidazione giudiziale si verifica. 4. La pena, nei casi previsti dalle lettere a) e b) del comma 3, è aumentata se l'acquirente è un imprenditore che esercita un'attività commerciale.
Articolo 233 - Mercato di voto (1) Il creditore che stipula col fallito o con altri nell'interesse del fallito vantaggi a proprio favore per dare il suo voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103. (2) La somma o le cose ricevute dal creditore sono confiscate. (3) La stessa pena si applica al fallito e a chi ha contrattato col creditore nell'interesse del fallito.	**Articolo 339** - Mercato di voto 1. Il creditore che stipula con l'imprenditore in liquidazione giudiziale o con altri nell'interesse del predetto vantaggi a proprio favore per dare il suo voto nel concordato o nelle deliberazioni del comitato dei creditori, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103. 2. La somma o le cose ricevute dal creditore sono confiscate. 3. La stessa pena si applica all'imprenditore in liquidazione giudiziale e a chi ha contrattato col creditore nell'interesse dell'imprenditore in liquidazione giudiziale.
Articolo 234 - Esercizio abusivo di attività commerciale (1) Chiunque esercita un'impresa commerciale, sebbene si trovi in stato di inabilitazione ad esercitarla per effetto di condanna penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa non inferiore a euro 103.	**Articolo 340** Esercizio abusivo di attività commerciale 1. Chiunque esercita un'impresa commerciale, sebbene si trovi in stato di inabilitazione ad esercitarla per effetto di condanna penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa non inferiore a euro 103.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Legge fallimentare	Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
Articolo 235 - Omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari (1) Il pubblico ufficiale abilitato a levare protesti cambiari che, senza giustificato motivo, omette di inviare nel termine prescritto al presidente del tribunale gli elenchi dei protesti cambiari per mancato pagamento, o invia elenchi incompleti, è punito con la sanzione amministrativa da euro 258 a euro 1.549. (2) La stessa pena si applica al procuratore del registro che nel termine prescritto non trasmette l'elenco delle dichiarazioni di rifiuto di pagamento a norma dell'articolo 13, secondo comma, o trasmette un elenco incompleto.	

15.6 Reati commessi da persone diverse dall'imprenditore

Anche con riguardo ai reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (articoli 329-340 CCI), il confronto fra le norme della legge Fallimentare e quelle del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza *(si veda la tabella alla pagina successiva)* evidenzia una sostanziale **sovrapponibilità strutturale** fra i paradigmi di incriminazione contenuti nei due testi normativi.

A prescindere dall'adeguamento terminologico, anche con riferimento ai reati in esame, sono, tuttavia, opportune alcune segnalazioni.

1. Anzitutto, l'introduzione, all'articolo 2, comma 1, lettera *h)* CCI, di una esplicita **definizione di "gruppo di imprese"** (rilevante ai fini della disciplina di cui al medesimo decreto, e recentemente modificata dal Dlgs 83/2022).
2. Nonostante la dichiarata continuità fra le fattispecie, il capoverso dell'articolo 329 CCI, lettera *b),* nel trasferire l'incriminazione della condotta di bancarotta fraudolenta societaria con dolo o per effetto di operazioni dolose all'interno del nuovo Codice, individua l'evento della condotta nel **dissesto** della società, in luogo della liquidazione giudiziale della stessa, per come avrebbe dovuto invece correttamente essere seguendo le direttive della legge delega e dell'articolo 349 CCI Escluso che tale modifica sia dovuta ad una mera "svista" del legislatore delegato, poiché il dissesto della società è altro rispetto alla liquidazione giudiziale (ossia, al "vecchio" fallimento), i primi commentatori della riforma hanno elaborato due diversi indirizzi interpretativi.

Depone, nel senso di escludere che la modifica apportata sia dovuta ad una svista del legislatore, la lettura dei lavori preparatori.

Invero, poiché i testi dapprima licenziati dalla seconda Commissione Rordorf contenevano la esatta trasposizione del vigente articolo 223, comma 2, n. 2, Rd 267/1942 (essendo stato esclusivamente sostituito il termine "fallimento" con la perifrasi, ormai nota, di "liquidazione giudiziale della società"), la versione finale dell'articolo che ci occupa, nella parte in cui identifica il dissesto della società come evento della condotta incriminata, in luogo di quello dapprima individuato, deve intendersi quale frutto di una ben precisa scelta del legislatore medesimo sul punto.

Diversamente dal concetto di "crisi" e da quello di "insolvenza", che trovano la loro definizio-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ne[2] nell'ambito dell'articolo 2 CCI, il Codice non offre una indicazione di cosa debba intendersi con il termine "dissesto".

Nel silenzio del legislatore, in letteratura è stato osservato come il motivo di tale omissione potrebbe essere ravvisato nella "considerazione, anche normativa, di una equiparazione contenutistica tra 'stato di insolvenza' e 'dissesto', con la conseguente sufficienza del primo termine quale sinonimo del concetto di dissesto, appunto", là dove, l'insolvenza è, per espressa previsione normativa, "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"(articolo 2, comma 1, lettera *b*, CCI), (Rossi A.).

Secondo un primo indirizzo (Brichetti), detta sostituzione terminologica non sarebbe singolare, posto che, come da tempo rilevato da illustre dottrina penalistica (Pedrazzi), 'cagionare il fallimento' significa provocare il dissesto destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa del fallimento. In conseguenza di ciò, rientrerebbe nello spettro della condotta incriminata anche quella che abbia condotto all'aggravamento del dissesto, essendo tale ultimo, quale squilibrio tra attività e passività, un dato quantitativo graduabile.

Secondo altro, diverso, orientamento (Rossi), invece, per un verso, sarà «negata, per rinnovata mancata previsione espressa, la "legittimazione" a punire anche la condotta di aggravamento del (...) dissesto, rimanendo penalmente rilevante soltanto quella di causazione» e, per altro verso, una volta entrato in vigore il nuovo codice, «non dovrebbero essere più considerate tipiche quelle operazioni dolose che abbiano determinato la liquidazione giudiziale senza peraltro paritaria verificazione del dissesto».

Ciò, ove si si consideri, appunto, il dissesto o quale evento del delitto in discorso, laddove la sentenza di liquidazione giudiziale, perso il ruolo di evento del reato, manterrà comunque quello di condizione obiettiva di punibilità. In conseguenza di ciò, si dovrebbe ritenere verificata una ipotesi di *abolitio criminis* rispetto a tutte quelle condotte che abbiano effettivamente determinato il fallimento della società «ma senza la pregressa determinazione dello stato di insolvenza/dissesto, soltanto nel caso simulato».

ARTICOLO 2, COMMA 1, LETTERA H), DEL CODICE, COME MODIFICATO DALL'ARTICOLO 1, COMMA 1, LETTERA C DEL DLGS 83/2022

«h) "gruppo di imprese": l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del Codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto;»

---

3. L'esplicita applicabilità anche in ambito fallimentare, per effetto del rinvio contenuto nell'articolo 290 CCI all'articolo 2497 del Codice civile («non vi è responsabilità quando il danno risulta man-

2 Definizione, questa, innovata, quanto al concetto di "crisi", dal Dlgs 83/2022, che la inquadra in una prospettiva temporale determinata, nella misura in cui si consideri che è considerato tale "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»), della **clausola dei c.d. vantaggi compensativi** nell'ottica della valutazione della dannosità di una operazione infragruppo e in chiave esimente della responsabilità. Così facendo si sono superate le difficoltà opposte da quella parte della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cassazione penale 24 aprile 2003, n. 23241) che riteneva che la esplicita previsione della stessa riguardo al solo delitto di infedeltà patrimoniale di cui all'articolo 2634 del Codice civile, sarebbe stata ostativa alla sua estensione anche al campo dei reati fallimentari, recependo, al contempo, l'insegnamento della giurisprudenza maggioritaria che ammette la valenza - pur non generalizzata - di tale clausola anche con riferimento ai delitti che ci occupano (cfr., *ex multiis*, Cassazione penale 6 marzo 2018, n. 31997; 2 marzo 2017, n. 16206; 24 ottobre 2016, n. 8008; 19 gennaio 2016, n. 32131; 26 giugno 2015, n. 8253).

4. La previsione, al **capoverso dell'articolo 2086 Cc**, del dovere per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, 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.
   In questo contesto, il decreto legislativo n. 83 del 2022 interviene nel senso di conferire una **maggiore determinatezza** al concetto di **adeguatezza** delle misure in questione, riscrivendo (anche nell'ottica del coordinamento con la integrale rielaborazione del Titolo II) l'**articolo 3 CCI**, ora significativamente rubricato *Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa* e secondo il quale:
   "1. *L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.*
   2. L'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.
   3. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:
   a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico- finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
   b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;
   c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento *di cui all'articolo 13, al comma 2.*
   4. Costituiscono ***segnali*** *per la previsione di cui al comma 3:*
   a) l'esistenza di ***debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni****;*
   b) l'esistenza di ***debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti****;*
   c) l'esistenza di ***esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti*** *in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il* ***cinque per cento del totale delle esposizioni****;*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

d) l'esistenza di ***una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1.****».*

Ancorché non direttamente presidiate dalla sanzione penale, dette disposizioni sembrano suscettibili di impattare sulle fattispecie penali concorsuali, se non altro in termini di rappresentazione rilevante ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo delle fattispecie via via in rilievo, come verosimilmente la futura prassi applicativa potrà confermare.

5. L'introduzione, all'articolo 25 *octies* CCI, per come introdotto dal Dlgs 83/2022 (in sostituzione del vecchio articolo 14 inserito nell'ambito della disciplina ormai soppressa dell'allerta), di **obblighi** c.d. **di segnalazione** in capo agli **organi di controllo societari**.

   Secondo quanto stabilito da tale norma, *"l'****organo di controllo*** *societario* ***segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17****. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane* ***fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del Cc****.*

   La ***tempestiva segnalazione*** *all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e* ***la vigilanza sull'andamento delle trattative*** *sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo* ***2407 del Codice civile****".*

   Detta disposizione, ove congiunta a quelle di cui agli articoli 2403 e 2407 del Codice civile, del resto esplicitamente richiamati nella norma, sembra approfondire la **posizione di garanzia** gravante **in capo ai sindaci** e fondante la responsabilità penale di costoro, *ex* articolo 40 cpv Cp , in caso di omesso controllo e segnalazione delle azioni degli amministratori nella gestione delle società, specie in presenza di quei **"segnali" di emersione della crisi** di cui all'articolo 3 del Codice della crisi sopra illustrati.
6. L'introduzione di una circostanza attenuante a effetto speciale nel cpv. dell'articolo 338, nei confronti di colui il quale, presentata, anche per interposta persona, e fuori dei casi di concorso in bancarotta, domanda di ammissione al passivo della liquidazione giudiziale per un credito fraudolentemente simulato, ritiri poi la domanda prima della verificazione dello stato passivo.
7. Quanto al reato di omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari, di cui all'articolo 235 legge Fallimentare, si segnala come il testo dello schema di decreto legislativo, per come presentato alle Camere per il parere delle competenti Commissioni, recava all'articolo 373, fra l'altro, l'abrogazione espressa di tale norma. Il testo del decreto da ultimo approvato dal Consiglio dei ministri, pur non recando più, nel corpo della norma dedicata alle abrogazioni (ora articolo 374 CCI), l'indicazione di tale disposizione, manca nondimeno di disciplinare la relativa fattispecie che dovrà, quindi, ritenersi tacitamente abrogata.

15.7 Conclusioni

Salva l'opportunità - in una prospettiva *de iure condendo* - di una maggiore valorizzazione di eventuali condotte riparatorie e di un adeguamento della tipicità dei delitti di bancarotta ai più recenti approdi giurisprudenziali che valorizzano le fattispecie in questione al lume del principio costituzionale di necessaria offensività, l'aver confermato il ruolo centrale della bancarotta fraudolenta, nell'ambito di un sistema che guarda alla liquidazione giudiziale come momento residuale rispetto agli strumenti negoziali o giudiziari di regolazione della crisi (strumenti, que-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sti, volti ad anticipare o, se possibile, ad evitare l'irreversibile dissesto dell'azienda), da un lato, si pone in linea con la **funzione frammentaria dell'intervento penale**. Dall'altro, integra, come osservato dai primi commentatori (S. Sisia, C. Tremolada, Il nuovo Codice della crisi, cit.), un atteggiamento ispirato a **canoni di assoluta ragionevolezza**, posto che si mantiene la scelta di andare a colpire con la massima sanzione prevista dall'ordinamento (quella penale, appunto) proprio la condotta di chi, in un sistema imperniato sull'emersione tempestiva della crisi finalizzata a scongiurare il dissesto dell'impresa, ne cagiona l'insolvenza, disattendendo così le finalità di tutela dell'impresa proprie del sistema.

Del resto, un importante ruolo nella selezione delle condotte **concretamente offensive** del bene giuridico tutelato, potrà essere ancora svolto dall'orientamento giurisprudenziale (sopra citato) che ricostruisce il reato di bancarotta in chiave di **pericolo concreto**, anche sotto il versante dell'elemento soggettivo, attraverso la valorizzazione degli indici di fraudolenza, rispetto ai quali i "segnali" per la tempestiva previsione della crisi di cui al rinnovato 3 CCI, per un verso, e la attivazione delle procedure di composizione negoziata, per altro, non potranno che avere un peso specifico.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PARTE VII

Organi sociali e figure professionali nella gestione della crisi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 1

La mappa dei ruoli di amministrazione e controllo

Patrizia Riva

SOMMARIO: 1.1 Gli attori alla guida del processo di turnaround nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza. Modelli di riferimento e differenze – 1.2 Il ruolo dell'Esperto – 1.3 Il ruolo dell'Advisor legale e dell'Advisor finanziario – 1.4 Il ruolo del Legale delle banche e degli istituti finanziari – 1.5 Il ruolo del Temporary Manager (TM) e del Chief restructuring manager (CRO) – 1.6 Il ruolo dell'Attestatore – 1.7 Il Commissario Giudiziale – 1.8 Il Giudice Delegato – 1.9 Il Pubblico Ministero

1.1 Gli attori alla guida del processo di turnaround nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza. Modelli di riferimento e differenze

Per evitare che il procedimento di *early warning* introdotto dal Dl 118/2021 e rifuso nel CCI con il decreto legislativo n. 83 del 2022[1] (CCI 2022) si risolva negativamente, è necessario l'intervento di una serie di professionalità specifiche. Queste sono solitamente portate da attori qualificati e specializzati nella gestione della risoluzione delle crisi aziendali e del *turnaround*. Si ha pertanto, inevitabilmente, un impatto notevole e potenzialmente invasivo sulla *governance* aziendale descritta nei capitoli che precedono.

I tempi di intervento sono brevissimi e diviene prioritaria l'individuazione tempestiva delle possibili strategie di uscita dalla crisi. Accanto agli organi societari compaiono differenti attori con competenze, ruoli e poteri differenziati. Essi interagiscono con gli organi societari a vario titolo e influenzano l'evoluzione della situazione aziendale e della *governance* della stessa.

Nelle figure riportate nelle pagine seguenti si visualizza l'impatto potenziale sugli assetti organizzativi del procedimento di allerta e composizione ***negoziata*** della crisi *ex* CCI 2022: esse rappresentano una rielaborazione della *Mappa dei ruoli di governance nel going concern* presentata nel primo fascicolo della collana[2].

---

1 Alcuni commentatori la hanno denominata "allerta edulcorata" o "allertina" per distinguerla dal differente procedimento previsto dal CCI nella formulazione del 2019. Ci si riferisce tra gli altri a: S. Pacchi, Relazione nel Seminario Capri dell'Istituto dei Curatori, 17/19 settembre 2021; P. Riva, Presupposto oggettivo e piattaforma nazionale in M. Irrera, S.A. Cerrato, La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento, Zanichelli, 2022.

2 Si rinvia per approfondimenti a Riva P., Ruoli di Corporate Governance, Egea, 2020.

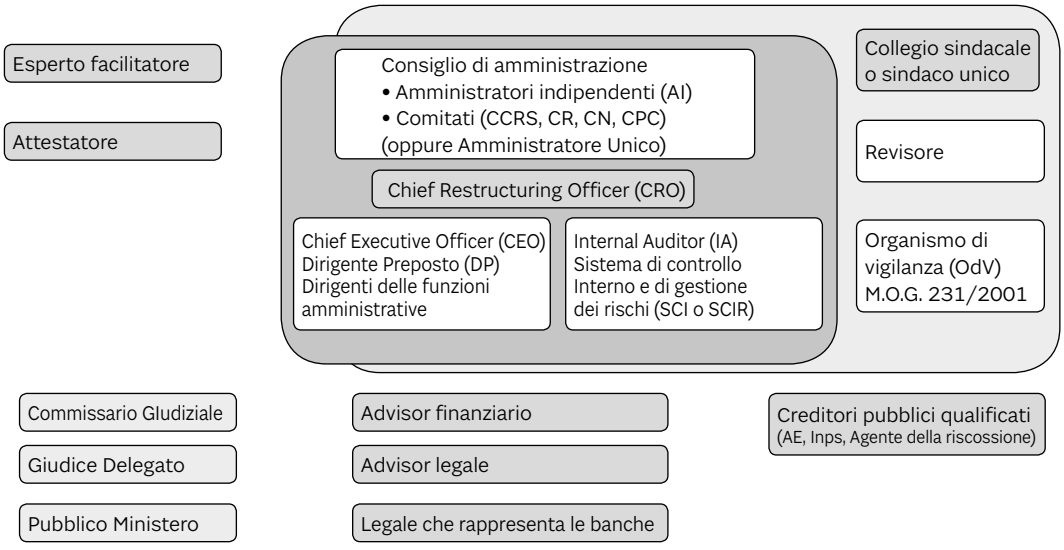
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

È opportuno evidenziare le principali differenze tra questa configurazione e quella precedentemente prevista dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza nella sua prima configurazione del 2019 (CCI 2019).

Il **CCI 2022** prevede:

1. **l'early warning (o allerta) interna**, ma unico attore legittimato ad attivarla è il collegio sindacale; al contrario il CCI 2019 attribuiva questo potere/dovere anche al revisore legale;
2. **l'early warning (o allerta) esterna** ad opera dell'agenzia delle Entrate, dell'Inps e dell'Agenzia della riscossione, ma:
   a. da un lato individua soglie di attivazione differenti (e inferiori in valore assoluto) rispetto a quelle previste dal CCI 2019;
   b. dall'altro lato non sembra prevedere sanzioni per la mancata allerta da parte dei creditori pubblici qualificati all'intercorso superamento delle previste soglie mentre le stesse erano chiaramente previste nel CCI 2019;
3. **l'attivazione, su istanza degli amministratori della società, della CCIAA** nella persona del Segretario Generale o di suo delegato per la nomina di un unico esperto; al contrario il CCI 2019 prevedeva la costituzione in seno alla CCIAA di compositi Organismi di Composizione della Crisi (OCRI) che a loro volta provvedevano alla nomina di un collegio di tre esperti.

Figura 1 - MAPPA DEI RUOLI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO IN SITUAZIONE DI EARLY WARNING (O ALLERTA) Ex Titolo II della parte prima del CCI 2022
(come modicato dallo schema di Dlgs approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2022)



Per essere pronta ad affrontare la composizione negoziata della crisi in modo efficace, è utile che l'impresa sia assistita da figure professionali con profili altamente specializzati in materia di *turnaround* che possano supportare l'interlocuzione con l'esperto.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

1.2 Il ruolo dell'Esperto

Il Decreto Dirigenziale che accompagna il CCI 2022 rimanda al requisito di diligenza professionale richiamando le caratteristiche di riservatezza, di imparzialità e di indipendenza, da intendersi come *sostanziale*. In coerenza con quanto già introdotto con il CCI 2019 anche il CCI 2022 prevede per le parti il dovere di tenere un comportamento secondo le norme di buona fede e correttezza in modo tale da non vanificare il lavoro di mediazione degli interessi e di superamento delle posizioni del professionista esperto.

Quest'ultimo ha la facoltà di chiedere tutte le informazioni a lui necessarie all'imprenditore, il quale ha, a sua volta, il dovere rappresentare la situazione in cui si trova nel miglior modo possibile, con trasparenza e completezza oltre al dovere di gestire, nelle more, il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

È importante il richiamo esplicito al segreto professionale che tutela il rapporto tra l'Esperto e l'imprenditore operato ai sensi del CCI 2022. L'esperto indipendente non è, infatti, tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni che ha acquisito davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altre autorità, fatte salve le previsioni endo- procedimentali con riferimento alla eventuale concessione di misure protettive e cautelari. Inoltre il Decreto specifica che si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del Codice di procedura penale rubricato *Segreto professionale* e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili.

L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa. Se accetta l'incarico deve come prima cosa valutare la prospettiva di risanamento, convocando l'imprenditore o i rappresentanti della società.

Per effettuare una valutazione che sia completa e attendibile, ma soprattutto concreta, l'esperto può assumere informazioni dal revisore legale e dall'organo di controllo ossia dal collegio sindacale.

Nel caso in cui non vi sia alcuna prospettiva di risanamento, all'esito della convocazione dell'imprenditore o dei rappresentanti della società, l'esperto deve dare notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Questa comunicazione *non* costituisce presupposto per l'apertura del *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio* in quanto vi deve essere stata l'apertura e la conduzione di trattative con esito negativo. Quando le trattative sono state aperte e se si sono svolte senza portare ad un esito utile al risanamento della situazione, l'esperto redige una relazione finale ai sensi dell'art. 17, comma 8 che deve essere inserita nella piattaforma e comunicata all'imprenditore.

Nell'ambito della propria relazione finale l'esperto rendiconta sull'attività svolta con le parti, sui tentativi di risoluzione prospettati al fine di mediare gli interessi delle stesse e dichiara che le trattative considerate inizialmente possibili, impostate e intrattenute con le parti non hanno portato alla individuazione di una soluzione condivisa. In questo caso il deposito della relazione costituisce presupposto per la presentazione di una proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Potrà chiedere in altri termini l'omologazione di un concordato per cessione dei beni depositando apposita istanza unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 39, senza alcuna attestazione del piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Durante la prosecuzione dell'impresa l'esperto assume funzione di controllo sugli atti e sull'attività portata avanti dall'imprenditore, che conserva sia l'ordinaria la straordinaria gestione. Nel caso in cui l'impresa progetti di porre in essere di atti di straordinaria amministrazione o l'esecuzione di pagamenti non coerenti con le prospettive di risanamento, scattano dei doveri di informazione *preventiva*, in forma scritta, nei confronti dell'esperto.

La nomina e l'attivazione di un esperto comporta la necessità di valutare, di volta in volta e a seconda della situazione aziendale che si delinea, quali possano essere le figure da attivare per giungere alla strutturazione dell'operazione.

Paradossalmente e molto probabilmente nelle intenzioni stesse del legislatore, quando da un lato l'intervento è davvero tempestivo e quindi se è intercettato ed è chiesto aiuto nel momento di *probabilità di crisi* e se dall'altro lato l'impresa è ben strutturata e quindi presenta assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla propria complessità e dimensioni, potrebbe essere sufficiente l'intervento del solo Esperto negoziatore nominato dalla CCIAA.

Qualora però questo non avvenga mantengono validità gli interventi preventivi *in adiuvandum* delle figure professionali specializzate così che la rappresentazione della situazione aziendale all'esperto possa essere considerata sufficientemente articolata.

1.3 Il ruolo dell'Advisor legale e dell'Advisor finanziario

In caso di probabilità di crisi è opportuno che gli amministratori si attivino autonomamente e in modo tempestivo al fine di evitare segnalazioni da parte degli enti e da parte dell'organo di controllo societario.

A tale fine è prassi virtuosa rivolgersi a dei professionisti specializzati in materia ossia ad *advisor* finanziari e ad *advisor* legali. Si tratta di soggetti che in queste situazioni assumono un ruolo di consulenza esterna dotati di competenze complementari estremamente specialistiche in grado di studiare in tempi brevi la realtà aziendale con distinte prospettive così da valutare sia da un punto di vista economico- finanziario e patrimoniale, sia da un punto di vista legale la situazione in cui versa l'azienda. Sulla base di una analisi strutturata gli *advisor* suggeriscono soluzioni alternative possibili e supportano la società - una volta selezionata una specifica modalità - nella formalizzazione, nella presentazione ai propri creditori (stratificati per tipologia e natura del credito), all'esperto e se del caso al Tribunale da un lato di un proprio piano per l'uscita dalla crisi e dall'altro di una proposta per la chiusura della posizione debitoria.

Accanto a queste due figure principali può essere necessario l'intervento di altri esperti sia per le valutazioni di specifici attivi quali i beni immobili o mobili (periti), sia per l'apprezzamento della struttura industriale dell'azienda e lo studio e successiva implementazione di efficientamenti di tipo gestionale (*advisor* industriale), sia per le eventuali trattative e valutazioni relative alle posizioni dei dipendenti aziendali (giuslavorista o consulente del lavoro della crisi).

1.4 Il ruolo del Legale delle banche e degli istituti finanziari

Il cosiddetto "*Legale banche*" è l'avvocato incaricato dai creditori finanziari, *in primis* dagli istituti di credito, per l'assistenza agli stessi nell'ambito delle trattative dirette alla composizione negoziale della crisi dell'imprenditore ed è una figura che può giocare un ruolo rilevante nella

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

predisposizione dell'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento e nelle fasi di negoziazione e di redazione degli accordi tra il ceto bancario e l'impresa in crisi.

L'opportunità di includere il legale banche nell'ambito dei *tavoli di ristrutturazione* è connessa alle caratteristiche specifiche del ceto bancario. Sarà importante per il buon fine dell'operazione quando il finanziamento presso il sistema bancario sia la principale fonte di approvvigionamento dei mezzi finanziari di cui necessita l'impresa. Spesso gran parte dell'indebitamento è detenuto dalle banche e dai cessionari di queste, ai quali è attribuita una posizione centrale nello svolgimento delle trattative necessarie per consentire all'impresa di superare la crisi. In particolare può risultare utile nel caso in cui vi sia una pluralità di istituti creditori caratterizzati da una importante eterogeneità di interessi, distinguibili sulla base della tipologia di crediti vantati, delle caratteristiche delle linee di credito accordate, della dimensione dell'esposizione creditizia complessiva, dell'andamento storico dei rapporti con il debitore, della disponibilità a fornire supporto finanziario all'impresa.

È opportuno evidenziare in proposito che si sta per altro assistendo alla progressiva e sempre più rilevante cessione da parte degli istituti di credito delle posizioni vantate nei confronti delle imprese in crisi a soggetti specializzati nel recupero dei crediti non performanti (NPL) e incagliati (UTP). Elemento che può risultare rilevante è rappresentato dalla strutturazione del processo istruttorio e decisionale degli istituti. Solitamente le banche e i loro cessionari partecipano al tavolo di ristrutturazione in persona dei rispettivi funzionari tecnici, i quali hanno il compito di esaminare la proposta elaborata dall'impresa, richiedere eventuali chiarimenti o correttivi e predisporre il fascicolo contenente una proposta di delibera da sottoporre ai propri organi deliberanti al quale sarà rimessa la decisione definitiva in ordine alla proposta ricevuta.

Il ruolo del "Legale banche" può dimostrarsi prezioso nella fase di organizzazione dell'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento e nelle fasi di redazione e negoziazione degli accordi contrattuali tra il ceto bancario e l'impresa in crisi.

Questo ruolo potrebbe affiancarsi e in alcuni casi anche sovrapporsi al compito dell'Esperto.

1.5 Il ruolo del Temporary Manager (TM) e del Chief restructuring manager (CRO)

La figura del *temporary manager*, soprattutto nei Paesi anglosassoni, rappresenta una professione qualificata e diffusa a supporto dei processi di trasformazione e ristrutturazione dell'impresa. Il *temporary manager* è chiamato a svolgere, per un periodo di tempo limitato che generalmente non supera i ventiquattro mesi, il ruolo di facilitatore di un percorso di cambiamento nell'ambito di un'organizzazione aziendale.

Il suo incarico può essere limitato a una specifica area aziendale o rivestire un ruolo molto più pervasivo, con assunzione di tutte le deleghe necessarie a raggiungere gli obiettivi condivisi con i principali *stakeholder*. Nelle aziende di una certa dimensione, il *turnaround management* si attua con il coinvolgimento di un *team* specializzato di *temporary manager*, dove ciascun *manager* è posto a presidio di singole aree di competenza, sotto il coordinamento di un *Chief restructuring manager (Cro)*.

1.6 Il ruolo dell'Attestatore

Tra le novità introdotte dal CCI vi è la ridefinizione e l'ampliamento dell'istituto dell'attestazione, quale strumento focale in tema di accertamento dello stato di crisi del debitore sia in una

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fase preliminare, sulla base delle specificità emergenti dai nuovi meccanismi di *early warning* e di composizione assistita della crisi, sia in una eventuale fase successiva caratterizzata dallo svolgimento delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza[3]. Nel CCI 2022 (così come anche nel precedente CCI 2019) sono previste molteplici fattispecie di attestazione, per cui è possibile affermare che l'introduzione del codice abbia, rispetto al passato, valorizzato ed enfatizzato il ruolo riconosciuto a questo tipo di professionalità. Gli *standard* di riferimento per lo svolgimento delle verifiche sono i "*Principi di attestazione dei piani di risanamento*" (di seguito anche "Principi di attestazione") approvati, pubblicati nel 2014 e aggiornati nel dicembre 2020 dal Cndcec e frutto del lavoro di un gruppo di lavoro congiunto Aidea, Irdcec, Apri, Adaf e Ocri.

1.7 Il Commissario Giudiziale

Il Commissario Giudiziale è un professionista particolarmente qualificato sotto un profilo tecnico, etico e deontologico, che svolge la funzione di ausiliario del Giudice Delegato nelle procedure di concordato e riveste la qualifica di Pubblico Ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni. L'attività svolta dal Commissario Giudiziale può essere riepilogata nella funzione di vigilanza, nella funzione consultiva (mediante l'assunzione di pareri) e nella funzione di informazione o segnalazione agli organi della procedura, ad altri organi giudiziari o ad altri soggetti, fra i quali soprattutto i creditori.

1.8 Il Giudice Delegato

L'interlocuzione - intesa come passaggio di argomenti, informazioni e atti - tra giudice, commissario, debitore, *advisor* legale e finanziario, può avere carattere: formale (tramite atti e udienze, in genere rispettivamente rivolti e tenute dal giudice) o informale (come solitamente avviene tra commissario, debitore e professionisti da questo designati). Il passaggio informale può essere diretto (tra professionisti e commissario) o indiretto (tra professionisti e giudice)[4].

1.9 Il Pubblico Ministero

Nell'ambito della crisi e dell'insolvenza delle imprese, il Pubblico Ministero si qualifica come soggetto neutro ed imparziale che agisce per tutelare la *par condicio creditorum*, gli interessi economici della collettività e la legalità nello svolgimento delle procedure concorsuali[5].

È rilevante evidenziare che nella prima formulazione del CCI 2019 i poteri di intervento e di

3 Per approfondimenti sull'origine dell'istituto: P. Riva, "L'attestazione dei piani delle aziende in crisi. Principi e documenti di riferimento. Analisi empirica", Milano, 2009.

4 Per approfondimenti sul tema si rinvia a: A. Crivelli, "Contatti e interlocuzioni, il ruolo e le funzioni del Giudice Delegato" in "I nuovi compiti degli organi sociali" a cura di P. Riva, Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, pp. 154 ss.

5 S. De Flammineis, "Il nuovo ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale" in "Diritto penale contemporaneo", Fascicolo 2/2019, 2019, pp. 5 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

controllo detenuti dal Pubblico Ministero risultavano accentuati in quanto era chiamato a vigilare anche nelle situazioni imprenditoriali di difficoltà pre- insolvenza. In particolare l'art. 22 rubricato *Segnalazione al pubblico ministero* prevedeva al primo comma che: *qualora il debitore non fosse comparso per l'audizione avanti all'OCRI, o dopo l'audizione non avesse depositato l'istanza di fissazione del termine per la ricerca di una soluzione concordata o all'esito delle trattative non avesse depositato domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnato, il collegio, se non risulta che il debitore aveva depositato domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza e se valutava che gli elementi acquisti rendevano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnalava con relazione motivata al referente della CCIAA che ne dava notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente.*

Tale previsione normativa non è stata riproposta nella nuova formulazione del CCI conseguente alla introduzione dell'istituto della composizione negoziata della crisi. Ne segue che risulta depotenziato il dovere del pubblico ministero di porre l'attenzione investigativa nella fase di early warning sulle condotte che possono essere realizzate da parte del debitore nel periodo di ricerca del ripianamento economico e della continuità aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 2

Ruolo, compiti e responsabilità del consiglio di amministrazione

Daniele Giuffrida

SOMMARIO: 2.1 I doveri degli amministratori nella crisi di impresa – 2.2 L'organo amministrativo tra composizione negoziata della crisi e adeguatezza degli assetti – 2.3 Le azioni di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo – 2.4 Il calcolo del danno risarcibile

2.1 I doveri degli amministratori nella crisi di impresa

Uno tra gli aspetti cui la dottrina più recente ha assegnato particolare rilevanza, infatti, riguarda i comportamenti che gli amministratori sono tenuti a osservare in contesti di crisi di impresa, seppur in assenza di specifici riferimenti normativi in grado di definire un quadro dei doveri dell'organo amministrativo sia nella fase di manifestazione dei primi segni della crisi di impresa sia in contesti di crisi conclamata.

Al fine di colmare tale esigenza, il legislatore delegato ha riformulato mediante l'articolo 375 CCI il titolo della rubrica dell'articolo 2086 (da «Direzione e gerarchia nell'impresa» a «Assetti organizzativi dell'impresa») e introdotto nella norma un nuovo secondo comma.

ARTICOLO 2086, COMMA 2, CC

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.

Precedentemente alla modifica operata dal Codice della crisi, la norma più significativa cui ricondurre tali doveri veniva individuata nell'articolo 2394 Cc sulla responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Sul punto appare utile osservare che, nel normale esercizio dell'impresa, la **conservazione dell'integrità del patrimonio sociale** rappresenta un obbligo che gli amministratori hanno verso i soci, ancor prima che nei confronti dei creditori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'eventuale contrasto tra l'interesse dei soci alla crescita economica della società e l'interesse dei creditori a che non vengano assunte iniziative potenzialmente pregiudizievoli per l'equilibrio patrimoniale della società, va quindi normalmente risolto dando la prevalenza all'interesse dei soci purché la decisione venga assunta nel rispetto di un procedimento che ne garantisce la conformità a criteri di diligente e corretta amministrazione (v. Calandra Buonaura, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino 2019, 305 ss.).

Altrettanto non può dirsi quando ci si trovi in una situazione di crisi in grado di compromettere la continuità aziendale e la capacità della società di far fronte alle proprie obbligazioni. In tale contesto assume particolare rilevanza nelle scelte gestionali il dovere di **protezione dell'interesse dei creditori** alla conservazione della garanzia patrimoniale, che impone agli amministratori di non assumere decisioni che aggravino la posizione dei creditori esponendoli al rischio della perdita del proprio credito.

Pertanto, se nella **fase prodromica alla crisi** - individuata in dottrina come **twilight zone -** gli amministratori sono tenuti a bilanciare l'interesse dei soci con quello dei creditori, in una fase di dissesto conclamato è evidente il mutamento di prospettiva in favore della tutela degli interessi dei creditori dal momento che i soci, quali fornitori di capitale di rischio, potrebbero incentivare il compimento di atti meno conservativi nel tentativo di rientrare dell'investimento, scaricando così il rischio di tali iniziative sul ceto creditorio.

La disciplina della tutela prioritaria degli interessi dei creditori è altresì evidente nella novella che regola gli effetti sui poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento della società (articolo 2486 Cc) e, ancor di più, nell'articolo 217, comma 1 della legge Fallimentare in tema di violazione dell'obbligo degli amministratori di astenersi dal compimento di atti che possano aggravare il dissesto dell'impresa.

Ancorché i doveri degli amministratori fossero già individuabili nell'impianto civilistico precedente, l'articolo 3 CCI, intitolato «Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa», prevede adesso esplicitamente l'obbligo:

- per l'imprenditore individuale, dell'adozione di misure **idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi** e assumere senza indugio le **iniziative necessarie a farvi fronte** (comma 1); e
- per l'imprenditore collettivo l'**adozione** ai medesimi fini di **specifici assetti organizzativi, amministrativi e contabili** adeguati ai sensi dell'articolo 2086 Cc (comma 2).

In tale prospettiva si inserisce poi l'ulteriore intervento nel Codice civile a opera del Codice della crisi e in particolare dell'articolo 377 che estende a tutti i tipi di società gli obblighi previsti dall'articolo 2086, comma 2 Cc.

In particolare, vengono modificati gli articoli:

- 2257 Cc (in tema di amministrazione di società di persone);
- 2380 *bis* e 2409 *novies* Cc (in tema di amministrazione delle SpA);
- 2475 Cc (in tema di società a responsabilità limitata) prevedendo che «*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori*».

Sul punto si segnala infine l'espressa previsione dell'articolo 377, comma 5, che ha introdotto il comma 6 all'articolo 2475 Cc in merito all'applicabilità alle società a responsabilità limitata dell'articolo 2381 Cc in tema di delega dell'amministrazione delle società per azioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

PER APPROFONDIRE

Sui doveri degli amministratori nella crisi di impresa si vedano: M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano 2017; R. Sacchi, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, "Giurisprudenza commerciale", 2014; A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, "Amministrazione e controllo nel diritto delle società", Torino, 2010; P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, "Rivista di diritto; societario", 2011, 820 ss. S. Fortunato, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi*, "Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa" a cura di Jorio A., Milano 2012, 173 ss.; A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Milano 2014; P. Riva, A. Danovi, M. Comoli, A Garelli, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo CCI*, Giurisprudenza commerciale, 3/2020.

2.2 L'organo amministrativo tra composizione negoziata della crisi e adeguatezza degli assetti

Come noto, la modifica di maggior rilievo prevista dal Dlgs 17 giugno 2022, n.83 in attuazione della Direttiva Insolvency consiste nell'abrogazione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Infatti, viene meno ogni riferimento ai precedenti sistemi di allerta adesso integralmente sostituiti dalla disciplina sulla composizione negoziata della crisi finalizzata a consentire all'imprenditore che si trovi in uno stato di squilibrio di porvi rimedio individuando le soluzioni idonea a risanare l'azienda e salvaguardare la continuità aziendale.

Il processo di risanamento non si fonda più, pertanto, su meccanismi di attivazione automatica in base agli indici ed indicatori di crisi, concepiti ormai in uno scenario economico profondamente diverso da quello attuale, post emergenziale.

Come anticipato, l'articolo 3 CCI disciplina la responsabilizzazione diretta dell'imprenditore in forma collettiva che dovrà adottare adeguati assetti «*ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*». In particolare, all'esito dell'intervento ad opera del Dlgs 17 giugno 2022, n.83, restano invariati i primi due commi del citato articolo 3 mentre il terzo comma specifica meglio l'ambito dei doveri di dotarsi degli assetti in capo agli amministratori.

In esso, infatti, viene definito il concetto di adeguatezza, per cui gli assetti saranno tali a condizione che siano in grado di consentire, in maniera costante e tempestiva, lo svolgimento di talune verifiche, l'ottenimento di determinate informazioni e l'accensione di specifici segnali di allarme. Nello specifico, gli adeguati assetti devono consentire di:

1) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario;
2) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;
3) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

In particolare, il comma 4 così definisce i segnali per la previsione di cui al comma 3 lettera *b)*:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies*, comma 1. ("Segnalazione dei creditori pubblici qualificati").

Nondimeno, la previsione dell'avverbio «anche» previsto dal nuovo articolo 2086 Cc, lascia intendere che il principio portato dalla disciplina codicistica non esaurisca la propria funzione nella «*rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*», ma abbia una portata ben più ampia, investendo l'organo amministrativo dell'obbligo di monitorare costantemente gli assetti indipendentemente da eventuali rischi di crisi. Sul punto, è opportuno ricordare altresì l'ampliamento dei doveri degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione a opera dell'articolo 25 *octies* CCI, che prevede che la tempestiva segnalazione per la anticipata emersione della crisi e la sussistenza per l'avvio della procedura di composizione della crisi, sia valutata ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del Codice civile.

Ne deriva che il modello organizzativo non potrà prescindere dai segnali individuati dall'articolo 3 comma 4.

Il dovere di predisporre un idoneo **sistema di monitoraggio patrimoniale, economico e finanziario** della società al fine di verificare la sussistenza delle condizioni che consentano la continuazione dell'attività aziendale rientrava, d'altronde, già tra gli obblighi dell'organo amministrativo.

Tale obbligo trovava infatti conferma nelle norme in tema di bilancio (tra tutti l'articolo 2423 *bis*, comma 1, numero 1 Cc) e nei principi contabili che richiedono agli amministratori di verificare l'esistenza del presupposto per l'applicazione dei criteri di valutazione basati sul *going concern*.

In una situazione pre-crisi, il dovere di accertarne i sintomi e di verificare il presupposto della continuità aziendale si aggiunge all'obbligo di vagliare e adottare le misure più opportune per consentire il risanamento dell'impresa.

2.3 Le azioni di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo

Il Codice della Crisi (già ante Decreto *Insolvency*) interviene altresì sul Codice civile in tema della responsabilità degli amministratori.

L'articolo 378 CCI individua infatti due nuove norme nel Codice civile:

› il comma 6 nell'articolo 2476, che prevede una maggiore responsabilizzazione degli amministratori verso i creditori sociali rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale;
› il comma 3 dell'articolo 2486 che introduce un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento.

Appare quindi utile analizzare le diverse casistiche.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.3.1 La responsabilità per illegittima prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento

La cesura tra azione sociale e azione dei creditori sociali, già evidenziata nei paragrafi precedenti, emerge anche con riguardo ai danni derivati dalla inosservanza degli obblighi conseguenti al verificarsi di una causa di scioglimento, ai sensi degli articoli 2485 e dell'articolo 2486 Cc, adesso modificato a opera del CCI con la previsione del nuovo comma 3.

La norma così come modificata si pone l'obiettivo di risolvere i diversi contrasti interpretativi determinati dai differenti orientamenti giurisprudenziali nonché fornire uno strumento guida per la quantificazione del danno in tutti i casi in cui le scritture contabili non siano tenute regolarmente.

Nonostante l'ambito più diffuso di applicazione della norma sarà, come prevedibile, la liquidazione giudiziale, la regola potrebbe astrattamente essere applicabile anche ad azioni promosse da liquidatori societari o da creditori sociali di società *in bonis*, il cui patrimonio risulti comunque insufficiente a far fronte alle obbligazioni contratte.

Occorre altresì segnalare sul punto che il Codice della crisi contempla un'anticipazione degli effetti sospensivi della operatività della causa di scioglimento legata alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. L'articolo 20, comma 1 CCI dispone infatti che nel procedimento di composizione negoziata della crisi e fino alla sua conclusione, il debitore possa chiedere al tribunale che siano disposti il differimento degli obblighi previsti dal Codice civile in caso di riduzione del capitale sociale per perdite o per riduzione al di sotto del limite legale

Anche nel nuovo impianto normativo (articoli 64 e 89 CCI) viene ribadito che, in ipotesi di accordo di ristrutturazione e di concordato preventivo, dalla data del deposito della rispettiva domanda e sino all'omologazione, si determina la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.

2.3.2 L'azione di responsabilità del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni

L'articolo 115 CCI punta esplicitamente a risolvere la questione relativa alla legittimazione all'esperimento, successivamente all'omologazione, delle azioni restitutorie, recuperatorie e dell'azione sociale di responsabilità attribuendole al liquidatore, sia che queste debbano essere iniziate in corso di procedura sia che siano già pendenti.

ARTICOLO 115 CCI - AZIONI DEL LIQUIDATORE GIUDIZIALE IN CASO DI CESSIONE DEI BENI

1. Il liquidatore giudiziale esercita, o se pendente, prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti. 2. Il liquidatore esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità. Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali. 3. Resta ferma, in ogni caso, anche in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394 del Codice civile.

Pertanto, in caso di cessione dei beni, è il liquidatore a esercitare (oppure, se pendente, a proseguire) l'azione sociale di responsabilità, indipendentemente dalla circostanza che la stessa sia già pendente o debba essere iniziata in corso di procedura, restando inopponibili nei confronti

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del liquidatore e dei creditori sociali «*ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuta nella proposta o nel piano*». Sul punto la relazione ministeriale riferisce che in tal modo si ritiene «*sterilizzata nei confronti della massa dei creditori e del liquidatore, l'eventuale esclusione di tale azione, da parte della società proponente (e cioè, per lo più, dei suoi amministratori, che potrebbero anche essere i potenziali responsabili dei danni arrecati al patrimonio sociale), dai beni offerti, in cessione, escludendo, a fortiori, al fine della proposizione di tale azione, la necessità di una delibera assembleare o di una decisione del collegio sindacale*».

A differenza della liquidazione giudiziale, di cui si dirà più avanti, resta inoltre ferma la legittimazione dei singoli creditori sociali a esercitare o proseguire l'azione prevista dall'articolo 2394 Cc (e, nelle Srl, dall'articolo 2476, comma 5 *bis*), che è di loro esclusiva pertinenza, per far valere l'inosservanza, da parte degli organi di gestione, degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale. In tal caso, il danno risarcibile da parte degli amministratori e degli organi di controllo sarà ordinariamente rappresentato dalla differenza tra quanto ricevuto in sede concordataria e l'originaria prestazione dovuta e non ricevuta.

2.3.3 Le azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale

L'articolo 255 CCI prevede l'attribuzione al curatore della legittimazione a esercitare ovvero, se pendenti, a proseguire:

- l'azione sociale di responsabilità;
- l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, comma 6 Cc;
- l'azione prevista dall'articolo 2476, comma 7 Cc;
- l'azione prevista dall'articolo 2497, comma 4 Cc;
- tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge.

Sul punto, occorre osservare che il Decreto *Insolvency* ha modificato recentemente l'articolo 255 del Codice al fine di eliminare la possibilità per il curatore di esercitare separatamente le azioni di responsabilità sopra elencate, in attuazione del principio di efficienza delle procedure di gestione dell'insolvenza di cui all'articolo 25 lettera *b)* della direttiva. Secondo quanto chiarito dalla relazione illustrativa al Decreto, l'esercizio di azioni separate avrebbe dato origine ad inefficienze nella gestione della procedura, dal momento che la principale causa della durata eccessiva delle procedure di insolvenza sarebbe ravvisabile nelle lungaggini dei giudizi instaurati dal curatore o nei quali lo stesso è subentrato. In tale contesto, la possibilità di esercitare o, proseguire se pendenti, le azioni risarcitorie **anche separatamente** sarebbe stata contraria al principio di economia processuale, incentivando il proliferare di giudizi e di procedimenti nei quali gli accertamenti da compiere sono spesso sovrapponibili oltre a non essere spesso agevole distinguere le conseguenze dannose di una fattispecie rispetto all'altra, con conseguente danno dei creditori.

Un altro elemento innovativo della norma è rappresentato dall'elencazione analitica delle azioni di responsabilità esperibili nella liquidazione giudiziale.

Il curatore è pertanto legittimato a tutte le azioni previste in favore della società, quali i casi previsti dagli articoli 2392, 2393, 2476, 2485 e 2486 Cc, e dei creditori sociali a norma degli articoli 2394 e 2476, comma 5 *bis* Cc e, in quanto a esse riconducibili, degli articoli 2485 e 2486 Cc.

La norma prevede altresì l'esperibilità dell'azione di responsabilità da parte del curatore nei confronti di tutti i legittimati passivi, che, a differenza della normativa anteriore *ex* articolo 146 della legge Fallimentare, non vengono adesso espressamente elencati. Vale a dire:

- amministratori (articoli 2392, 2393, 2394, 2485, 2486 Cc);

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- i liquidatori (articolo 2489 Cc);
- i sindaci (articoli 2407 e 2477 Cc);
- i revisori contabili (articolo 15 Dlgs 39/2010);
- i direttori generali (articolo 2396 Cc) della società in liquidazione giudiziale;
- i soci della società a responsabilità limitata che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato l'atto di mala *gestio* degli amministratori della società in liquidazione giudiziale (articolo 2476, comma 7 Cc);
- i soggetti ai quali le predette norme si applicano, come i componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico (articoli 2409 *decies* e 2409 *undecies* Cc) e i componenti del consiglio di amministrazione del sistema monistico (articolo 2409 *noviesdecies*, comma 1 Cc). La disposizione in esame, inoltre, attribuisce al curatore della liquidazione giudiziale della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento la legittimazione a esercitare l'azione attribuita ai relativi creditori dall'articolo 2497, comma 4, Cc.

La disposizione, infine, con una norma di chiusura a carattere generale, stabilisce che il curatore è legittimato a esercitare le (sole) azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole di disposizioni di legge, in tal modo superando l'incerta disposizione fallimentare, che attribuiva al curatore la legittimazione a esercitare «le azioni di responsabilità» senza altra precisazione (nel rispetto della riserva prevista dall'articolo 81 del Codice di procedura civile).

La norma, infine, non ha riprodotto la previsione per cui le azioni di responsabilità in esame devono essere esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, in tal modo semplificandone l'esercizio, che rimane, così, assoggettato alle medesime disposizioni che regolano ogni altro tipo di iniziativa giudiziaria del curatore.

CRITERIO DEI NETTI PATRIMONIALI – ESEMPIO DI CALCOLO

Il patrimonio netto (rettificato) alla data in cui si è verificata la perdita del capitale sociale è così determinato:

STATO PATRIMONIALE AL 31 DICEMBRE 2016	**IMPORTI**
Attivo	100
Passivo	– 80
Rettifiche	– 50
Patrimonio netto	**– 30**

Il patrimonio netto rettificato alla data di apertura del concorso, invece, è così determinato:

STATO PATRIMONIALE AL 31 DICEMBRE 2018	**IMPORTI**
Attivo	60
Passivo	– 130
Rettifiche riportabili dalla situazione iniziale	– 30
Patrimonio netto	**– 100**

Il danno è, pertanto, pari alla differenza dei patrimoni netti (rettificati) alla data in cui si è verificata la perdita del capitale sociale e alla data di apertura della procedura:

DANNO	VALORE
Stato patrimoniale al 31 dicembre 2018	– 100
Stato patrimoniale al 31 dicembre 2016	– 30
DIFFERENZA	**– 70**

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

2.4 Il calcolo del danno risarcibile

La nuova disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 2486 Cc («Poteri degli amministratori»), introdotta dall'articolo 378 del CCI, individua un criterio univoco di calcolo del risarcimento del danno a carico dell'amministratore conseguente all'inosservanza di gestire l'impresa, successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento, con il solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio.

Pertanto, nella fattispecie di cui all'articolo 2486 Cc, la condotta oggetto di contestazione è rappresentata dall'omessa tempestiva assunzione delle iniziative disposte dalla legge in caso si verifichi una delle cause di scioglimento individuate dall'articolo 2484 Cc. Ai fini del risarcimento, pertanto, occorre stimare l'aggravamento del dissesto e più in generale il pregiudizio patito dal patrimonio a garanzia dei creditori dal ritardo nell'ottemperare alle prescrizioni dell'articolo 2485 Cc o, più in generale, dall'inosservanza dell'obbligo di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

ARTICOLO 2486, COMMA 3, CC

Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

La dottrina ha elaborato nel corso del tempo numerosi criteri per determinare e liquidare il pregiudizio cagionato dall'illegittima prosecuzione dell'attività quali a titolo esemplificativo: il criterio del "*deficit* fallimentare" (ora ripreso nell'ultima parte del comma 2 dell'articolo 2486 Cc), il criterio puramente equitativo, il criterio dell'aggravamento del passivo, inteso come aumento della massa debitoria, ovvero il criterio incentrato su una minuziosa ricostruzione delle singole operazioni e sui singoli pregiudizi cagionati da ogni singola violazione successiva all'accertamento della causa di scioglimento.

La norma così come modificata si pone pertanto l'obiettivo di risolvere i diversi contrasti interpretativi determinati dai differenti orientamenti giurisprudenziali fornendo pertanto **due criteri** di **quantificazione del danno**:

- il metodo dei netti patrimoniali come criterio principale;
- il metodo della differenza tra attivo e passivo patrimoniale alla data di apertura del concorso.

Appare quindi utile di seguito fornire alcuni spunti pratici ed esempi per la quantificazione del danno secondo tali metodologie.

2.4.1 Il metodo dei netti patrimoniali

Il criterio del differenziale dei netti patrimoniali trova il suo fondamento nel presupposto che, se la gestione dell'impresa fosse cessata al momento dell'accertamento della causa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di scioglimento, la perdita di patrimonio sociale sarebbe stata inferiore. Tale momento, per esempio, può coincidere con la diminuzione del capitale sociale al di sotto dei limiti di legge

(articolo 2447 Cc) o, in alternativa, con il determinarsi dello stato di insolvenza, che impone all'organo gestorio di presentare il ricorso diretto a ottenere l'ingresso alla procedura di liquidazione giudiziale (già fallimento). Come noto, i due momenti possono non coincidere, potendo l'uno precedere l'altro.

L'accertamento di un **delta negativo** tra le due situazioni patrimoniali di riferimento assolve quindi a una **duplice funzione:**

- dimostrare l'effetto lesivo per l'integrità patrimoniale della prosecuzione nell'attività d'impresa e
- quantificare il danno conseguente.

L'applicazione del criterio esige, anzitutto, che si individui la data alla quale possa (eventualmente) essere fatta retroagire la perdita del capitale sociale ai sensi dell'articolo 2447 Cc. Spesso, infatti, la perdita del capitale sociale non emerge in tutta la sua portata nei bilanci ritualmente approvati. Accade di sovente, infatti, che alcune voci di bilancio siano state artatamente modificate o non siano state operate tempestivamente le svalutazioni di voci dell'attivo essendo quindi necessario apportare le necessarie rettifiche.

In primo luogo, pertanto, il principale correttivo da applicare alla **situazione iniziale** (relativa quindi all'**accertamento della causa di scioglimento**) si sostanzia nel rendere omogenee le situazioni patrimoniali da comparare.
La situazione patrimoniale iniziale oggetto di raffronto va depurata delle poste dell'attivo la cui valorizzazione si giustifichi esclusivamente in una prospettiva di continuità aziendale (avviamento, immobilizzazioni immateriali, ammortamenti).
Occorre, inoltre, che le rettifiche operate sul primo bilancio, quali tipicamente quelle effettuate per correggere omesse svalutazioni di voci attive finalizzate a occultare una perdita, siano ripetute anche sul secondo bilancio posto in comparazione.
Secondo il comma 3 dell'articolo 2486 del codice civile così come riformato, inoltre, poiché anche l'attività di mera liquidazione implica costi e oneri ineliminabili, che in quanto tali non possono imputarsi a titolo di danno, nel determinare la differenza tra i patrimoni netti occorrerà detrarre i costi che sarebbero stati affrontati anche nel caso di pronta messa in liquidazione (quali, per esempio, dipendenti che sarebbero comunque rimasti in forza, costi per prestazioni professionali necessarie anche nella fase di liquidazione, canoni di locazione dei locali eccetera).

NOTA BENE

Qualora nel corso della gestione sociale si fossero succeduti più amministratori, occorrerà stabilire l'incremento di deficit creatosi nel periodo in cui ciascuno è stato in carica.

Applicando il criterio, pertanto, il danno sarebbe pari alla differenza dei patrimoni netti (rettificati) alla data in cui si è verificata effettivamente la perdita del capitale sociale e alla data di apertura della procedura concorsuale o della cessazione dell'amministratore. Un esempio di calcolo è riportato nel riquadro in questa pagina.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

CRITERIO DEL DEFICIT FALLIMENTARE – ESEMPIO DI CALCOLO

In caso di liquidazione giudiziale occorrerà prendere in esame lo stato passivo delle domande tempestive e gli eventuali stati passivi delle domande tardive, ricostruendo un apposito prospetto:

STATO PASSIVO	**PASSIVO DELLA PROCEDURA**
Primo stato passivo (domande tempestive)	100
Secondo stato passivo (domande tardive)	200
Terzo stato passivo (domande tardive)	100
TOTALE	**400**

Il secondo passaggio, poi, è costituito dalle attività realizzabili, sintetizzate in un prospetto:

ATTIVI	**VALORI REALIZZATI**
Beni mobili	5
Crediti	25
Immobili	70
TOTALE	**100**

Il danno calcolato secondo tale metodologia sarebbe, quindi, pari alla differenza tra attivo e passivo della procedura:

DANNO	**VALORI REALIZZATI**
Attivo	100
Passivo	400
DIFFERENZA	**– 300**

2.4.2 Il metodo della differenza tra attivo e passivo alla data di apertura del concorso

In base a tale criterio, il danno è pari al differenziale tra attivo e passivo della procedura concorsuale *(si veda l'esempio di calcolo riportato nel riquadro a pagina precedente).*

Il criterio del c.d. ***deficit* fallimentare** è già stato utilizzato in passato soprattutto nell'ipotesi di mancanza o di irregolarità nella tenuta della contabilità sociale che ostasse a una ricostruzione delle vicende della gestione della società.

Tale metodo è stato anche al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale, culminato poi con l'arresto delle Sezioni Unite 6 maggio 2015, n. 9100 che hanno censurato in particolare l'impiego del criterio liquidativo della differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare, come non rispondente all'esigenza di una rigorosa verifica della sussistenza di un rapporto di conseguenzialità causale tra la condotta illecita e il danno.

Si tratta pertanto di un parametro caratterizzato da un'elevata dose di approssimazione, sia perché non è certo che le passività coincidano con la somma delle domande di ammissione presentate dai creditori, sia perché l'attivo risente necessariamente della svalutazione di alcuni beni direttamente riconducibile alla procedura concorsuale.

Proprio a causa dei suoi limiti, verosimilmente, il Codice della crisi riserva l'utilizzo di tale

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

criterio al solo caso limite dell'assenza o della totale inattendibilità della contabilità e dei bilanci della società in procedura, situazione che determina l'impossibilità di ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 3

Amministratori indipendenti per la "gestione" della crisi

Cristina Bauco

SOMMARIO: 3.1 La gestione dell'impresa e la gestione della crisi – 3.2 Gli amministratori indipendenti – 3.3 Gli amministratori indipendenti nel Codice di Corporate governance – 3.4 Quale ruolo per gli indipendenti nella governance delle Pmi non quotate?

Nell'ambito del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e nell'ambito della riformata disciplina della crisi, la prevenzione e l'emersione tempestiva della crisi assurgono a valori insopprimibili.

Oggetto di queste pagine è l'analisi del ruolo e della disciplina espressamente dedicati alla figura degli amministratori indipendenti, già noti nell'ambito della *governance* delle società quotate.

Muovendo, infatti, dalla qualificazione dell'indipendenza e dall'esame delle funzioni attribuite agli amministratori che ricoprono tali incarichi nell'ambito delle società di ampie dimensioni e, in particolare, delle società quotate, si intende verificare se anche nelle Pmi non quotate possa risultare di utilità prevedere, per tramite di apposite previsioni di statuto, che tra i componenti del consiglio di amministrazione vengano nominati amministratori indipendenti, e ciò non solo nei casi in cui tale inserimento si renda necessario in attuazione di politiche di *turnover* della composizione del *board* programmate e pianificate al manifestarsi della crisi, bensì anche in occasione della generale e ordinaria attività di gestione e amministrazione, al fine di rendere l'impresa più duratura e dotarla di maggiore contendibilità.

DEFINIZIONE DI CRISI

Come dispone l'articolo 2, comma 1, lett.a) del Codice, la crisi è lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni nei successivi dodici mesi.

La *ratio* su cui si basa l'intervento di riforma del Codice, completato dal Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, attuativo della Direttiva (UE) 2019/1023, volta a favorire l'assunzione di misure e interventi idonei a rilevare tempestivamente la crisi (articolo 3 Codice) si estrinseca altresì nel fornire un compendio normativo e strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che siano volti, attraverso la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle sue attività e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

passività o del capitale, quali la vendita di attività o di parti dell'impresa e la vendita dell'impresa in regime di continuità ovvero anche tramite una combinazione di tali opzioni, ad assicurare la continuità dell'impresa e a disincentivare la liquidazione, impedendo la perdita di posti di lavoro e di ricchezza, massimizzando il ristoro dei creditori rispetto a quanto potrebbero ottenere con l'alternativa liquidatoria.

3.1 La gestione dell'impresa e la gestione della crisi

Come accennato, le modifiche apportate dal Codice alla disciplina delle procedure concorsuali intendendo anticipare gli effetti dell'intervento "riorganizzativo" al momento di intercettazione dei segnali di crisi e non anche dell'insolvenza, comporta un epocale mutamento, sia con riguardo alle modalità di "gestione" dell'impresa volte a prevenire la crisi, sia nell'atteggiamento che i professionisti interessati dovranno tenere nell'eventuale "gestione" della crisi.

Alcune rilevazioni statistiche (Sda Bocconi-Ocri, *Dieci anni di ristrutturazione dei debiti ex articolo 182* bis *legge fallimentare del 12 maggio 2015*) informano che la struttura proprietaria delle imprese italiane è tipicamente familiare e fotografano la tendenziale incapacità di queste ultime ad attivare autonomamente un processo di ristrutturazione in una fase che non corrisponde all'insolvenza ma che, stando agli studi della scienza aziendalistica, nonché alle teorie elaborate dagli studiosi del c.d. diritto commerciale, coincide con la c.d. crisi dell'impresa.

Più precisamente, le ricerche condotte in epoca anteriore alla riforma, mettono generalmente in evidenza come nella maggior parte dei casi le criticità riscontrate coincidono con:

- struttura organizzativa senza strumenti di pianificazione e controllo;
- debolezza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili;
- tipico assetto familiare delle Pmi;
- › scarso ricorso alla riorganizzazione della direzione e degli apicali in confronto al diffuso sto del personale.

Le peculiarità delle società non quotate a trazione familiare sono esaminate nel Codice di Autodisciplina pubblicato da AIDAF e Università Boccini nel 2017, ove vengono esplicitati alcuni principi per l'adozione di un modello di governo societario evoluto ed efficiente. In tale prospettiva, si pongono anche quelle indicazioni, che, principalmente nelle società di maggiori dimensioni, auspicano la presenza di amministratori indipendenti all'interno dell'organo di amministrazione, tenendo in considerazione l'attività svolta dalla società e la dimensione del consiglio stessa quanto a numero e a particolari competenze (2.P.10).

Dinanzi alla fotografia delle realtà imprenditoriali italiane, la necessità di arginare il fenomeno dell'insolvenza in un momento in cui essa non si è ancora manifestata, c.d. *twilight zone*, doveva essere esplicitata tramite interventi di riforma che si indirizzassero anche e soprattutto sulla gestione dell'impresa quando si ravvisino i primi segnali di crisi. Non è casuale, pertanto, che la prima disposizione dei «Principi generali» del Codice, l'articolo 3 («Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa»), sancendo il generale obbligo per l'imprenditore di strutturarsi in modo da evitare l'insorgere della crisi, obblighi l'imprenditore ad adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e quello collettivo, vale a dire le società, a istituire un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 Cc, sempre al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi, nonché all'assunzione di idonee iniziative.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'articolo 2086 Cc, infatti, è stato novellato dall'articolo 375 del Codice («Assetti organizzativi dell'impresa») con definitivo - e implicito - riconoscimento della valenza transtipica dell'attuale previsione inerente alla dotazione di assetti organizzativi e amministrativi adeguati esplicitata per le Spa dall'articolo 2381 Cc, previsione che, all'evidenza, diventa baricentro per la gestione di ogni tipologia di impresa.

L'ASSETTO ORGANIZZATIVO ADEGUATO

Nell'ambito della descrizione dei doveri del collegio sindacale di società quotate, l'articolo 149 Tuf si riferisce alla adeguatezza della struttura organizzativa della società e per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione.
Per una definizione di assetto organizzativo si rinvia a Cndcec, *Norme di comportamento del collegio sindacale, Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, norma 3.5., Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo, secondo cui per assetto organizzativo si intende*: (i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il complesso procedurale di controllo. Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, nonché alla rilevazione tempestiva degli indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale e possa quindi consentire, agli amministratori preposti, una sollecita adozione delle misure più idonee alla sua rilevazione e alla sua composizione.
Sulla tematica si veda l'ampia analisi di M. Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna 2016.

Tale rilevante modifica ha comportato la revisione degli articoli 2257, 2380 *bis*, 2409 *novies*, comma 1 e 2475 Cc, per mezzo dell'articolo 377, specificatamente dedicato agli assetti organizzativi societari: nell'ambito di ciascuna disposizione è stato precisato che la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto delle disposizioni del novellato articolo 2086 Cc e spetta esclusivamente agli amministratori che compiono operazioni societarie necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (*su questo aspetto si veda anche il commento di Daniele Giuffrida nelle pagine precedenti).*

Spetta dunque agli **amministratori** gestire consapevolmente la società adottando assetti che consentano l'emersione della crisi tempestivamente. Il summenzionato articolo 2 del Codice precisa, al riguardo, che gli assetti si devono ritenere adeguatamente istituiti nella prospettiva della prevenzione quando consentano di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di esposizioni debitorie individuate nel comma 4 della disposizione;
- ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico di controllo per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento definiti nel Dm Giustizia del 28 settembre 2021. Costituiscono segnali di difficoltà in presenza dei quali l'imprenditore e l'organo di amministrazione devono necessariamente attivarsi:
- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
- l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies*, comma 1.

Con riferimento a queste ultime, stando alla formulazione dell'articolo 25 *novies* del Codice, si tratta in particolare:

- per l'Inps, del ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare che ***i)*** per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, superi il 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e l'importo di 15 mila euro e ***ii)*** per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, superi i 5 mila euro;
- per l'Inail, dell'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre 90 giorni e non versato superiore all'importo di 5 mila euro;
- per l'agenzia delle Entrate, dell'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalle comunicazioni dei dati delle liquidazioni periodiche, superiore a 5 mila euro;
- per l'Agenzia delle Entrate- Riscossione, dell'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni superiori per le imprese individuali all'importo di 100 mila euro, per le società di persone all'importo di 200 mila euro, per le altre società all'importo di 500 mila euro (articolo 6 dello Schema che introduce l'articolo 25 *novies*).

Con intento meramente compilativo, è doveroso osservare come, in presenza di queste esposizioni debitorie, i creditori pubblici qualificati, secondo la tempistica individuata nello stesso articolo 25 *novies* del Codice, effettuano sia una segnalazione all'imprenditore, sia al collegio sindacale, nella persona del suo presidente, quando l'organo è stato istituito, per invitare alla presentazione dell'istanza di composizione negoziata (o alla segnalazione all'organo di amministrazione da parte del collegio sindacale).

Sotto questo angolo prospettico, il richiamo all'assunzione di iniziative idonee prospetta per l'organo di amministrazione di attivarsi con la composizione negoziata, al ricorrere delle condizioni prescritte nell'articolo 13 anche nelle ipotesi in cui la crisi è solo probabile e non ancora manifesta, ovvero con uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati nel Codice che la stessa composizione negoziata può eventualmente precedere in caso di infruttuoso suo esperimento. La disciplina sulla rilevazione tempestiva della crisi si presta a diverse letture a seconda che si privilegino gli obblighi di segnalazione ricadenti sull'organo di controllo, ovvero gli obblighi di corretta gestione ricadenti sull'organo di amministrazione: si tratta, infatti, di disposizioni che coinvolgono l'attività di gestione sotto differenti angoli prospettici.

ADEGUATEZZA DELL'ASSETTO ORGANIZZATIVO AMMINISTRATIVO

Agli organi delegati spetta la cura;
- al consiglio di amministrazione la **valutazione**;
- al collegio sindacale la **vigilanza**.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nei limiti consentiti del presente contributo, è doveroso porre in evidenza come le previsioni dell'articolo 3 del Codice parrebbero enucleare, nella prospettiva della rilevazione tempestiva della crisi, l'obbligo di cura e valutazione dell'adeguatezza degli assetti di cui risulta investito l'organo di amministrazione, rappresentandone, pertanto, una specificazione da accogliere per implementare gli assetti già istituiti. Le stesse previsioni completano e integrano quanto disposto dal codice civile e, segnatamente, dall'articolo 2086, comma 2, Cc. L'istituzione di procedure, organigrammi e assetti - e dunque di una pianificazione adeguata alla natura e alla dimensione dell'impresa - assurge a valore rilevante per diagnosticare, primariamente e, successivamente, consentire di risolvere, per tempo, quei segnali - *rectius* indicatori - di perdita della continuità o di squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile l'insorgere della crisi.

PER APPROFONDIRE

- Sulla struttura proprietaria basata sulla prevalenza della presenza familiare: V. Ferri, A. Ricci, S. Sacchi (a cura di), *Demografia imprenditoriale e tessuti produttivi in Italia*, in "App policy brief" febbraio 2018.
- Sulla scarsa diffusione dello strumento concordatario nelle imprese di dimensioni minori: A. Danovi, S. Giacomelli, P. Riva, G. Rodano, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi di impresa: il concordato preventivo*, "Questioni di economia e finanza" (Occasional Paper), numero 430, marzo 2018.

Nell'ottica della emersione tempestiva della crisi, poi, la recente introduzione dell'istituto della composizione negoziata e, segnatamente, nelle società di capitali, la segnalazione dell'organo di controllo all'organo di amministrazione delle condizioni di squilibrio in presenza delle quali può essere utile presentare istanza presso il segretario generale della CCIAA nel cui ambito territoriale è posta la sede legale, può ascriversi nell'ambito dei tradizionali compiti dell'organo di controllo, venendosi a collocare nei doveri di vigilanza, in forza del combinato disposto dell'articolo 2086, secondo comma, Cc e dell'articolo 2403 Cc. Tali norme, come è noto, attribuiscono:

- agli organi delegati la cura che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa;
- al consiglio di amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati, la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e il generale andamento della gestione;
- al collegio sindacale la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Giova osservare come alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito, nell'ambito dei giudizi per ricorsi *ex* articolo 2409 Cc, abbiano affrontato la tematica sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, concludendo, in maniera pressoché unanime, che la carenza di un adeguato assetto organizzativo rappresenta una grave irregolarità che giustifica la nomina di un amministratore giudiziario (Trib. Milano, 18 ottobre 2019, Trib. Roma, 15 settembre 2020). Più partitamente, secondo un orientamento, la mancata adozione di adeguati assetti da parte dell'organo amministrativo di una impresa in crisi costituisce grave irregolarità che impone la revoca dell'organo amministrativo e la nomina di un amministratore giudiziario. Gli adeguati assetti, infatti, sono funzionali ad evitare che l'impresa scivoli inconsapevolmente versa una situazione di crisi o di perdita della continuità consentendo all'orga-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

no amministrativo di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi, così da assumere le iniziative opportune. Del resto, dopo che la crisi si è manifestata, assume rilievo la circostanza che non siano stati adottati gli strumenti previsti dall'ordinamento per fronteggiarla. Con il corollario che la violazione dell' obbligo a contenuto specifico di predisporre adeguati assetti alla assumerebbe maggior gravità quando la società non si trovi in crisi perché, proprio in tale fase, essa ha ancora le risorse anche economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili e amministrative che possano consentire all'organo di amministrazione di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi e assumere le conseguenti iniziative che reputi opportune (Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022).

Tutto ciò posto, ai fini che qui interessano, occorre precisare che un ruolo importante per contribuire alla sana e prudente gestione della società è attribuito, dall'ordinamento o dallo statuto, agli amministratori non esecutivi e agli amministratori indipendenti che supportano in Cda gli esecutivi.

Per **amministratori esecutivi** si è soliti riferirsi a coloro ai quali compete la gestione corrente della società. Più partitamente, nelle società con azioni quotate, sono esecutivi:

i. il presidente della società o di una società controllata avente rilevanza strategica, quando gli siano attribuite deleghe nella gestione o nell'elaborazione delle strategie aziendali;
ii. gli amministratori che sono destinatari di deleghe gestionali e/o ricoprono incarichi direttivi nella società o in una società controllata avente rilevanza strategica, o nella società controllante quando l'incarico riguardi anche la società;
iii. gli amministratori che fanno parte del comitato esecutivo della società e, nelle società che adottano il modello "*two-tier*", gli amministratori che fanno parte dell'organo cui sono attribuiti i compiti di gestione (per le società italiane che adottano il modello dualistico, i componenti del consiglio di gestione) (Comitato per la corporate governance, *Codice di Corporate governance*, gennaio 2020, Definizioni).

Per converso, dunque, gli **amministratori non esecutivi** non gestiscono, ma apportano le loro specifiche competenze alle discussioni consiliari, contribuendo all'assunzione di decisioni consapevoli e meditate, tramite competenze e professionalità specifiche acquisite all'esterno dell'impresa che si rivelano di estrema importanza per la dialettica tra le varie componenti del Cda.

Secondo la definizione fornita dal Codice di Corporate governance, gli **amministratori indipendenti** sono amministratori non esecutivi che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con la società o con soggetti a essa legati relazioni che possano condizionarne l'autonomia di giudizio, volta a garantire, come avremo modo di precisare, la composizione degli interessi di tutti i soci.

Gli amministratori indipendenti, come si dirà, soggiacciono alla stessa disciplina prevista per gli (altri) amministratori.

Soffermandosi esclusivamente sulle previsioni indirizzate all'organo di amministrazione qualora esso sia pluripersonale (nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo è consentito che sia nominato un amministratore unico), risulta di una certa evidenza che spetterà agli organi delegati la concreta adozione e la cura dell'assetto amministrativo e contabile imposto dal novellato articolo 2086 Cc, mentre al consiglio di amministrazione, nella sua totalità, spetterà la valutazione costante di tale adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute dai delegati anche al fine dell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 3 del Codice di Corporate governance.

Nell'ambito dell'attività di gestione, si tratterà di approntare procedure che possano garantire l'efficacia e l'efficienza della gestione dei rischi e del sistema di controllo interno, nonché la com-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pletezza, la tempestività e l'attendibilità dei flussi informativi tra le funzioni e con le funzioni di altre società del gruppo (se esistenti), nonché di individuare indici e parametri segnaletici che consentano di evidenziare segnali di allarme.

Da tempo, infatti, principalmente con riguardo alle società quotate o che svolgono la propria attività in settori vigilati, si sostiene che l'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati consenta di prevenire i rischi a seconda delle dimensioni e della tipologia dell'attività di impresa e di riconoscere l'imminenza della crisi: l'organo di amministrazione è chiamato a valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (articolo 1, Codice di Corporate governance), sistema di controllo interno e di gestione dei rischi che risulta costituito dall'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società (articolo 6, Codice di corporate governance).

Secondo le istruzioni di vigilanza per le banche, emanate da Banca d'Italia con circolare 21 aprile 1999, n. 229, successivamente aggiornata e modificata, le banche sono tenute a dotarsi di adeguati sistemi di rilevazione, misurazione e controllo dei rischi, coerentemente con la complessità e le dimensioni delle attività svolte, al fine di garantire efficacia ed efficienza dei processi aziendali (amministrativi, produttivi, distributivi, ecc.), di salvaguardare il valore delle attività ed evitare l'insorgenza di perdite; di ottenere informazioni contabili e gestionali affidabili e integre, di assicurare la conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne e al fine di identificare, misurare e monitorare adeguatamente tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti operativi (tali aspetti sono esaminati ampiamente nel commento di Alberto Oliva e Stefania Bocchino in questa pubblicazione). Pur trattandosi di raccomandazioni per la corretta *corporate governance* di società quotate o di società che esercitano la propria attività in settori vigilati, i concetti declinati possono trovare concreta applicazione e venir diffusi anche tra le società non quotate e anche in quelle di dimensioni minori, con strutture organizzative snelle e maggiormente semplificate, essendo caratteristica propria dell'assetto "adeguarsi" alla natura e alla dimensione dell'impresa. In tali realtà, potrebbe assistersi a una minore formalizzazione degli assetti organizzativi in funzione della semplicità dei processi, sin in relazione al numero dei processi medesimi e delle persone coinvolte sia con riguardo alla tipologia dell'attività.

Posto, allora, che il legislatore del Codice della crisi ha inteso ribadire e rafforzare a carico degli amministratori obblighi di sana, prudente e corretta gestione nell'ottica di preservare il valore dell'impresa nell'interesse dei soci e dei creditori, ben si comprende il ruolo assunto da tutti gli attori della *governance* per la realizzazione di tali obiettivi.

COSA FANNO GLI AMMINISTRATORI INDIPENDENTI

Gli amministratori indipendenti sono amministratori, si siedono e votano in consiglio, si occupano delle materie non delegabili, fruiscono di importanti prerogative e in ogni caso sono tenuti a:

- valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo;
- esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società, se elaborati;
- valutare il generale andamento della gestione;
- rispettare i principi di corretta amministrazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

3.2 Gli amministratori indipendenti

Alla figura degli amministratori indipendenti sono dedicati non pochi riferimenti normativi.

3.2.1 Nelle società quotate e nelle società che esercitano la propria attività in settori vigilati

Per quanto attiene alle società quotate, l'articolo 147 *ter*, comma 3 Tuf precisa che, salvo quanto previsto dall'articolo 2409 *eptiesdecies* Cc, almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione è espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero dei voti e non sia collegata in alcun modo, neppure indirettamente con i soci che hanno presentato o votato la lista risultante prima per numero di voti.

Nelle società che adottano il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, il componente espresso dalla minoranza deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza determinati ai sensi dell'articolo 148, commi 3 e 4 Tuf per i sindaci, dovendosi sanzionare con la decadenza dalla carica il venir meno di tali requisiti. Regole simili valgono anche quando la società abbia adottato un sistema tradizionale di amministrazione e controllo, posto che almeno uno dei componenti, ovvero almeno due dei componenti del Consiglio di amministrazione quando quest'ultimo sia composto da più di sette soggetti, devono possedere i requisiti di indipendenza fissati dall'articolo 148, comma 3 Tuf, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti dai codici di comportamento promossi da società di gestione di mercato o da associazioni di categoria (si tratta dei codici di comportamento in materia di governo societario di cui all'articolo 124 *ter* Tuf; si pensi al Codice di disciplina redatto dal Comitato per *corporate governance*, ma anche a quelli aventi rilevanza settoriale come è, per esempio, il codice interno di comportamento redatto da Assogestioni e indirizzato alle Sgr).

E, del pari, anche con riferimento alla composizione del consiglio di gestione, vale a dire nei casi in cui la società abbia adottato il sistema dualistico di amministrazione e controllo, qualora il Cda sia composto da più di quattro componenti almeno uno di essi deve possedere i requisiti stabiliti per l'indipendenza dei sindaci, nonché degli ulteriori requisiti di indipendenza previsti in codici di comportamento laddove nello statuto se ne faccia espresso richiamo (articolo 147 *quater* Tuf).

Per le società sottoposte a legislazione speciale in relazione alla peculiarità dell'attività esercitata, requisiti di indipendenza sono stabiliti nella legislazione speciale.

L'AMMINISTRATORE INDIPENDENTE NELLE SOCIETÀ NON QUOTATE

- Nelle **Spa** che adottano il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, fondato sulla compresenza di un consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore a speciali requisiti di indipendenza
- Stesse previsioni possono essere contenute negli statuti della **Srl** compatibilmente alle dimensioni, alla conformazione e alle caratteristiche dell'organizzazione societaria

---

3.2.2 Nelle società non quotate Il sistema tradizionale di amministrazione e controllo

La figura dell'amministratore indipendente non è completamente avulsa ed estranea rispetto all'organizzazione delle società non quotate. Fatte salve le previsioni di leggi speciali in rela-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione all'esercizio di particolari attività, l'ordinamento per un verso, ammette la possibilità che società di minori dimensioni e non necessariamente quotate - ma anche non necessariamente aperte, secondo la definizione fornita dall'articolo 2325 *bis* Cc - che abbiano adottato il sistema tradizionale, per tramite di previsioni statutarie, subordinano l'assunzione della carica di amministratore al possesso di **specifici requisiti di onorabilità, professionalità** e **indipendenza,** anche con riferimento ai requisiti individuati nei codici di comportamento e, per altro verso, sanziona con la decadenza la perdita dei richiamati requisiti. Si tratta, più partitamente, di requisiti di indipendenza che possono essere determinati dallo statuto anche rifacendosi ai principi elaborati nei codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione, di tipo statutario. Ciò comporta che, anche nelle società non quotate che rientrano nella accezione di Pmi, una previsione di statuto può prevedere che all'interno del Cda compaia la figura dell'amministratore indipendente, declinandone i **requisiti di indipendenza**, che potranno coincidere con quelli descritti nei codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione.

Di conseguenza, a titolo di **esempio**, nell'ambito di una **Spa** che abbia adottato il **sistema** di amministrazione e controllo **tradizionale**, basato sulla compresenza dell'organo di amministrazione e collegio sindacale, lo statuto potrebbe sia replicare le previsioni del codice di autodisciplina di Borsa Italiana, sia elaborare ulteriori requisiti di indipendenza, ispirandosi a differenti previsioni, quali sono, per esempio, quelle dedicate alla figura e al ruolo degli indipendenti nel sistema monistico, ovvero quelle indirizzate ai sindaci del sistema tradizionale di amministrazione e controllo. In caso di **Srl**, sarà sempre l'autonomia statutaria, compatibilmente con le dimensioni della società, l'organizzazione e la struttura della medesima, a introdurre la figura dell'indipendente all'interno del Cda determinandone ruolo, poteri e doveri, in considerazione della circostanza che, mancando nella Srl la descrizione del consiglio di amministrazione, dovrà essere lo statuto a tentare una classificazione della figura e dei relativi poteri-doveri.

Come evidenziato dalla dottrina, infatti, all'applicazione analogica delle norme sulla Spa si può procedere negli stretti limiti di compatibilità con la disciplina positiva e con le peculiarità della Srl (G. Zanarone*, Della società a responsabilità limitata,* tomo secondo, *Articoli 2475-2483,* Milano 2010, 972).

IN SINTESI

La traslazione delle regole ideate per la Spa all'interno della Srl sarà possibile tenendo in considerazione e valutando l'effettiva entità della compagine sociale.

I sistemi alternativi di governance - Disposizioni analoghe compaiono nella disciplina del sistema monistico di cui agli articoli 2409 *septiesdecies* e 2409 *octiesdecies* Cc, nel sistema dualistico con riferimento al consiglio di sorveglianza (articolo 2409 *duodecies*, comma 6 Cc) e del consiglio di gestione, laddove si intenda far leva sul rinvio effettuato nell'articolo 2380, ultimo comma Cc.

Al riguardo, vi è da dire che, nell'ambito del **sistema monistico** di amministrazione e controllo, i requisiti di indipendenza dall'articolo 2409 *septiesdecies* Cc sono sia di tipo legale, perché coincidono con quelli previsti per i sindaci *ex* articolo 2399, comma 1 Cc, sia di tipo statutario, visto che la disposizione consente il rinvio ai requisiti di indipendenza degli amministratori

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fissati nei codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione dei mercati regolamentati. Sempre nel sistema monistico, l'articolo 2409 *octiesdecies* Cc prevede che i componenti del comitato per il controllo sulla gestione siano in possesso degli stessi requisiti di indipendenza generalmente disposti con riferimento al consiglio di amministrazione e che gli stessi non siano membri del comitato esecutivo né che a essi siano attribuite deleghe o particolari cariche e che comunque non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società controllanti o controllate. Con l'ulteriore corollario che gli amministratori indipendenti non possono essere nominati componenti del comitato per il controllo sulla gestione quando svolgono piene funzioni gestorie.

Passando al **sistema dualistico** di amministrazione e controllo, come accennato, è possibile prevedere che i componenti del consiglio di gestione possano essere dotati di precipui requisiti di indipendenza fissati per tramite di specifica previsione dello statuto; allo stesso modo, lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di componente del consiglio di sorveglianza al possesso di particolari requisiti di professionalità, ancorché *ex lege* non possono essere eletti, e se eletti decadono dall'ufficio, quanti si trovino nelle condizioni individuate nell'articolo 2409 *duodecies*, comma 10 Cc (la disposizione replica nella sostanza l'articolo 2399 Cc ancorché non si faccia riferimento, per un verso all'incompatibilità derivante da «altri rapporti di natura patrimoniale» e, per altro verso, ai rapporti con società controllanti).

3.2.3 Le modalità di nomina degli indipendenti

Da quanto emerge dalla sintetica ricognizione effettuata, nelle disposizioni indirizzate alle società non quotate non si accenna alle modalità di selezione degli indipendenti, essendo il paradigma della nomina quello tipico degli amministratori. È pur vero, però, che, come avremo modo di mettere in evidenza nel prosieguo, l'indipendenza, sia nei casi in cui essa sia stata legalmente prevista, sia nei casi in cui essa sia stata statutariamente prevista, è valore fondante per una corretta interlocuzione interna al Cda.

L'articolo 2409 *septiesdecies* Cc, riprendendo la formulazione dell'articolo 2400, ultimo comma Cc per sindaci, stabilisce che al momento della nomina dei componenti del consiglio di amministrazione e prima dell'accettazione dell'incarico, sono resi noti all'assemblea gli incarichi di amministrazione e di controllo da questi ricoperti in altre società, consentendo, in tal modo, che i candidati forniscano informazioni adeguate e puntuali sulle proprie competenze al fine di garantire un apporto rilevante e valutabile anche sotto il profilo dell'indipendenza (la previsione di cui all'articolo 2409 *septiesdecies* Cc sarebbe suscettibile di applicazione analogica con riferimento alle ipotesi in cui l'indipendenza discenda da previsione di statuto. In tal senso, N. Salanitro, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, "Amministrazione e controllo nel diritto delle società", *Liber amicorum Antonio Piras*, Torino 2016, 384).

In conclusione, con riferimento all'individuazione della fonte dell'indipendenza, può agevolmente concludersi che, nei casi in cui la società abbia adottato il sistema monistico di amministrazione e controllo, l'ordinamento prescrive, per i componenti del consiglio di amministrazione e per i componenti del comitato per il controllo sulla gestione scelti al suo interno, puntuali requisiti di indipendenza, Tali requisiti devono almeno coincidere con quelli di cui all'articolo 2399 Cc, arricchiti delle specifiche limitazioni di poteri gestori quando si tratta dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione, e, in presenza di una specifica previsione di statuto, possono essere corredati dei requisiti stabiliti nei codici di comportamento.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il rinvio all'eventuale richiamo statutario di principi espressi in codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o di società di gestione di mercati regolamentati, offre lo spunto per soffermarsi sul codice di autodisciplina delle società quotate al fine di meglio individuare il ruolo e le funzioni degli amministratori indipendenti.

3.3 Gli amministratori indipendenti nel Codice di Corporate governance

La figura e il ruolo degli amministratori indipendenti sono esaminati nell' articolo 2 del Codice di *Corporate governance* di Borsa italiana.

Come accennato, secondo la definizione fornita dal Codice di Corporate governance gli amministratori indipendenti sono amministratori non esecutivi che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con la società o con soggetti a essa legati relazioni che possano condizionarne l'autonomia di giudizio, volta a garantire, come avremo modo di precisare, la composizione degli interessi di tutti i soci. Stando all'articolo 2 del Codice di Corporate governance, il numero e le competenze degli amministratori non esecutivi sono tali da assicurare loro un peso significativo nell'assunzione delle delibere consiliari e da garantire un efficace monitoraggio della gestione. Una componente significativa degli amministratori non esecutivi è indipendente(P.VI).

È doveroso segnalare, al riguardo, come il Codice di *Corporate governance* raccomandi che il numero e le competenze degli amministratori indipendenti siano adeguati alle esigenze dell'impresa e al funzionamento dell'organo di amministrazione, nonché alla costituzione dei relativi comitati. Si raccomanda, inoltre, che l'organo di amministrazione comprenda almeno due amministratori indipendenti, diversi dal presidente. Nelle società grandi a proprietà concentrata gli amministratori indipendenti costituiscono almeno un terzo dell'organo di amministrazione. Nelle altre società grandi – non a proprietà concentrata - gli amministratori indipendenti costituiscono almeno la metà dell'organo di amministrazione.

In proposito non può sottacersi che, secondo la definizione fornita dal Codice di *Corporate governance*, sono società a proprietà concentrata le società in cui uno o più soci che partecipano a un patto parasociale di voto dispongono, direttamente o indirettamente (attraverso società controllate, fiduciari o interposta persona), della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria. Le società che perdono lo *status* di "società a proprietà concentrata" non possono più avvalersi delle misure di proporzionalità previste per tale categoria a partire dal secondo esercizio successivo al verificarsi della relativa condizione dimensionale (cfr. Definizioni). Il Codice di *Corporate governance*, enfatizzando l'importante ruolo consultivo e di collaborazione svolto dagli indipendenti, raccomanda altresì che nelle società di grandi gli amministratori indipendenti si riuniscano, in assenza degli altri amministratori, con cadenza periodica e comunque almeno una volta all'anno, per valutare i temi ritenuti di interesse rispetto al funzionamento dell'organo di amministrazione e alla gestione sociale. In proposito, si precisa che, stando alle Definizioni fornite dallo stesso Codice di *Corporate governance*, sono grandi le società la cui capitalizzazione è stata superiore a 1 miliardo di euro l'ultimo giorno di mercato aperto di ciascuno dei tre anni solari precedenti. A far data dal 31 dicembre 2020, le società grandi applicano i princìpi e le raccomandazioni rivolti a questa categoria di società a partire dal secondo esercizio successivo al verificarsi della relativa condizione dimensionale.

Le previsioni specificamente dedicate all'individuazione delle situazioni in cui l'amministra-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tore non appare di norma indipendente, riportate nelle raccomandazioni dell'articolo 2 (raccomandazione 7) riportano la casistica maggiormente riscontrata, ovvero alcune delle fattispecie più comuni, che non possono ritenersi esaustive ma che contribuiscono in maniera concreta a delimitare l'ambito di applicazione della disposizione.

Volendo fornire un criterio ermeneutico, il Codice di *Corporate governance* individua alcune circostanze potenzialmente lesive dell'indipendenza riconducibili all'esistenza di *status*, situazioni o relazioni commerciali, finanziarie o professionali tali da condizionarne l'autonomia di giudizio e il libero apprezzamento sull'operato degli esecutivi.

Di talché, le circostanze che possono rappresentare un significativo rischio di compromissione dell'indipendenza dell'amministratore vengono individuate come segue:

- l'amministratore è un azionista significativo della società;
- se è, o è stato nei precedenti tre esercizi, un amministratore esecutivo o un dipendente: della società, di una società da essa controllata avente rilevanza strategica o di una società sottoposta a comune controllo; di un azionista significativo della società;
- se, direttamente o indirettamente (ad esempio attraverso società controllate o delle quali sia amministratore esecutivo, o in quanto partner di uno studio professionale o di una società di consulenza), ha, o ha avuto nei tre esercizi precedenti, una significativa relazione commerciale, finanziaria o professionale: con la società o le società da essa controllate, o con i relativi amministratori esecutivi o il *top management*; con un soggetto che, anche insieme ad altri attraverso un patto parasociale, controlla la società; o, se il controllante è una società o ente, con i relativi amministratori esecutivi o il *top management*;
- se riceve, o ha ricevuto nei precedenti tre esercizi, da parte della società, di una sua controllata o della società controllante, una significativa remunerazione aggiuntiva rispetto al compenso fisso per la carica e a quello previsto per la partecipazione ai comitati raccomandati dal Codice di *Corporate governance* o previsti dalla normativa vigente;
- se è stato amministratore della società per più di nove esercizi, anche non consecutivi, negli ultimi dodici esercizi;
- se riveste la carica di amministratore esecutivo in un'altra società nella quale un amministratore esecutivo della società abbia un incarico di amministratore;
- se è socio o amministratore di una società o di un'entità appartenente alla rete della società incaricata della revisione legale della società;
- se è uno stretto familiare di una persona che si trovi in una delle situazioni di cui ai precedenti punti.

L'organo di amministrazione predefinisce, almeno all'inizio del proprio mandato, i criteri quantitativi e qualitativi per valutare la significatività di cui alle precedenti lettere *c)* e *d)*.

Nella prospettiva di garantire l'indipendenza e l'autonomia di giudizio dei componenti non esecutivi del Cda e nel solco tracciato anche dalle indicazioni fornite dalla normativa per specifici settori di attività, il Codice di *Corporate governance* stabilisce che l'organo di amministrazione – nella sua composizione plenaria e coadiuvato dal comitato nomine – in funzione di realizzare l'ottimale composizione dell'organo amministrativo, valuti anche l'indipendenza di ciascun amministratore non esecutivo subito dopo la nomina nonché durante il corso del mandato al ricorrere di circostanze rilevanti che assumano rilevanza per la verifica del mantenimento dell'indipendenza e comunque con cadenza almeno annuale: il processo di autovalutazione è compiutamente descritto nell'articolo 4 del Codice di *Corporate governance*.

La procedura di autovalutazione è finalizzata a garantire che la nomina e la successione degli

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

amministratori si realizzi con modalità trasparenti e funzionali a realizzare la composizione ottimale dell'organo amministrativo secondo i princìpi fissati nell'articolo 2 del Codice di *Corporate governance*.

L'autovalutazione ha ad oggetto la dimensione, la composizione e il concreto funzionamento dell'organo di amministrazione e dei suoi comitati, considerando anche il ruolo che esso ha svolto nella definizione delle strategie e nel monitoraggio dell'andamento della gestione e dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi. La procedura terrà conto della dimensione della società e della natura dell'attività svolta.

Tale procedura, riguardando il funzionamento del consiglio e dei suoi comitati per garantirne la composizione ottimale, sia sotto il profilo qualitativo che sotto il profilo quantitativo, potrà considerare alcune delle caratteristiche ritenute di maggior rilievo per un'adeguata composizione dell'organo e dei comitati, come ad esempio, le competenze professionali, l'esperienza anche manageriale, le caratteristiche di genere dei componenti, l'anzianità di carica anche in relazione ai criteri di diversità.

L'esito delle valutazioni di indipendenza degli amministratori è reso noto al mercato subito dopo la nomina mediante apposito comunicato e, successivamente, nella relazione sul governo societario; in tali occasioni sono indicati i criteri utilizzati per la valutazione della significatività dei rapporti esaminati e, qualora un amministratore sia stato ritenuto indipendente nonostante il verificarsi di una delle situazioni indicate nella raccomandazione 7, viene fornita una chiara e argomentata motivazione di tale scelta in relazione alla posizione e alle caratteristiche individuali del soggetto.

Ciò posto, l'elemento distintivo tra amministratore non esecutivo ed amministratore esecutivo è l'assenza di coinvolgimento nella gestione operativa della società (*cfr*. la formulazione dell'articolo 2409 *septiesdecies* Cc s ull'individuazione delle caratteristiche dell'amministratore indipendente), assenza che consente al primo di esprimere un giudizio autonomo e non condizionato sulle proposte di deliberazione del secondo. Di talché, sembra possibile ritenere che negli emittenti con azionariato diffuso, essendo la gestione lasciata nelle mani del management e degli amministratori esecutivi, la funzione degli indipendenti finalizzata a realizzare un efficace monitoraggio sulla gestione è svolta nell'interesse dei soci e finalizzata a limitare possibili comportamenti opportunistici degli esecutivi; nelle società a proprietà concentrata, dove, come accennato è possibile identificare un gruppo di controllo, la funzione di monitoraggio degli indipendenti rispetto all'attività degli esecutivi è rivolta anche alla realizzazione dell'oggetto sociale e a prevenire interessi opportunistici del o dei soci di controllo (in tal senso, V. Calandra Bonaura, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, "Trattato di diritto commerciale", fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, sezione IV, tomo 4, VI, Torino 2019 38). In ogni caso, la presenza di amministratori indipendenti all'interno dei Cda rappresenta una scelta utile a garantire gli interessi di tutti gli azionisti.

Logica quest'ultima che sembra aver ispirato anche le scelte del legislatore con riferimento all'introduzione dell'amministratore indipendente nei sistemi di amministrazione delle Spa non quotate (inserimento che era stato ritenuto coerente rispetto al modello monistico di derivazione anglosassone, in virtù del ruolo di controllo assegnato agli indipendenti sull'attività degli esecutivi, ma criticato rispetto al sistema tradizionale in quanto si era confusamente accostata alla funzione degli indipendenti con la vigilanza esercitata dal collegio sindacale), in quanto soggetto che arricchisce e contribuisce al dialogo all'interno del Cda, nell'ottica della piena realizzazione dell'obiettivo di una efficace ed efficiente gestione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nelle società che aderiscono al Codice di *Corporate governance*, il numero e le competenze degli amministratori indipendenti sono adeguati alle esigenze dell'impresa e al funzionamento dell'organo di amministrazione, nonché alla costituzione dei relativi comitati. Tuttavia, l'organo di amministrazione comprende almeno due amministratori indipendenti, diversi dal presidente.

La composizione dei Cda delle società grandi è trattata in modo diverso e vengono previsti specifici obblighi di riunione per gli indipendenti. Sotto il primo profilo, nelle società grandi a proprietà concentrata, il Codice di *Corporate governance* prescrive che gli amministratori indipendenti costituiscano almeno un terzo dell'organo di amministrazione. Nelle altre società grandi gli amministratori indipendenti devono rappresentare almeno la metà dell'organo di amministrazione. Sotto il diverso profilo delle riunioni, il Codice di *Corporate governance* raccomanda che nelle società grandi gli amministratori indipendenti si riuniscano, in assenza degli altri amministratori, con cadenza periodica e comunque almeno una volta all'anno per valutare i temi ritenuti di interesse rispetto al funzionamento dell'organo di amministrazione e alla gestione sociale.

3.4 Quale ruolo per gli indipendenti nella governance delle Pmi non quotate?

Nelle società non quotate che abbiano adottato il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, il numero degli indipendenti può essere determinato dallo statuto in relazione all'attività esercitata dalla società e, ragionevolmente, in considerazione delle dimensioni del Consiglio di amministrazione. Opzione questa che andrebbe valutata con attenzione.

È noto, infatti, che, anche nelle Pmi, la diffusione di una buona *governance* con il fine di favorire sistemi avanzati di amministrazione e controllo, può comportare un netto miglioramento dei risultati, della trasparenza dei processi di governo nei confronti degli investitori internazionali, delle persone che operano nell'impresa, della finanza e degli *stakeholders* in generale (Nedcommunity, *Principi di corporate governance nelle Pmi non quotate*, novembre 2014, 10).

Per realizzare tale obiettivo, in primo luogo, sarebbe opportuno sensibilizzare coloro che risultano a capo dell'impresa a sviluppare adeguate competenze rispetto all'attività concretamente esercitata nello specifico settore di *business*, ricorrendo all'apporto di soggetti esterni ovvero evolvendo i modelli di *governance*, anche adottando strutture più complesse ma al contempo maggiormente proficue, tramite l'istituzione di un consiglio di amministrazione dove possa emergere l'importanza del ruolo svolto dagli amministratori non esecutivi e indipendenti e l'apporto di questi ultimi.

La funzione di monitoraggio e controllo svolta sull'attività degli esecutivi per come precedentemente descritta, è esercitata dagli amministratori indipendenti nell'ambito del ruolo affidato a tutti gli amministratori non esecutivi che apportano nella discussione consiliare specifiche competenze ed esperienze, contribuendo in tal modo all'assunzione di decisioni consapevoli e prestando particolare cura alle aree in cui possano manifestarsi conflitti di interesse. Per realizzare ciò, il numero, ma più che altro, la competenza e l'esperienza - valutate anche in relazione alla specificità del settore di riferimento e alla complessità dell'organizzazione - l'autorevolezza e la disponibilità di tempo per lo svolgimento dell'incarico devono essere tali da garantire che l'apporto degli amministratori indipendenti possa incidere significativamente per l'assunzione delle decisioni consiliari, restando il consiglio, si badi bene anche in presenza di deleghe di gestione affidate ad alcuni dei suoi componenti, l'organo di indirizzo strategico della società, con

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

il quale gli indipendenti condividono doveri e responsabilità. Pertanto, facendo leva sul disposto di cui all'articolo 2381, comma 6 Cc e sul generale canone della responsabilità verso la società declinato nell'articolo 2392 Cc, gli amministratori indipendenti hanno il dovere di agire informati, svolgendo, a tal fine, un ruolo proattivo con la struttura e le varie funzioni aziendali (principi e regole di condotta affermati più di recente da Cassazione 23 aprile 2018, n. 9973; sulle responsabilità e sul c.d. *standard of conduct* degli indipendenti, diffusamente, Regoli D., *Gli amministratori indipendenti*, "Il nuovo diritto delle società", *Liber amicorum di G.F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, volume 2, Milano 2006, 420 e ss.). In generale, affinché non si dimostrino "quiescenti" rispetto alle decisioni assunte dai delegati, essi devono valutare con autonomia di giudizio, con l'autorevolezza che gli è propria e con la professionalità che li contraddistingue, nonché con eticità, le materie poste all'ordine del giorno prediligendo, quale modalità operativa, il confronto interno, come accennato, in riunioni appositamente riservate.

Nella specifica prospettiva dell'emersione e della prevenzione della crisi dell'impresa, è opinione diffusa che l'adozione e la valutazione di assetti inadeguati non trovi copertura nella *business judgement rule*, non trattandosi di vere e proprie scelte imprenditoriali, bensì di un protocollo organizzativo imposto da norme cogenti sul rispetto delle quali insiste la vigilanza dell'organo di controllo e l'attività di valutazione dell'intero Cda. Nel solco tracciato della più recente giurisprudenza di merito in ordine alla carente istituzione di assetti adeguati, cui sopra si è fatto espresso richiamo, le responsabilità per danni derivanti da deficit organizzativo potrebbero estendersi agli amministratori privi di deleghe quando questi ultimi, sulla base delle informazioni ricevute e dei riscontri effettuati, non si siano attivati, in ossequio ai precetti di cui all'articolo 2381, sesto comma, Cc, con richieste di informazioni e di dati per far sì che, a seguito della implementazione delle procedure esistenti da parte dei delegati, l'adeguatezza venga garantita o ripristinata. In questo caso, peraltro, sembrerebbe consentita un'interpretazione che si basi sulla graduazione delle responsabilità degli amministratori, a seconda del contributo di ognuno al verificarsi dell'evento dannoso, tenendo in considerazione, oltre alle deleghe assegnate, i comportamenti e le iniziative effettivamente assunti, con conseguente disattivazione del meccanismo della solidarietà, in ossequio ai parametri sanciti nell'articolo 2392 del Codice civile (con riguardo alle riferimento alle responsabilità degli amministratori privi di deleghe di banche la Corte di Cassazione ha chiarito che gli amministratori privi di deleghe sono tenuti ad agire in modo informato e, in ragione dei requisiti di professionalità, ad ostacolare l'evento dannoso, sicché rispondono del mancato utile attivarsi e, stante la presunzione di colpa, è sufficiente, a tal fine, che l'Autorità di vigilanza dimostri l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, spettando a questi ultimi di provare di essersi attivati; *ex pluribus*, Cassazione 9 novembre 2015, n. 22848, Cassazione 26 febbraio 2019, n. 5606).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 4

A supporto del Cda, il comitato di controllo e rischi

Giovanni Massoli, Ilaria Zingali

SOMMARIO: 4.1 I modelli organizzativi e il ruolo dei comitati – 4.2 Il ruolo del comitato di controllo e rischi – 4.3 Che cosa cambia con il Codice della crisi – 4.4 Le responsabilità

I comitati costituiti nell'ambito del consiglio di amministrazione e, tra questi, il comitato di controllo e rischi rappresentano una delle articolazioni organizzative tipiche di società di grandi dimensioni, in larga prevalenza quotate nei mercati regolamentati, e non trovano la loro disciplina in norme primarie.

4.1 I modelli organizzativi e il ruolo dei comitati

Prima dell'emanazione del Codice della crisi il quadro normativo si poteva ricondurre all'articolo 2381 *bis* Cc, in forza del quale i principi di corretta amministrazione imponevano agli amministratori una gestione pianificata finalizzata ad assicurare la salvaguardia e l'efficienza delle attività imprenditoriali, e agli organi delegati la responsabilità di assicurare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile fosse adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

L'articolo 2423 *bis,* comma 2, Cc obbligava inoltre gli amministratori a rilevare tempestivamente il venir meno della continuità aziendale, imponendo, nel caso, la modifica dei criteri di valutazione delle poste di bilancio in prospettiva liquidatoria. Per le società quotate, inoltre, entravano in gioco, con specifico riguardo al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, alcuni articoli del Tuf, in particolare l'articolo 149, comma 1, lettera *c)*, che prevedeva l'obbligo del collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza del sistema di controllo interno, il quarto comma dell'articolo 150, con il suo espresso richiamo ai soggetti preposti al controllo interno, nonché l'articolo 123 *bis*, comma 2, lettera *b)* che, nel regolare il contenuto della relazione sul governo societario, richiedeva vi fossero riportate le informazioni riguardanti «*le principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno*».

Sempre in tema di normative settoriali non si può omettere di menzionare quella che regola gli enti di interesse pubblico, così definiti, in materia di revisione contabile, dal Dlgs 39/2010 come modificato dal decreto legislativo 135/2016 (quest'ultimo emanato in attuazione della direttiva 2014/56/Ue). Tali disposizioni impongono (articolo 19, comma 1, Dlgs 39/2010) a tali enti (che, a seguito della citata modifica, sono costituiti soltanto da società quotate, banche e imprese

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di assicurazione), di dotarsi di un comitato per il controllo interno al quale sono assegnati, tra l'altro, compiti di vigilanza sui sistemi di controllo e di gestione del rischio.

In tema di strutture organizzative è innegabile che le società quotate nei mercati regolamentati e quelle di interesse pubblico abbiano da tempo adottato sistemi sempre più articolati di controllo endosocietari con funzione di verifica, riscontro e indirizzo.

Nel quadro generale degli attori (*si veda il commento di Patrizia Riva in questa pubblicazione*) emerge in posizione apicale, oltre al collegio sindacale, all'organismo di vigilanza e controllo di cui al decreto legislativo 231/2001 (Odv), nonché al c.d. *internal audit*, proprio il comitato di controllo e rischi (Ccr).

4.2 Il ruolo del comitato di controllo e rischi

Il comitato di controllo e rischi trova la sua fonte regolatrice nel **Codice di autodisciplina** predisposto da Borsa Italiana, che è adottato dalla quasi totalità delle società quotate, e che è divenut0 "normativa secondaria" da quando l'articolo 123 *bis* del Tuf (Dlgs 24 febbraio 1998, n. 58), dopo aver reso obbligatorio l'inserimento nella relazione sulla gestione di una specifica sezione denominata «Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari», ha previsto che la stessa contenga anche l'adesione a un codice di comportamento in materia di governo societario, o l'enunciazione della motivazione di un'eventuale rinuncia a tale strumento. Il Codice di autodisciplina fa carico quindi al consiglio di amministrazione di istituire al suo interno, con apposita deliberazione, uno o più comitati con funzioni propositive e consultive, individuandone i compiti, le risorse e le strutture. L'istituzione è prevista per comitati:

- nomine;
- remunerazione e
- controllo rischi.

Al comitato di controllo e rischi è affidato il compito di supportare, con adeguata attività istruttoria, le valutazioni e le decisioni del consiglio di amministrazione in merito al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi. Si tratta di un **comitato di carattere tecnico**, composto di amministratori non esecutivi, con funzioni propositive, istruttorie e consultive. In linea generale, possono farne parte esclusivamente **amministratori indipendenti**.

COMITATI DI CONTROLLO

Comitato di controllo rischi interno	→	Tuf, articoli 140, 150 e 123 bis
Comitato per il controllo	→	Dlgs 39/2010, articolo 19

In ogni caso, almeno un componente del comitato deve essere in possesso di un'esperienza in materia contabile e finanziaria o di *risk management*, giudicata adeguata dal consiglio di amministrazione al momento della nomina.

Quanto alle modalità di **svolgimento dell'incarico**, il Codice di autodisciplina prevede la partecipazione necessaria del presidente del collegio sindacale – o di altro sindaco designato – e, con

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

disposizione innovativa, la partecipazione facoltativa degli altri membri del collegio sindacale. Inoltre, in linea generale, il comitato di controllo e rischi è chiamato a:

- valutare il corretto utilizzo dei princìpi contabili per il bilancio d'esercizio e consolidato, in coordinamento con il dirigente contabile e previo parere del revisore legale e del collegio sindacale;
- esprimere pareri su specifici aspetti inerenti all'identificazione dei principali rischi aziendali;
- esaminare le relazioni periodiche, concernenti la valutazione del sistema di controllo interno, nonché quelle di particolare rilevanza, predisposte dalla funzione di *internal audit*;
- vigilare sull'autonomia, sull'adeguatezza, nonché sul grado di efficacia e di efficienza della funzione di *internal audit*;
- riferire periodicamente al consiglio di amministrazione sull'attività svolta, nonché sull'adeguatezza del complessivo sistema di controllo interno;
- richiedere alla funzione di *internal audit* lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative, dandone contestuale comunicazione al presidente del collegio sindacale.

È importante notare come il Codice di autodisciplina (articolo 7) - *già richiamto nel commento di Cristina Bauco in questa pubblicazione* - collochi il comitato di controllo e rischi all'interno del sistema di controllo interno e gestione dei rischi «*costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente (...)*».

4.3 Che cosa cambia con il Codice della crisi

Uno degli elementi qualificanti nell'intervento del Codice della crisi riguarda, come più volte evidenziato in questo fascicolo, la statuizione del dovere generale degli amministratori di istituire un **assetto** organizzativo, amministrativo e contabile "**adeguato**":

- in relazione alla tipologia di impresa e
- ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Sotto il primo profilo, il comitato di controllo e rischi costituisce l'estrinsecazione di un dovere oggi ancora maggiormente esplicitato dalla normativa civilistica e dai principi di revisione, vale a dire l'essere parte di un modello articolato e organizzato in seno all'impresa e al consiglio di amministrazione a cui spetta il non facile compito di individuare e far rispettare, insieme agli altri attori del controllo interno, parametri di rilevazione tempestiva dei rischi e, per quanto qui interessa, dell'emergere dei segnali di crisi.

Sotto il secondo profilo vi è sicuramente una novità importante: il dovere, in presenza di indizi di difficoltà, di adottare senza indugio da parte del consiglio uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi. Ciò impone anche al comitato di controllo e rischi, quale organo consultivo, di monitoraggio e di supporto tecnico, di farsi parte attiva affinché l'organo amministrativo possa disporre delle informazioni necessarie per cogliere tempestivamente gli elementi della crisi e adoperarsi per comporla.

Crisi e insolvenza (opportunamente definiti nel Codice) continuano ad essere i presupposti da arginare e che fanno scattare la necessità di adottare misure, accordi e procedure per il risanamento dell'impresa.

A tale riguardo il Codice, nella sua formulazione da ultimo modificata, ha fornito una defini-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione della **situazione di "crisi"** (che anzi figura in testa al lungo elenco di definizioni dell'articolo 2 CCI) come «*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*».

Tale definizione intercetta le situazioni di squilibrio in una prospettiva temporale più ampia (i successivi dodici mesi) di quella presente nella disciplina degli indicatori della crisi oggi abrogata.

Inoltre, è bene tenere presente che, il nuovo articolo 12, che riproduce l'art. 2 del decreto 118, individua le "*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*" come condizioni di accesso per la composizione negoziata della crisi.

Si chiede pertanto al consiglio di amministrazione e per esso anche al comitato di controllo rischi di effettuare le proprie verifiche e analisi al fine di intercettare le fasi di squilibrio ancor prima che si possa integrare la nozione di crisi al fine di un'attivazione precoce del percorso di risanamento.

Invero, l'attuale impianto normativo in attuazione dei principi della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 presenta, da un lato, il venir meno dell'OCRI e della composizione assistita della crisi e dall'altro lato introduce un sistema di indicazioni utili e necessarie per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà anche prima che diventino crisi.

Il particolare, ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, l'articolo 3 comma 3 indica la finalità delle misure da adottarsi. Le stesse devono essere tali da consentire:

- di far emergere eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico- finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di allarme di cui al comma 4;
- di ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e ad effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui di cui all'articolo 13 comma 2.

Peraltro i segnali della crisi, in parte mutuati dall'abrogato articolo 24, vengono indicati nella nuova formulazione dell'articolo 3 comma 4 come segue:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
- l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies* comma 1 (i.e. debiti fiscali, previdenziali, assicurativi inail).

Anche al comitato di controllo rischi è dunque demandato il compito di costituire una struttura organizzativa di verifica corrente e aggiornata che consenta di rilevare tempestivamente gli indici normativi della crisi o della pre- crisi al fine di mettere l'intero consiglio nella condizione di poter selezionare con cognizione e rapidità lo strumento teso a gestire in modo risolutivo e positivo la situazione di squilibrio, crisi e/o insolvenza che l'impresa rischia di attraversare nel corso del tempo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il comitato rischi del pari deve rendersi parte attiva per conoscere le informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti per l'anticipata emersione della crisi, come del pari conoscere le indizioni operative per la redazione dei piani di risanamento e la lista di controllo particolareggiata, come meglio previsto al nuovo articolo 5 *bis*.

Facendo poi leva su tali dati, informazioni e test di verifica, anche al comitato di controllo rischi è dunque demandato il compito di valutare costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico- finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

Si potrebbe quasi dire, come peraltro ha affermato la stessa Banca d'Italia nel documento del 26 novembre 2018 sottoposto alla Commissione Giustizia del Senato (reperibile in *ww.bancaditalia.it*) che è stato elaborato dal Codice «*un vero e proprio diritto commerciale della crisi codificando obblighi di governance per gestire quelle zone grigie nelle quali l'impresa si trova a cavallo tra uno stato fisiologico e uno patologico*».

È quindi importante porre l'accento sulla circostanza che i processi di *governance,* in una fase della vita della società, la crisi, che è di fatto una zona d'ombra ricca di incertezze, prima fra tutte la sua evoluzione futura, richiede agli organi sociali, o meglio ancora al sistema di controllo interno (e l'accento cade qui proprio sul concetto di sistema), un costante ed elevato livello di attenzione.

Alla luce di tale mutato quadro normativo, il comitato di controllo e rischi, nella sua funzione di supporto nella definizione delle linee guida e criteri di indirizzo, relativi al sistema interno e di verifica dell'adeguatezza e dell'efficacia dei sistemi di misurazione e *reporting* dei rischi, sarà tenuto a riconsiderare il proprio *modus operandi* e ad adeguarlo ai nuovi parametri sia qualitativi sia temporali.

Un primo arduo compito di cui esso potrà essere investito sarà quello di **supportare il Cda nell'esame dei criteri di rilevazione dei rischi** al fine di far sì che gli stessi siano il più possibile adatti alle specifiche caratteristiche dell'impresa.

Inoltre, il comitato controllo e rischi sarà tenuto ad **analizzare ed eventualmente riorganizzare il sistema di reporting** e raccolta delle informazioni in modo da poter rispondere alle esigenze di verifica indicate nel Codice. In generale sarà necessaria la creazione di un sistema idoneo a raccogliere e far circolare le informazioni relative agli indici misuratori dell'andamento economico dell'impresa in modo tale che esse siano prese in considerazione nella programmazione strategica e nell'attuazione delle scelte gestionali al fine di evitare la crisi e la perdita della continuità aziendale. Ogni valutazione dovrà fondarsi anche su considerazioni prospettiche, con il supporto di piani previsionali, purché coerenti con i dati storici, non potendosi più in alcun modo limitare le analisi ai consuntivi previsti nei bilanci.

È evidente, dunque, che il Ccr dovrà implementare misure di monitoraggio, oltre che con riferimento agli indici anche in merito alle posizioni di debito *tout court*, sia esso verso fornitori sia esso verso dipendenti, in un arco temporale mensile o bimestrale, nonché richiedere alle funzioni aziendali flussi finanziari prospettici sempre più aggiornati e tempestivi, in modo da poter intercettare fatti generatori che possano dar luogo all'emersione delle situazioni di pre-crisi e/o crisi. Ciò per consentire al consiglio di amministrazione di poter eventualmente implementare con tempestività le attività di presentazione della domanda di accesso alla misura necessaria anche al fine di beneficiare, delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19 o delle misure premiali applicabili ai sensi dell'articolo 25 *bis* nel caso di accesso alla composizione negoziata.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

4.4 Le responsabilità

La tendenza alla procedimentalizzazione dell'agire determina importanti conseguenze anche sul piano della responsabilità degli amministratori e soprattutto di coloro che svolgono funzioni di controllo interno, come i membri del comitato di controllo e rischi.

Si potrebbero a tal proposito, infatti, individuare anche per i membri di detto comitato specifiche responsabilità per mancata istituzione di un assetto adeguato a monitorare, rilevare e valutare il rischio della crisi e della perdita di continuità aziendale sulla base degli indici e degli elementi individuati dal CCI, qualora si possa ipotizzare che un'efficace e completa attività di monitoraggio e *reporting* avrebbe permesso di evitare pregiudizi per l'intero consiglio e per la società.

Minore, infatti, è la discrezionalità nella predisposizione dei sistemi di controllo e nell'adeguatezza degli assetti organizzativi, maggiormente pregnante potrà essere la verifica del tribunale sulle condotte e/o omissioni astrattamente ascrivibili a Ccr e amministratori. Invero le informazioni sul rischio di crisi in possesso degli amministratori (o che gli amministratori avrebbero dovuto diligentemente acquisire) potranno essere valutate in quel giudizio di ragionevolezza che consente di superare almeno in parte il principio della c.d. *business judgement rule* (l'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali da parte del giudice).

In termini più generali la responsabilità caratteristica che sembra potersi delineare in capo al comitato di controllo e rischi risiede nel fatto che, nella fase che abbiamo chiamato zona d'ombra, che corrisponde a uno stato reversibile di crisi, le soglie obiettivamente elevate allo stato previste dagli indici per gli interventi del sistema di controllo interno, e l'obiettiva incertezza sul concetto stesso di crisi, responsabilizzano maggiormente il comitato di controllo e rischi a un presidio costante e penetrante volto a consentire alla direzione aziendale di porre in essere tutti gli interventi necessari ad accedere tempestivamente a una fase di *turnaround*, o quanto meno a limitare i danni di una crisi senza possibilità di positiva risoluzione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 5

Attività di vigilanza e organo di controllo nelle Pmi

Mario Difino, Patrizia Riva

SOMMARIO: 5.1 Il ruolo dei sindaci nella governance delle società di capitali – 5.2 La centralità dell'informativa contabile – 5.3 Revisione e controllo societario – 5.4 L'attività di vigilanza nella rilevazione della crisi – 5.5 L'attività di vigilanza nella gestione della crisi – 5.6 L'organo di controllo nelle piccole e medie imprese – 5.7 Conclusioni

5.1 Il ruolo dei sindaci nella governance delle società di capitali

Il Codice civile prevede un articolato sistema di *governance* finalizzato alla salvaguardia del capitale e della continuità aziendale, a tutela dei diritti dei terzi. Da un lato, l'organo amministrativo ha l'obbligo di *a)* istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale; *b)* agire con diligenza e ragionevolezza e attivarsi senza indugio per fronteggiare gli eventi che possono compromettere la continuità aziendale, e *c)* fornire adeguata informativa interna (e cioè agli organi sociali) ed esterna (mediante il bilancio e le altre informazioni soggette a pubblicità legale) circa l'andamento della gestione, la sua prevedibile evoluzione e le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Dall'altro, sono previste due funzioni di controllo relativamente all'operato degli amministratori: la *revisione* del bilancio d'esercizio e la *vigilanza* sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Il corretto funzionamento del sistema di *governance* delineato dal legislatore consente di rilevare tempestivamente il rischio che sia pregiudicata la continuità aziendale e, con essa, i diritti degli *stakeholder*[1] , e quindi di ridurre le conseguenze negative della crisi e consentire di adottare le azioni opportune.

5.2 La centralità dell'informativa contabile

Nelle società di capitali, per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (articoli 2325 e 2462 Cc), il cui ammontare è portato a conoscenza dei terzi me-

1 Per una più approfondita analisi degli assetti societari si rinvia al fascicolo n. 1.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

diante la pubblicazione del bilancio d'esercizio. Un adeguato sistema di informativa contabile è, pertanto, uno dei pilastri sui quali poggia il sistema delle società di capitali, e il bilancio - annuale, infrannuale o previsionale - è il documento fondamentale per valutare le condizioni di equilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa. Basti pensare che gli indicatori patrimoniali, economici e finanziari desunti dai bilanci consuntivi o previsionali fanno parte dei principali strumenti a disposizione della direzione aziendale e degli organi di controllo per valutare l'andamento della gestione nonché la sussistenza o meno della prospettiva della continuità aziendale. Per garantire l'effettiva esistenza del patrimonio sociale, le convenzioni contabili adottate dal legislatore comunitario e italiano sono ispirate alla prudenza e al criterio della conservazione del capitale (articoli 2423-*bis* e 2426 Cc). Poiché il bilancio d'esercizio riflette soltanto gli eventi passati, per far sì che l'informativa di bilancio possa essere utilizzata anche in modo prospettico (*forward-looking*) la direttiva 2003/51/CE e il Dlgs 32/2007 di attuazione hanno disposto l'inserimento nella relazione degli amministratori di un'analisi della situazione della società e dell'andamento della gestione, nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta (articolo 2428 Cc). Di particolare rilievo è l'obbligo di fornire nell'ambito di tale analisi gli indicatori di risultato c.d. "finanziari" (o più correttamente "contabili") e, se del caso, quelli "non finanziari" pertinenti all'attività specifica della società[2]. Tale previsione, unitamente all'obbligo di redazione del rendiconto finanziario disposto dal Dlgs 139/2015, già richiesto peraltro dai principi contabili, ha reso l'informativa obbligatoria di bilancio - se correttamente predisposta - uno strumento tecnicamente adeguato per la valutazione della situazione della società alla data di bilancio e del previsto andamento nei successivi dodici mesi. Le linee guida per la redazione della relazione sulla gestione emanate il 14 gennaio 2009 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili hanno individuato le informazioni, contabili e non, che le società devono fornire per soddisfare l'obbligo sopra richiamato, compresa la riclassificazione del conto economico e dello stato patrimoniale che fornisce le informazioni non direttamente desumibili dai prospetti di bilancio, ormai datati, previsti dalla IV direttiva. In particolare, gli indicatori selezionati ai fini dell'inserimento nella relazione sulla gestione sono i medesimi elaborati dal CNDC nel marzo 2004 nel documento "Il sistema delle informazioni aziendali alla luce di Basilea 2 e del nuovo diritto societario" per la valutazione del rischio di credito degli affidamenti bancari (rischio che dipende principalmente dalla probabilità di insolvenza dell'impresa finanziata) alla luce dell'accordo *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* promosso dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria. Tale scelta risulta coerente poiché la finalità di entrambi i modelli di informativa è la medesima, ovvero la comprensione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario dell'impresa. Del resto, anche le disposizioni relative all'accesso al Fondo di garanzia per le PMI, approvate con Dm 12 febbraio 2019, contengono un modello di previsione del profilo di rischio patrimoniale, economico e finanziario ai fini del calcolo della probabilità di inadempimento che comprende l'uso di numerosi indicatori di natura contabile, differenziati per settore di attività.

2 Sul concetto di informazione non finanziaria si vedano P. Riva, Le informazioni non finanziarie nel sistema di bilancio, Egea, 2001 e Organismo Italiano di Business Reporting - Sustainability, Non-Financial e Integrated Reporting (Oibr), Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e per la previsione delle crisi nelle PMI, a cura di P. Riva e A. Panizza, 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

5.3 Revisione e controllo societario

Dall'importanza dell'informativa contabile ai fini della tutela dei terzi e del monitoraggio dell'andamento aziendale deriva la necessità di verificare l'affidabilità delle informazioni contabili prodotte dalla società mediante l'intervento istituzionale di professionisti esterni. La funzione di controllo del bilancio rientrava originariamente fra i doveri del collegio sindacale previsti dall'articolo 2403 Cc, la cui formulazione iniziale imponeva a tale organo l'obbligo di *"accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'articolo 2425 per la valutazione del patrimonio sociale"*. A seguito della riforma del diritto societario attuata con il Dlgs 17 gennaio 2003 n. 6 fu introdotto l'istituto del "controllo contabile" di cui all'articolo 2409 *bis* Cc. Esso fu successivamente sostituito dalla "revisione legale", funzione distinta dalla vigilanza anche se esercitabile dal medesimo organo, e cioè dal collegio sindacale se composto da revisori iscritti nell'apposito registro, per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato.

La revisione contabile, standardizzata a livello internazionale mediante i principi di revisione, è stata introdotta nell'ordinamento europeo con la direttiva 2006/43/CE, recepita in Italia con il Dlgs 27 gennaio 2010 n. 39, nonché con la direttiva 2014/56/UE, attuata con il Dlgs 17 luglio 2016 n. 135. L'inserimento della revisione contabile nell'ordinamento nazionale quale funzione distinta dalla vigilanza ha indotto qualche interprete del diritto e a volte il legislatore a confondere i ruoli dei due organi societari incaricati del "controllo", i quali in realtà hanno compiti ben distinti. Ciò ha comportato la formulazione non felice di alcune norme, dando origine a un'ambiguità, parzialmente eliminata dal Dl 118/2021 e dal nuovo CCI, che peraltro si può agevolmente risolvere mediante un'interpretazione sistematica della normativa. Innanzitutto si deve considerare che, a seguito dell'evoluzione normativa sopra richiamata, la funzione di "controllo" non comprende più le attività di verifica dell'attendibilità del bilancio, ora costituite dalla revisione contabile che, ove obbligatoria per legge, è definita "revisione legale". La finalità della revisione è *l'espressione di un giudizio* da parte del revisore *"in merito al fatto se il bilancio sia redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo"*[3] e quindi sia redatto con chiarezza e rappresenti in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio; inoltre, il revisore legale o la società di revisione legale verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili[4].

Completamente diverse sono le attività e le funzioni di "controllo" ovvero "vigilanza", affidate, nel sistema di *governance* tradizionale, al collegio sindacale o, in alternativa, nelle società a responsabilità limitata, al sindaco unico. Il testo originario dell'articolo 14 CCI, ora soppresso, disponeva i medesimi obblighi sia in capo all'organo di controllo sia in capo al revisore in relazione agli indizi della crisi. Tale disposizione era caratterizzata da una doppia ambiguità: sia nella rubrica ("*Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*"), che sembrava comprendere fra gli organi di controllo anche il revisore, sia nel testo, che adombrava l'attribuzione al revisore di compiti di vigilanza ad esso non spettanti. Tale ambiguità ha dato luogo a svariate

3 Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 200.

4 Articolo 14, Dlgs 39/2010.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

interpretazioni da parte della dottrina per cercare di attribuire alla disposizione in questione un senso coerente con il sistema.

Fortunatamente, essa è stata eliminata dall'articolo 15 del Dl 118, che non fa più riferimento al revisore o alla società di revisione e il cui testo è stato trasfuso nel nuovo articolo 25 *octies* del CCI, rubricato "*Segnalazione dell'organo di controllo*". La distinzione fra le due funzioni e i relativi obblighi, anche in relazione alla gestione della crisi, è fondamentale per individuare con precisione i compiti dei rispettivi organi che peraltro, nella maggior parte dei casi, sono composti da professionisti aventi i medesimi requisiti professionali. La chiarezza nell'attribuzione dei compiti favorisce il corretto funzionamento del sistema dei controlli, consente di individuare i principi professionali di riferimento applicabili nell'esercizio delle rispettive funzioni e conseguentemente di circoscrivere le responsabilità di chi le svolge, senza pericolose commistioni.

5.4 L'attività di vigilanza nella rilevazione della crisi

Se la revisione è fondamentale per valutare il grado di affidabilità dell'informativa contabile, all'organo sindacale sono affidati specifici compiti di intervento sulla base delle informazioni fornite dalla direzione aziendale e di quelle ricevute dai revisori in relazione ai controlli da essi svolti, ai sensi dell'articolo 2409 *septies* Cc. L'intercettazione tempestiva dei segnali di crisi richiede innanzitutto la vigilanza circa l'istituzione e il corretto funzionamento di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale *ex* articoli 2086 e 2381, comma 5, Cc. Inoltre, è necessario il monitoraggio costante circa il comportamento diligente degli amministratori, il rispetto di tutte le norme statutarie, legislative e regolamentari cui la società è tenuta, l'assenza di operazioni estranee all'oggetto sociale, in conflitto di interessi ovvero imprudenti o azzardate, nonché la sussistenza dell'equilibrio patrimoniale, economico e finanziario. Tale monitoraggio avviene acquisendo le necessarie informazioni mediante gli strumenti previsti dal legislatore e in particolare:

a. lo svolgimento delle verifiche sindacali periodiche (articolo 2404 Cc);
b. la partecipazione alle riunioni degli organi sociali (articolo 2405 Cc) o ad altri incontri o a seguito di richieste specifiche;
c. l'informativa periodica fornita dagli amministratori circa l'andamento generale della gestione e la sua prevedibile evoluzione, nonché le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate (articolo 2381, comma 5, Cc);
d. gli atti di ispezione e controllo (articolo 2403 *bis* Cc);
e. lo scambio di informazioni con i revisori (articolo 2409 *septies* Cc).

Per quanto riguarda la rilevazione tempestiva della crisi, la vigilanza dei sindaci riguarda l'obbligo degli amministratori di monitorare costantemente l'equilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'azienda e, in caso di situazione di squilibrio, 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. In pratica, l'organo di controllo dovrà richiedere con cadenza almeno trimestrale (articolo 2404 Cc) una situazione contabile infrannuale il più possibile aggiornata, tenendo presente che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile potrà essere considerato adeguato soltanto se esso risulta in grado di produrre tempestivamente le informazioni contabili necessarie per il monitoraggio costante della gestione. Tale situazione contabile dovrà essere oggetto di esame e discussione con la direzione aziendale per quanto ri-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

guarda l'andamento della gestione, l'analisi degli scostamenti tra dati previsionali e dati consuntivi, nonché la verifica della regolarità degli incassi e dei pagamenti, tenendo conto anche delle eventuali segnalazioni ricevute da creditori pubblici qualificati ai sensi dell'articolo 30 *sexies* del Dl 152/2021, trasfuso nel nuovo articolo 25 *novies* CCI. Trattandosi di situazioni contabili infrannuali, gli ammortamenti, gli accantonamenti, la valutazione delle rimanenze e dell'esigibilità dei crediti saranno necessariamente stimati con minore precisione rispetto al bilancio annuale, fermo restando l'obbligo di redazione del documento contabile sulla base del principio di competenza e della ragionevolezza delle stime. Inoltre, va considerato che tali situazioni contabili periodiche non sono soggette a revisione, pertanto è consigliabile che l'organo di controllo si confronti anche con il revisore legale nel caso in cui emergano criticità.

Nelle società meglio strutturate dal punto di vista organizzativo, i controlli sopra indicati non rappresentano certo una novità rispetto al regime precedente la riforma della normativa sulla crisi d'impresa. Infatti, essi sono necessari per rilevare gli eventuali squilibri economici, patrimoniali o finanziari che comportano la perdita della continuità aziendale ovvero costituiscono il presupposto per la convocazione dell'assemblea *ex* articolo 2446/2447 e 2482 *bis*/2482 *ter* Cc in caso di riduzione del capitale per perdite[5], e costituiscono l'oggetto più frequente dell'attività di vigilanza del collegio sindacale circa l'operato degli amministratori. Tuttavia, il codice della crisi d'impresa ha correttamente ribadito la necessità di controlli costanti e l'obbligo di istituire un assetto contabile adeguato in grado di fornire dati aggiornati, il che auspicabilmente migliorerà il controllo della gestione nonché l'efficacia della vigilanza del collegio sindacale anche nelle imprese di minori dimensioni.

Riguardo agli indizi della crisi, si ricorda che il nuovo articolo 2, comma 1, lettera *a)* CCI definisce la stessa come "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*", e che l'articolo 12, che riproduce l'articolo 2 del decreto 118, individua le "*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*" come presupposto per la composizione negoziata della crisi. Anche se il nuovo CCI non prevede più l'applicazione degli indicatori standardizzati dell'allerta, la valutazione della probabilità di insolvenza non potrà prescindere dalle risultanze contabili. Pertanto, sarà necessario muovere dall'accertamento a consuntivo della situazione di squilibrio economico, patrimoniale o finanziario risultante dalla situazione contabile infrannuale più recente, nonché valutare l'adeguatezza o meno dei flussi di cassa prospettici sulla base di previsioni di *cash-flow* predisposte dalla direzione aziendale ai fini gestionali. Ciò potrà avvenire utilizzando la metodologia di calcolo del test pratico di cui alla sezione I del documento allegato al Decreto del Direttore generale degli affari interni 28 settembre 2021, eventualmente da porre a confronto con il flusso di cassa calcolato ai fini del *Debt Service Coverage Ratio* come già indicato dal CNDCEC[6]. Infatti, il DSCR, pur non essendo più obbligatorio, resta comunque un valido indicatore e in ogni caso richiede l'elaborazione del flusso di cassa prospettico[7].

5 Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Norma di comportamento del collegio sindacale 11.1 Prevenzione ed emersione della crisi e Norma di comportamento del collegio sindacale 11.10, Vigilanza del collegio sindacale in caso di riduzione o perdita del capitale, Settembre 2015.

6 Consiglio Nazionale Dei Dottori Commercialisti E Degli Esperti Contabili, Gli indici dell'allerta ex articolo 13, co. 2 Codice della crisi e dell'Insolvenza, bozza del 19 ottobre 2019.

7 Cfr. M. Irrera e P. Riva, La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e del Dl 118/2021: is cash still king? DSCR e TdR a confronto, in Ristrutturazioni Aziendali, 20 ottobre 2021.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Come previsto dall'articolo 15 del decreto 118 e dal nuovo articolo 25 *octies* CCI, nel caso in cui l'esito del test pratico di cui sopra confermi la ragionevole possibilità del risanamento dell'impresa, l'organo di controllo societario è tenuto a inviare una segnalazione scritta all'organo amministrativo circa la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. La segnalazione deve altresì contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. Nelle more, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 Cc.

5.5 L'attività di vigilanza nella gestione della crisi

Decorso il termine non superiore a trenta giorni fissato dall'organo di controllo per la risposta degli amministratori in merito alle iniziative intraprese, in caso di comportamento inerte o inefficace degli stessi il collegio sindacale dovrà fare uso dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento convocando l'assemblea dei soci ai sensi dell'articolo 2406 Cc ed eventualmente presentando ricorso al tribunale *ex* articolo 2409 Cc. In mancanza, l'organo di controllo non potrà contare sull'effetto esimente della segnalazione all'organo amministrativo in relazione alla propria responsabilità. Al contrario, nel caso in cui la società presenti istanza per l'accesso alle trattative, l'attività di vigilanza del collegio sindacale continuerà *ex* articolo 2403 Cc come espressamente previsto dall'articolo 15 del Dl 118 e dal nuovo articolo 25 *octies* del CCI, interloquendo con l'esperto *ex* nuovo articolo 17 del CCI nonché estendendo la vigilanza all'andamento delle trattative. In base ai criteri generali stabiliti dal Codice civile per tale funzione, anche l'attività di vigilanza sull'andamento delle trattative e in pendenza delle stesse non verterà sul merito delle scelte di gestione effettuate dall'organo di amministrazione, ma riguarderà la legittimità di tali scelte e la conformità delle medesime ai generali criteri di razionalità economica. A questo scopo, l'organo di controllo dovrà essere tempestivamente informato sull'andamento delle trattative, intensificando, se necessario, le richieste di informazioni all'organo amministrativo. Ciò, in particolare, nel caso del compimento di atti di straordinaria amministrazione o dell'esecuzione di pagamenti potenzialmente pregiudizievoli, non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, segnalati dall'esperto all'organo di controllo *ex* nuovo articolo 21 del CCI. Infine, alla cessazione delle trattative a seguito della composizione negoziata, l'organo di controllo continuerà ad esercitare la propria vigilanza sul rispetto degli impegni assunti da parte degli amministratori. Nella fase esecutiva, in caso di significativi scostamenti rispetto al piano, l'organo di controllo potrà eventualmente convocare l'assemblea dei soci a scopo informativo e per adottare gli opportuni provvedimenti.

In assenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata della crisi, ovvero in alternativa alla medesima, gli amministratori possono attivarsi per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti alternativi previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (articolo 2086 Cc) ovvero convocare l'assemblea dei soci per deliberare la messa in liquidazione della società, gestendo la stessa ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (articolo 2486 Cc).

In tali casi, il collegio sindacale vigila che gli amministratori diano seguito all'adozione delle formalità e degli adempimenti previsti dalla legge. Ad esempio, nel caso in cui la società decida di predisporre un piano attestato di risanamento ovvero di accedere a un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero di proporre un concordato preventivo o un concordato con continuità, il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

collegio sindacale vigila che il professionista incaricato sia in possesso dei requisiti previsti dalla legge, che il piano sia redatto in conformità ai principi emanati dal CNDCEC[8] e che il contenuto dell'attestazione sia conforme a quanto richiesto dalla legge e coerente con i principi di attestazione dei piani emanati dal CNDCEC[9]. Infine, quando la società adotta il piano di risanamento ovvero dopo l'omologazione dell'accordo da parte del Tribunale, i sindaci vigilano sulla corretta esecuzione del piano o dell'accordo da parte degli amministratori[10].

Nel caso in cui la società decida di proporre la domanda di concordato con riserva, il collegio sindacale vigila che unitamente al ricorso contenente la domanda siano depositati i documenti prescritti, che non sussistano circostanze ostative[11] e, allo scadere del termine concesso per la redazione e attestazione del piano, che il medesimo sia correttamente redatto e depositato.

5.6 L'organo di controllo nelle piccole e medie imprese

A seguito della riforma societaria del 2003[12], la nomina del collegio sindacale era obbligatoria nelle società a responsabilità limitata con capitale sociale pari o superiore a quello minimo stabilito per le società per azioni, ovvero se per due esercizi consecutivi erano superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435 *bis* Cc[13]. Pertanto, al sistema dei controlli creato dal legislatore della riforma a seguito di approfonditi dibattiti tecnici sfuggivano soltanto le società "sotto soglia".

All'inizio del 2012, sotto la spinta dell'emergenza finanziaria, l'articolo 2477 Cc fu modificato con decretazione d'urgenza[14] con il dichiarato scopo di ridurre gli oneri per le imprese, consentendo alle società a responsabilità limitata che superavano i parametri previsti (nel frattempo aumentati a 4,4 milioni di attivo e 8,8 milioni di ricavi) di scegliere fra revisione del bilancio e vigilanza dell'organo sindacale.

Questa bizzarra possibilità di scegliere il controllo societario "*à la carte*", che considera fungibili le funzioni di vigilanza e di revisione per le società a responsabilità limitata anche di rilevanti dimensioni, ha prodotto l'effetto di indebolire la rigorosa disciplina delineata dalla riforma palesando altresì la mancanza di familiarità degli autori dell'improvvida modifica legislativa con i meccanismi di *governance* delle società di capitali.

---

8 Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Principi per la redazione dei piani di risanamento, aggiornato 2022.

9 Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Principi di attestazione dei piani di risanamento, 16 dicembre 2020.

10 Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate, 12 gennaio 2021: Norma 11.4 Vigilanza del collegio sindacale in caso di adozione di un piano attestato di risanamento; Norma 11.5 Vigilanza del collegio sindacale in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti; Norma 11.7 Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato preventivo; Norma 11.8 Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato con continuità.

11 Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Norme 2021, cit., Norma 11.6 Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato con riserva.

12 Dlgs 17 gennaio 2003 n. 6, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

13 Totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 3.125.000 euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni: 6.250.000 euro; dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità.

14 Articolo 35, Dl 9 febbraio 2012, n. 5.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A tale falla nel sistema dei controlli ha cercato di porre rimedio il CCI, che ha esteso i controlli societari alle società che per due esercizi consecutivi hanno superato anche *uno solo* dei limiti di attivo, ricavi e dipendenti, ridotti a 4 milioni di euro (sia per l'attivo sia per i ricavi) e 20 dipendenti occupati in media. Ciò costituisce un'apprezzabile inversione di rotta da parte del legislatore che ora riconosce, a differenza di quanto avvenuto nel recente passato, che il beneficio atteso per l'intero sistema economico e sociale dalla migliore e più tempestiva gestione delle crisi connessa con la presenza degli organi di controllo è di gran lunga superiore al costo che le società devono sostenere per dotarsi di tali organi.

Purtroppo, il novellato articolo 2477 Cc non ha ancora eliminato del tutto l'ambiguità relativa all'obbligo delle distinte funzioni di vigilanza e di revisione introdotta negli anni della crisi globale. La poco felice formulazione dell'articolo in questione, che prevede l'obbligo della nomina dell'organo di controllo o del revisore, si può prestare a un'interpretazione letterale - ma superficiale - secondo cui le società a responsabilità limitata potrebbero scegliere il tipo di controllo a cui sottoporsi (vigilanza o revisore) evitando uno dei due a propria discrezione. Tale paradossale risultato è evidentemente non coerente con le finalità complessive del CCI e dell'ordinamento societario, nonché con le altre specifiche disposizioni che richiedono l'esercizio di entrambe le distinte attività di controllo e di revisione a garanzia del corretto funzionamento della *governance* delle società di capitali e a tutela dell'intero sistema economico.

Come rilevato da numerosi e autorevoli commentatori, ivi compreso il Consiglio Nazionale del Notariato[15], non vi è motivo per differenziare il sistema dei controlli delle Spa da quello delle Srl, poiché la necessità dei controlli - vigilanza e revisione - dipende dai parametri dimensionali e non dai rapporti fra i soci. Del resto l'interpretazione sistematica della norma, secondo cui al superamento dei parametri è necessario istituire sia la funzione di vigilanza sia la revisione contabile a tutela del patrimonio sociale e dei diritti degli *stakeholder*, risulta spesso applicata nella prassi. Infatti, sono numerose le società a responsabilità limitata che decidono di nominare sia l'organo di controllo sia il revisore, valutando che solo in tal modo l'assetto organizzativo possa considerarsi ben strutturato. Tale scelta contribuisce all'adeguatezza dell'assetto societario, che oltre a essere obbligatoria per legge tutela i soci e gli amministratori diligenti anche in relazione alle responsabilità in cui essi potrebbero altrimenti incorrere.

5.7 Conclusioni

A seguito della riforma del diritto societario e dell'introduzione della revisione legale, la salvaguardia del patrimonio sociale è soggetta a un rigoroso monitoraggio ai fini della tutela dei diritti degli *stakeholder*. Il ben congegnato meccanismo di controllo ideato dal legislatore prevede, da un lato, la produzione e l'analisi di informazioni contabili aggiornate, mediante l'adeguato assetto amministrativo e contabile istituito dagli amministratori. Dall'altro, esso richiede la verifica da parte dei revisori circa l'affidabilità delle informazioni medesime e la vigilanza da parte del collegio sindacale sulla tempestività e adeguatezza delle azioni poste in essere dagli amministratori. La frequenza almeno trimestrale delle verifiche sindacali, la partecipazione dei sindaci alle riunioni degli organi sociali e i poteri di indagine ed intervento loro conferiti attestano la centralità

15 CNN Notizie n. 33 del 20 febbraio 2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del ruolo dell'organo di controllo societario ai fini del corretto funzionamento del sistema delle società di capitali. La rilevanza strategica della funzione di vigilanza è stata ribadita dal codice della crisi, sia nella versione originaria sia in quella modificata in conformità al Dl 118, mentre l'espressa previsione dell'utilizzo di indicatori contabili quali il margine operativo lordo e netto nonché dei *budget* economici e finanziari evidenzia l'importanza di un'affidabile informativa contabile e del controllo di gestione, ora obbligatori per legge ai fini della prevenzione della crisi. La ripartizione dei compiti fra amministratori, sindaci e revisori richiede necessariamente la nomina sia dell'organo di controllo sia del responsabile della revisione. Dispiace, quindi, che in occasione dell'elaborazione del codice della crisi il legislatore non abbia posto rimedio alla breccia aperta nel sistema dei controlli sulle Srl dalle improvvide modifiche all'articolo 2477 Cc introdotte un decennio orsono, ripristinando esplicitamente l'obbligo di nomina sia dei sindaci sia dei revisori anche in questo tipo di società. La possibilità di sottrarre le società a responsabilità limitata all'uno o all'altro tipo di controllo, che emerge da un'interpretazione letterale della norma, pregiudica la corretta *governance* societaria come è stato più volte ribadito da autorevoli commentatori. In attesa che l'obbligo di istituire entrambe le funzioni di vigilanza e revisione sia espressamente reintrodotto per tutte le società che superano i relativi parametri, l'interpretazione sistematica della normativa porta a concludere che la mancata nomina dell'organo sindacale ovvero del revisore pregiudica la verifica della corretta gestione aziendale e la tempestiva rilevazione della crisi. In caso di perdita del capitale o di insolvenza, la mancata istituzione di una necessaria funzione di controllo potrebbe, di conseguenza, aggravare la responsabilità degli altri organi sociali per non aver istituito un adeguato assetto organizzativo societario.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 6

L'internal auditor e il sistema di controllo interno

Alberto Oliva, Stefania Bocchino

SOMMARIO: 6.1 Il sistema di controllo interno: sintesi dei modelli di riferimento – 6.2 L'enterprise risk management e il CoSo report – 6.3 Il ruolo dell'internal auditor nella crisi – 6.4 L'analisi dei rischi e l'individuazione di Kpi

Nel contesto delle crisi di impresa assume fondamentale importanza l'attendibilità della contabilità, tra gli altri elemento basilare per il lavoro svolto dal collegio sindacale, dal revisore, dal Cda e dal comitato di controllo rischi, tenuti nei loro compiti anche a esprimere un giudizio esplicito sulla veridicità dei dati aziendali.

Dunque un approccio operativo, non più solo a consuntivo (*backward-looking*), ma necessariamente previsionale (*forward-looking*), orientato alla cultura della pianificazione e controllo e alla salvaguardia della capacità di generare un adeguato flusso di cassa, è da considerarsi una esigenza gestionale prioritaria imprescindibile per una gestione consapevole, trasparente e profittevole del "fatto aziendale". Tale monitoraggio consente altresì di controllare per tempo l'insorgenza di situazioni di prolungato squilibrio economico- finanziario, intese come cause sintomatiche di crisi d'impresa, che possono generare incertezza sul presupposto della continuità aziendale (*going concern*) e su una gestione finanziariamente sostenibile nel medio-lungo periodo.

Tali principi sono stati presi in considerazione anche nel nuovo Codice della crisi e dell'insolenza il quale introduce una disciplina della crisi d'impresa che prevede procedure di controllo interno ed esterno (*alert*), innovative in questo ambito, finalizzate al rafforzamento dei sistemi di segnalazione tempestiva (*early warning*) delle situazioni d'insorgenza di crisi d'impresa, enunciando il principio generale di una definizione dello "stato di crisi" intesa come "probabilità di futura insolvenza".

A livello operativo si rende necessaria:

- l'implementazione di un efficace **sistema di controllo interno**;
- la presenza della figura professionale dell'**internal auditor**.

La presenza di un sistema di controllo interno adeguato e della figura dell'*internal auditor* (Ia) auspicabilmente presente a supporto e monitoraggio dello stesso, assumono dunque un ruolo rilevante nella programmazione e nelle tempistiche delle procedure di revisione, propedeutiche alla strutturazione dei piani di risanamento delle aziende in crisi e, qualora implementati in quanto meritevoli, nel monitoraggio delle successive azioni contenute nel piano.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

6.1 Il sistema di controllo interno: sintesi dei modelli di riferimento

Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi aziendali.

Nel panorama italiano, un autorevole ambito di trattazione delle caratteristiche fondanti del sistema di controllo interno è rappresentato dal Codice di *Corporate Governance* (delle società quotate) che all'articolo 6 contiene l'indicazione delle buone prassi di governo di impresa condivise anche a livello internazionale. Non a caso in questo corposo articolo denominato «Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» si tratta anche della figura e dei compiti dell'*internal auditor*.

Ci troviamo pertanto di fronte a un *benchmark* di riferimento, che opportunamente declinato, può essere di riferimento anche per le imprese di minori dimensioni.

Il sistema di controllo interno (e di gestione dei rischi) è un processo attuato dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri soggetti della struttura aziendale, finalizzato a fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi rientranti nelle seguenti categorie:

- efficacia ed efficienza delle attività operative;
- attendibilità delle informazioni di bilancio;
- conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore.

Un'efficace *corporate governance* si basa sull'integrazione dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno. In questo panorama, talvolta complesso e affollato, emerge l'importanza di una chiara definizione dei tre livelli in cui si articola il sistema di controllo interno, in sostanza, come è stato detto, per passare dalla "sommatoria dei controlli" a un "sistema di controllo":

- il primo livello definisce e gestisce i controlli c.d. di linea, insiti nei processi operativi (per esempio il *back office* o in parte lo stesso responsabile del reparto/ufficio);
- il secondo livello presidia il processo di gestione e controllo dei rischi garantendone la coerenza rispetto agli obiettivi aziendali e rispondendo a criteri di segregazione organizzativa in modo sufficiente per consentire un efficace monitoraggio (per esempio, *compliance*, *risk manager*, dirigente preposto, responsabile qualità eccetera);
- il terzo livello fornisce un'*assurance* indipendente sul disegno e sul funzionamento del complessivo sistema di controllo interno (*internal audit*, comitato per il controllo interno).

Lo *schema riportato alla pagina seguente* rappresenta la complessità e le relazioni tra i diversi organi (non tutti sempre presenti nelle aziende di dimensioni minori). In tale contesto, occorre inoltre essere consapevoli che alcune aree sono di «comune interesse». Si segnala per esempio la rilevanza dell'area amministrativo-contabile (e del relativo sistema di controllo interno) per i seguenti attori:

- dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (o nel caso di non quotate il Cfo);
- collegio sindacale;
- società di revisione;
- organismo di vigilanza *ex* Dlgs 231/2001 (sia direttamente come reati societari, sia come area strumentale alla commissione di altri reati).

In tale scenario, risulta evidente l'opportunità/la necessità di:

- disegnare la *governance* e il sistema di controllo interno secondo criteri di adeguatezza ed efficienza, assicurando il mantenimento nel tempo di tale requisiti;
- prevedere gli opportuni meccanismi di coordinamento tra gli attori del sistema dei controlli;
- implementare gli opportuni flussi informativi tra tali attori.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Si tratta in sostanza di evitare quello che nella cultura anglosassone è definito come *overlapping controls* (sovrapposizione dei controlli).

Se da una parte si deve quindi progettare un sistema di controllo interno che eviti l'*overlapping* dei controlli è necessario dall'altra che si definisca correttamente la dimensione, l'ampiezza, dello stesso. Ci guidano in tale compito due concetti molto importanti:

- proporzionalità;
- *risk appetite*.

GLI ATTORI COINVOLTI

Secondo la Raccomandazione 32 **il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi coinvolge**:

- **l'organo di amministrazione**, che svolge un ruolo di indirizzo e di valutazione dell'adeguatezza del sistema;
- il **chief executive officer**, incaricato dell'istituzione e del mantenimento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi;
- il **comitato controllo e rischi**, istituito all'interno dell'organo di amministrazione, con il compito di supportare le valutazioni e le decisioni dell'organo di amministrazione relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e all'approvazione delle relazioni periodiche di carattere finanziario e non finanziario;
- il **responsabile della funzione di internal audit**, incaricato di verificare che il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi sia funzionante, adeguato e coerente con le linee di indirizzo definite dall'organo di amministrazione;
- le **altre funzioni aziendali** coinvolte nei controlli (quali le funzioni di risk management e di presidio del rischio legale e di non conformità), articolate in relazione a dimensione, settore, complessità e profilo di rischio dell'impresa;
- l'**organo di controllo**, che vigila sull'efficacia del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

Il principio di proporzionalità è notoriamente uno dei più importanti principi generali del diritto comunitario, secondo il quale l'azione comunitaria deve limitarsi allo stretto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Altri esempi sono riscontrabili nella produzione normativa di vario livello amministrativa e finanziaria. Il principio di proporzionalità gioca però ruolo fondamentale anche a livello dell'organizzazione societaria, si ricordi in tal senso la connessione di questo concetto con quello di adeguatezza previsto nell'articolo 2381 Cc.

In base a questo principio la strutturazione e il dimensionamento del sistema di controllo interno (anche in termini di complessità e di risorse destinate) devono quindi essere proporzionati alla natura, alla dimensione e alla complessità dell'attività svolta, nonché, in particolare per i soggetti finanziari, alla tipologia e alla gamma dei servizi prestati.

Il *risk appetite framework* (Raf, sistema degli obiettivi di rischio) è il quadro di riferimento che definisce – in coerenza con il massimo rischio assumibile, il *business model* e il piano strategico – la propensione al rischio, le soglie di tolleranza, i limiti di rischio, le politiche di governo dei rischi, i processi di riferimento necessari per definirli e attuarli.

I due concetti sono a ben vedere strettamente correlati, e consentono di definire, dopo una attenta e consapevole analisi costi- benefici, quale è il livello di rischio che l'impresa intende accettare in relazione ai suoi obiettivi complessivi e con quali risorse intenda farne fronte, ottimizzando la complessa funzione di "costo del controllo" anche in relazione alle dimensioni (e quindi ragionevolmente anche alle possibilità) della azienda stessa.

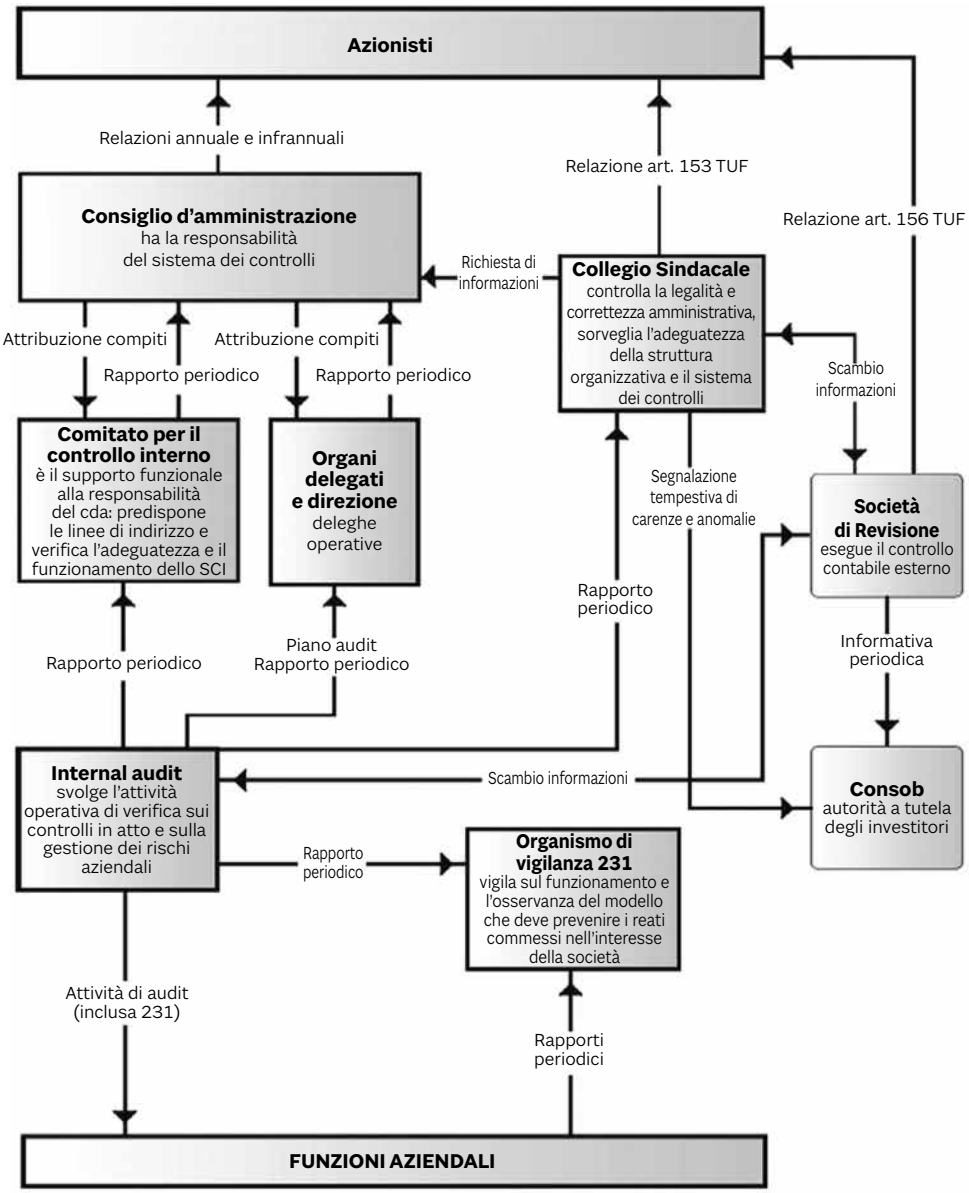
Nella risoluzione di tale equazione avremo la risposta a quali obiettivi l'azienda è in grado di sostenere nel medio periodo, come controllarli, come evitare e monitorare i rischi, utilizzando

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

quali risorse. Questo complesso equilibrio consentirà, se svolto in modo continuo e consapevole, di limitare al massimo l'inconsapevole deriva verso la crisi d'impresa.

In questo contesto si collocano lo sviluppo e la diffusione in ambito internazionale di modelli teorici relativi al sistema di controllo interno che forniscono riferimenti concettuali alle componenti degli stessi di facile comprensione e condivisione, definizioni di generale applicabilità che prescindono dai confini settoriali e geografici.

SISTEMA DI CONTROLLO INTERNO: LE RELAZIONI FRA I DIVERSI ORGANI



NB - Il comitato per il controllo interno è ora da intendersi come Comitato controllo e rischi.
Fonte: Nedcommunity.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

6.2 L'enterprise risk management e il CoSo report

Il CoSo report, risultato dello studio effettuato dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (CoSo) nel 1992 e revisionato nel 2013 (si veda P. Riva, R. Provasi, *The Updated CoSo Report 2013*, "*Journal Of Modern Accounting And Auditing*" 2015), rappresenta un modello di riferimento volto a migliorare i sistemi di controllo interno e fornire ai diversi componenti degli assetti societari dell'impresa un concetto comune di controllo.

Secondo questo modello il controllo interno generalmente è costituito da 5 componenti:

1. l'ambiente di controllo che si riferisce essenzialmente ai valori etici e alla filosofia di gestione del management, inclusa l'assegnazione di ruoli e responsabilità;
2. il processo per la valutazione del rischio adottato dall'impresa;
3. il sistema informativo e i processi di gestione correlati, rilevanti per l'informativa economico-finanziaria e la comunicazione;
4. le attività di controllo, ovvero procedure atte ad assicurare l'integrità dei dati;
5. i controlli di monitoraggio che comprendono la regolare attività di supervisione delle attività svolte dal *manager* aziendale al fine di identificare errori risultanti da mancanza o non operatività di controlli sulle applicazioni oppure problemi esistenti nel sistema contabile. Essi coprono sia obiettivi finanziari di bilancio, sia operativo-gestionali.

Il rischio è un elemento che caratterizza le attività imprenditoriali e che qualora non esplicitato e affrontato in modo consapevole e dinamico potrebbe aumentare le probabilità di crisi.

Per focalizzare il concetto di rischio e declinarlo a livello dell'intera operatività aziendale nel 2004 il *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* ha pubblicato un modello di riferimento *Enterprise risk Management (Erm) Framework*. Di fatto l'Erm rappresenta un'evoluzione, per incorporazione, del CoSo report.

L'Erm è costituito da otto componenti interconnesse e non sequenziali che derivano dal modo (soggettivo) in cui il management gestisce l'azienda e che sono integrate con i processi operativi. Come per il CoSo report, anche l'Erm è solitamente rappresentato graficamente con un cubo (*si veda la figura in pagina*).

ERM: GLI OTTO COMPONENTI

IMMAGINE IN BASSA RISOLUZIONE

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

6.3 Il ruolo dell'internal auditor nella crisi

La professione dell'*internal auditor* ha seguito, nel corso degli anni, un importante percorso evolutivo, che ha visto il suo raggio d'azione spostarsi da verifiche limitate principalmente ad aspetti di conformità normativa e procedurale, tipiche più di una funzione di Ispettorato interno, ad attività di maggiore ampiezza che comprende la consulenza organizzativa e la *governance* finalizzata, oltre alla ottimizzazione delle risorse in relazione ai rischi, anche in un'ottica di individuazione tempestiva dei segnali di crisi rischiosi per la salvaguardia della continuità aziendale.

Nel contesto delle crisi d'impresa e di prevenzione dello stato di insolvenza, il compito dell'*internal auditor* assume fondamentale rilevanza in quanto **soggetto preposto a garantire la qualità delle decisioni aziendali** mediante la rilevazione indipendente dei fatti aziendali e una obiettiva valutazione degli stessi al fine di esprimere giudizi di affidabilità in merito a informazioni, processi, sistemi.

Questo ruolo comprende, ma va ben oltre, i tradizionali presidi di *audit* per la prevenzione e il controllo delle frodi e per la verifica dei sistemi contabili.

L'introduzione della figura garantista dell'*internal auditor* assume fondamentale rilevanza sia in un'ottica di prevenzione dello stato di crisi, sia in presenza di situazioni di crisi conclamata nelle quali tuttavia la società intende procedere con una ristrutturazione dei debiti preservando la propria continuità aziendale mediante il risanamento dell'impresa stessa.

Proprio per questo motivo la presenza dell'*internal auditor* - più tipicamente rinvenibile nelle realtà di maggiori dimensioni - è auspicabile anche nelle realtà aziendali di dimensioni medie e persino piccole.

A *contrariis*, proprio l'inadeguatezza o l'inesistenza di uno strutturato sistema di controllo interno rappresenta un elemento di debolezza qualora l'azienda acceda a procedure quali il concordato preventivo in continuità, la ristrutturazione del debito o più semplicemente rediga un piano attestato.

La funzione di *audit* sarà pertanto impegnata nel verificare che le attività amministrative si svolgano su un percorso regolare e ripercorribile, definendone le procedure necessarie per rendere il processo il più possibile completo e affidabile.

L'intervento sarà finalizzato a migliorare la capacità dell'azienda di rispettare i tempi prestabiliti e i costi preventivati, di utilizzare le risorse in maniera efficiente così da continuare a raggiungere il livello di prestazioni desiderato e mantenere un costante controllo sui margini e sui flussi generati.

A tale proposito curerà la corretta implementazione di un sistema di *reporting* periodico, quantomeno mensile, che permetta:

- sia la creazione di un cruscotto di indicatori a livello aziendale che sia utile ai referenti aziendali e al consiglio di amministrazione per comprendere tempestivamente l'andamento economico e finanziario della società e gli impatti patrimoniali;
- sia il monitoraggio del piano concordatario anche al fine di rendicontare compiutamente e tempestivamente:

1. in fase di costruzione del piano agli *advisors*, all'attestatore e qualora presente al pre-commissario;
2. nelle fasi successive ossia nel periodo intercorrente tra l'ammissione e l'omologa e nella fase di esecuzione del piano al Commissario Giudiziale con la periodicità stabilita dal Tribunale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

È opportuno ricordare che in questi casi potrebbe essere necessario e preferibile per problemi di tempo esternalizzare la funzione di Ia a professionisti specializzati in materia.

La Commissione controllo societario e revisione dell'Odcec di Milano ha predisposto nel 2017 un documento il "Quaderno Saf n. 71 – Sistemi di allerta interna" con lo scopo di proporre, su basi tecniche e deontologiche conformi ai migliori standard nazionali e internazionali, una guida in materia di Sistemi interni di allerta preventiva, intesi come standard di riferimento di principi, metodologie, procedure e strumenti finalizzati al costante monitoraggio. Tale documento costituisce un utile riferimento nell'analisi e nella valutazione di tutte le informazioni rilevanti per la predisposizione di un sistema di allerta preventiva a salvaguardia della continuità aziendale. Lo stesso è rivolto agli organi di vigilanza societaria, di controllo contabile (sindaci e revisori) e tutti coloro a cui sono demandati compiti di *internal audit*.

Lo stesso Dl 24 agosto 2021, n. 118, vigente dal 25 agosto 2021, tenta di adeguare il Codice della Crisi alla direttiva UE *Insolvency* 1023/2019 che grava gli Stati membri della predisposizione di strumenti di allerta precoce, chiari e trasparenti, anche basati su tecnologie informatiche, e di procedure di ristrutturazione preventiva celeri. A tale proposito valide indicazioni operative finalizzate anche a valutare in un'ottica preventiva richiesta dall'articolo 3 commi 3 e 4 del Codice della Crisi, l'equilibrio economico e finanziario prospettico di un'impresa sono contenute nel "Documento allegato al decreto dirigenziale direttore generale degli affari interni 28 settembre 2021".

LE PRINCIPALI ATTIVITÀ DI AUDIT

- **audit operativo**: rivolto al controllo e alla verifica dell'efficacia ed efficienza della operatività aziendale;
- **audit di conformità**: rivolto alla verifica del rispetto della normativa esterna e interna, come regolamenti, codice etico, linee guida, procedure, della società o del gruppo;
- **audit delle frodi**: rivolto alla ricerca e individuazione di indicatori di comportamenti fraudolenti e conseguenti accertamenti documentali.

6.4 L'analisi dei rischi e l'individuazione di Kpi

La probabilità d'insolvenza esprime, sulla base di un'ordinata e sistematica analisi e valutazione di tutte le informazioni disponibili in un dato istante, la ragionevole convinzione del soggetto valutatore circa la possibilità che l'impresa diventi insolvente (stato d'insolvenza), con conseguente interruzione della continuità aziendale, entro un determinato intervallo temporale, di norma uno, tre o cinque anni.

Diviene pertanto indispensabile per affrontare uno stato di squilibrio economico-finanziario (la crisi), intervenire tempestivamente per evitare l'aggravamento del medesimo, basando analisi e valutazioni su una corretta e affidabile base informativa.

Su questi ultimi temi, gli organi preposti al controllo interno, tra cui l'*internal auditor* ove istituito, assumono un ruolo decisivo sia nell'ambito della qualità dell'informativa societaria, sia nella necessaria tempestiva disponibilità di affidabili informazioni di natura gestionale.

La cultura del monitoraggio e della gestione dei rischi è particolarmente avanzata nel mondo finanziario a causa del peculiare ruolo sistemico che questi enti rivestono nel mondo economico

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e che quindi costituiscono un veloce veicolo di contagio delle crisi economiche. Cionondimeno nell'ambito dei servizi e della produzione industriale è fondamentale l'attenzione alla gestione del rischio.

LE PIRAMIDI DEL RISCHIO

Fonte: Calpers 2017

La **tassonomia dei rischi** individua le seguenti tipologie principali, variamente presenti e con un diverso grado di magnitudo a seconda della azienda e del settore in cui opera:

- **rischio di mercato**: perdita di valore dovuta a fluttuazioni del valore di mercato dei prodotti finanziari;
- **rischio di credito**: perdita di valore dovuta alla perdita del capitale investito nell'operazione per insolvenza della controparte;
- **rischio operativo**: perdite dovute a guasti nei processi di operatività dei soggetti coinvolti;
- **altri rischi**: rischi di tipo legale, rischi legati alla perdita di reputazione, rischi legati a fattori macro-economici, demografici e simili.

È importante ricordare che anche i rischi apparentemente a minore impatto possono rappresentare delle significative fonti di crisi e di danno economico se non correttamente monitorati. Tra questi è di particolare importanza, nell'attuale sistema sociale che riserva una spasmodica attenzione alle strategie comunicative e ai suoi effetti, la gestione dei rischi reputazionali. A seguito di banali errori di comunicazione o di veicolazione delle informazioni sui propri prodotti e servizi, così come sulla gestione per esempio delle risorse umane o delle relazioni con la clientela, si può incorrere in un rilevante *social shame* che può produrre nel giro di pochissimo tempo a rilevanti danni economici.

A seconda del settore di appartenenza le aziende decidono quale può essere la soglia di rischio accettabile. Superata tale soglia scatta un *warning* e si rende necessario un intervento a mitigazione del probabile evento dannoso. Diventa quindi di fondamentale importanza la misurazione di diverse variabili aziendali connesse alla definizione del limite di rischio accettato.

Abbiamo già accennato al concetto di *risk appetite* di un'impresa, ossia il livello di rischio globale che una impresa è disposta ad accettare. In stretta connessione viene definita la *risk tolerance*, ossia il perimetro entro il quale il parametro può variare senza che sia necessario decidere e implementare ulteriori azioni di intervento a mitigazione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

IL RISCHIO REPUTAZIONALE NELLA STRATEGIA DI COMUNICAZIONE

RISK FACTOR	PROBABILITÀ	MAGNITUDO	LIVELLO ACCETTABILE (RISK APPETITE)	ATTIVITÀ DI MITIGAZIONE DEL RISCHIO
Settore moda				
Il gruppo potrebbe incontrare difficoltà nel reperimento di materie prime in misura sufficiente, oppure subire incrementi dei costi, ovvero dei dazi doganali, con conseguenze negative sulle proprie politiche di prezzo, sulla capacità di mantenere elevati standard di qualità nonché sulla propria situazione economica, patrimoniale e finanziaria.	1	2	Alert su Kpi: peso proporzionale dei fornitori in base al totale costi totali per materie prime, su un periodo rolling di 12 mesi alla data di riferimento.	Il gruppo ha una presenza storica in Cina e si avvale di propri collaboratori, ha affidato a un primario studio di consulenza legale l'analisi delle eventuali problematiche locali. È continua l'attività di scouting di possibili nuovi fornitori in diverse aree geografiche e politiche, compresi i Paesi in via di sviluppo.
Settore costruzione di infrastrutture				
La società potrebbe non attuare un attivo, adeguato e documentato sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro, conforme allo standard Ohsas 18001 e coerente con le Linee guida Uni Inail e le norme di riferimento del settore, con conseguenze negative sulle condizioni fisiche dei lavoratori a causa del verificarsi di incidenti e malattie sul lavoro provocando un conseguente incremento dei relativi costi aziendali e dell'inattività dei dipendenti.	2	3	Alert su Kpi: percentuale infortuni e malattie su trend storico aziendale e di settore.	La società: - ha elaborato un documento scritto della politica della salute e sicurezza sul lavoro adottata, - mantiene costantemente e adeguatamente aggiornato il documento di valutazione dei rischi (Dvr), - redige e conserva tutta la documentazione inerente alla designazione e alla nomina dei soggetti coinvolti nella gestione della sicurezza aziendale in coerenza con i requisiti previsti nel Dvr (Rspp, Aspp, medico competente, dirigenti e preposti eccetera). In occasione della predisposizione del budget, la società stanzia una congrua somma da destinare alla salute e sicurezza sul lavoro (da piano degli investimenti).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Naturalmente a seconda del settore e dell'azienda vi sarà un diverso approccio. Rischi prioritari per una azienda del settore finanziario potranno essere di minore attenzione per una azienda di servizi ben capitalizzata, così come quelli di una azienda che lavora nel settore *fashion* saranno diversi da una azienda di costruzioni di infrastrutture.

La definizione del *risk appetite* deve essere preceduta da una accurata mappatura dei rischi che abbia come orizzonte primario proprio le peculiarità della azienda analizzata nel concreto.

La prassi oziosa di "calare dall'alto" mappature standard, utilizzate per molteplici realtà, solo apparentemente semplifica il lavoro in quanto tale attività rimane estranea a chi operativamente in azienda svolge i compiti considerati nella mappatura e nelle correlate attività di definizione di Kpi di rischio e di monitoraggio degli stessi.

Si genera quindi paradossalmente un ulteriore rischio, molto spesso sottovalutato o ignorato, ossia che tutta questa attività sia considerata un corpo estraneo all'interno della azienda e vissuta come un onere periodico inutile e fastidioso, quando non anche ignorato.

Consigli aurei sono quindi quelli di fare partecipare al massimo i *key user* nella definizione della mappatura dei rischi mediante colloqui individuali, tavole rotonde, *brainstorming* spiegando esattamente gli obiettivi, condividendo materiali e metodologie in uso e raccogliendo il più possibile, dopo ovviamente una attività di filtraggio e sistemizzazione, i suggerimenti dei vari partecipanti. Un'altra buona regola è quella di semplificare il più possibile la documentazione di *output* di tale lavoro, la produzione di schemi di analisi molto strutturati e la definizione di Kpi complessi e ponderosi è sicuramente suggestiva dal punto di vista grafico e porta a pensare all'esistenza di un grande lavoro, spesso è così, ma, come detto, ha il grande rischio di essere un organismo a vita propria che mal si collega alla dinamica esistenza gestionale di una azienda.

Un esempio di struttura estremamente semplificata, buona base di partenza per dimostrare quanto detto, ovviamente suscettibile di personalizzazioni e arricchimenti contingenti è così composto:

- **risk factor**: rappresenta la descrizione del rischio individuato;
- **probabilità**: valorizza il grado di probabilità che il rischio accada/si verifichi;
- **magnitudo**: valorizza l'impatto dell'accadimento del rischio ipotizzato;
- **livello accettabile** (*risk appetite*): si rimanda a quanto detto sopra;
- **attività di mitigazione del rischio**: iniziative correttive volte a rientrare nei parametri definiti.

I livelli di probabilità e magnitudo possono essere definiti in modo molto semplice su tre livelli: basso, medio, alto, oppure introducendo strutture più sofisticate. Il prodotto dei due indici indica l'effettivo livello di rischio.

Come detto un rischio reputazionale nella strategia di comunicazione potrà avere una magnitudo alta per una azienda che lavora nel *fashion* mentre potrebbe essere bassa per una azienda di costruzioni *(si vedano gli esempi riportati nella tabella a pagina precedente).*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 7

L'alta dirigenza aziendale e la prevenzione della crisi

Edgardo Ricciardiello, Paola Vola

SOMMARIO: 7.1 La necessità di un nuovo approccio – 7.2 La prevenzione della crisi tra potere gestorio e di controllo – 7.3 Il modello di business performance e gli indicatori di rischio strategico – 7.4 Gli indicatori Kpi e Kri e il loro monitoraggio: il sistema Balanced scorecard

Il Codice della crisi e dell'insolvenza segna un passaggio epocale verso l'affermazione di un diritto della prevenzione della crisi.

Nonostante si assista a un potenziamento degli strumenti di gestione della crisi dell'imprenditore (e persino delle persone fisiche sovraindebitate o imprenditori non fallibili, secondo il paradigma delle procedure da sovraindebitamento) è senza dubbio la prevenzione della crisi a giocare un ruolo centrale nell'architettura normativa della riforma[1].

7.1 La necessità di un nuovo approccio

Oltre alle procedure di allerta (quantomeno con riferimento alla c.d. allerta interna alla luce dell'abbandono dell'impostazione originaria del Codice) che costituiscono strumenti di emersione tempestiva dei segnali della crisi, quale probabilità di insolvenza in un lasso di tempo breve, il legislatore della riforma punta chiaramente su presidi organizzativi funzionali alla prevenzione della crisi quale fase possibile dell'attività d'impresa che deve essere anticipata sul piano organizzativo e funzionale. Questo passaggio avviene mediante l'affermazione, per la prima volta, di un vero e proprio diritto societario della crisi per mezzo dell'articolo 375 del Codice che interviene su una norma codicistica rimasta per quasi un secolo norma di cornice, l'articolo 2086 del Codice civile.

Il Codice segna il punto di approdo di un percorso di riforma intrapreso nel 2005 che ha condotto all'introduzione nel *corpus* della legge Fallimentare di disposizioni che derogano decisamente a importanti disposizioni codicistiche[2] e che enfatizzano uno statuto speciale

1 Si veda E. Ricciardiello, La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione, Milano, 2020.

2 Articolo 182 quater legge Fallimentare in tema di prededuzione con riferimento ai finanziamenti erogati anche dai soci in deroga agli articoli 2467 e 2497 Cc; articolo 182 sexies legge Fallimentare che come, è noto, deroga agli obblighi inerenti alla conservazione del capitale sociale e di scioglimento previsti dagli articoli 2447, 2482 ter e 2486 Cc.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dell'impresa in crisi che prescinde dalla forme organizzative o, se si preferisce, dai tipi sociali, adottati[3].

E ciò sulla spinta delle tendenze moderne a riconoscere la necessità di un approccio nuovo al tema della crisi delle imprese, in generale, e dei gruppi societari, in particolare, secondo una prospettiva che pare disancorarsi dalla concezione "soggettivistica" della società monade o appartenente al gruppo e delle relazioni tra società soggette a direzione e coordinamento e che rimarca la dimensione di impresa dell'organizzazione che conserva tale connotazione anche nella crisi e che richiede una sua collocazione sistematica[4].

Del resto, a conferma della rilevanza della dimensione d'impresa, è stato correttamente osservato che l'affermazione della primazia dell'impresa rispetto alla forma organizzativa conduce spesso, nell'ambito di vari settori dell'ordinamento, a valutare neutra o del tutto strumentale la forma organizzativa (o tipologia societaria) prescelta[5].

Secondo la raccomandazione 2014/135/Ue e la proposta di direttiva *Insolvency* 2016/0359 poi culminate nella Direttiva Insolvency obiettivo primario è quello di garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzando la conservazione del valore dell'azienda e i livelli occupazionali[6].

Si passa così, da una cultura incentrata sulla esclusiva protezione dei creditori mediante la disgregazione del patrimonio dell'impresa insolvente a favore di un sistema protettivo del valore di avviamento dell'impresa, spezzandosi la correlazione "insolvenza-liquidazione" che aveva caratterizzato il diritto concorsuale dei Paesi continentali dell'Europa tra cui l'Italia.

Si tratta indubbiamente di un passaggio importante che fa comprendere come, secondo una visione oggettiva dell'impresa, sussista la possibilità di conservare valore anche in presenza di una situazione di insolvenza del soggetto purché, di converso, sussista valore nell'azienda[7]: sul presupposto che anche in presenza di valore negativo del patrimonio dell'imprenditore può esservi un valore positivo dato dalla prospettiva di continuità aziendale che si disancora dal soggetto (l'imprenditore insolvente), evidentemente non più in grado di gestire in modo efficiente l'impresa.

Il sistema delineato a fronte delle riforme del diritto concorsuale che si sono susseguite dal 2005 in poi sino alla recente riforma può definirsi chiaramente di impostazione "pre concorsua-

3 P. Valensise, Commento all'articolo 182 quater, "La legge Fallimentare dopo la riforma", Torino 2010, 2337; M. Fabiani, Prededuzione "speciale" ex 182 quater e regime di impugnazione, "Foro it." 2011, 2532; L. Benedetti, I finanziamenti dei soci e infragruppo alla società in crisi, Milano 2017 e Lo statuto dei finanziamenti dei soci e infragruppo a favore della società in crisi, Milano 2016, 26 ss.; L. Balestra, I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto Sviluppo, "Fall." 2012, 1405.

4 C. Angelici, La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale, Padova 2006, 217; P. Ferro-Luzzi, L'impresa, Milano 1985, 9 ss.; M. Rossi, Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo, "Riv. Dir. Soc." 2007, 613 ss. Per la visione unitaria dell'impresa del gruppo ai fini della gestione della crisi cfr. Hirte, Insolvenzordnung. Kommentar 2006, 600 il quale afferma il principio Eine Person Ein Vermögen Eine Insolvenz; C. Paulus, Group Insolvencies – Some Thoughts about New Approaches, 42 Texas Int. L.J. 2007, 819, 820.

5 Cfr. M. Garcea, La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa, "Riv. Soc." 2012, 943 ss. la quale ritiene che nella legge Fallimentare vi siano regole idonee a fornire una giustificazione a soluzioni di gruppo. Cfr. anche G. Jr. Ferri, Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali, "Riv. Dir. Comm." 2006, 759.

6 S. De Matteis, L'emersione anticipata della crisi d'impresa, "Quaderni di Giurisprudenza commerciale", 2017, 61 ss.

7 G. Terranova, Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento, "Giur. Comm." 1996, I, 82; A. Rossi, Il valore dell'organizzazione nell'impresa, "Riv. Dir. comm." 2009, I, 637.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

le" ovvero un sistema che punta su strumenti non solo negoziali di soluzione della crisi ma che impone modelli organizzativi funzionali alla sua prevenzione.

La probabilità dell'insolvenza quale "fase" eventuale ma possibile della vita dell'impresa impone l'accesso a misure di ristrutturazione o piani di risanamento che devono essere adottati quando l'impresa è ancora *in bonis* ovvero quando essa è in grado di reagire con tempestività. Non a caso si parla sempre più di frequente sulla scia del modello della *Banking Recovery and Resolution Directive* Ue/59/2014 (BRRd) di strumenti di "preparazione" della crisi e non solo di *early warning* a voler indentificare codici comportamentali che l'imprenditore deve predisporre sin dall'inizio della sua attività quando è *in bonis* nell'eventualità che si verifichi il *default* (*living wills approach*)[8].

La necessità di individuare regole del diritto societario che agevolino un accesso tempestivo alla crisi d'impresa è avvertita alla luce del fatto che, nel diritto concorsuale, si assiste a una commistione di istituti (concorsuali e non aventi diverse finalità) che essendo a disposizione indistintamente dell'impresa insolvente o anche solo in crisi non agevolano un accesso tempestivo da parte dell'imprenditore ai fini della conservazione del *going concern value*, registrandosi un accesso spesso tardivo di tali istituti[9]. Di qui la necessità di intervento sul piano del diritto dell'impresa affinché possa colmarsi il *deficit* di disciplina basato sulla gradazione della crisi e della sua emersione[10] e ricondurre la prevenzione della crisi nell'ambito del dovere di corretta gestione imprenditoriale e societaria che deve permeare l'intera attività sin dalle sue fasi embrionali e organizzative.

Il legislatore della riforma per la prima volta traspone il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili della società previsto dagli articoli 2381, comma 5 e 2403 Cc all'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva affermando la dimensione aziendale (o se si preferisce dell'attività) del dovere organizzativo. Altra importante novità è la riconduzione funzionale degli assetti organizzativi alla rilevazione tempestiva della crisi e il recupero della continuità aziendale ovvero alla situazione specifica della fase di crisi d'impresa.

7.2 La prevenzione della crisi tra potere gestorio e di controllo

Un elemento di ambiguità della riforma è rappresentato dall'articolo 377 del Codice che, in materia di assetti organizzativi societari, nell'affermare l'esclusività della funzione gestoria in capo agli amministratori (per il modello della SpA) e in generale uniformando il criterio di azione diligente amministrativa al canone del nuovo articolo 375 del Codice, sembra relegare la funzione e responsabilità della predisposizione degli assetti organizzativi all'organo di gestione secondo lo schema dell'articolo 2381, ultimo comma Cc.

In realtà, la funzione e la responsabilità dell'approntamento di modelli organizzativi adeguati in funzione della prevenzione e tempestiva rilevazione della crisi appare rappresentare una prerogativa interorganica e nel caso dei gruppi societari plurisoggettiva. Si tratta senza dubbio di una funzione che vede il coinvolgimento e l'articolazione di molteplici figure dovendosi distinguere tra imprese medio piccole e imprese di grandi dimensioni. Nelle società con assetto organizzativo

8 J. Carmassi, R.J. Herring, Living wills and cross-border resolution of systemically important banks, "Journal of Financial Economic Policy", vol. 5, 2013, 361 ss.; M. Schillig, Bank Resolution Regimes in Europe – part I: Recovery and Resolution Planning, Early Intervention, "European Business Law Review" 2013, 6, 751.

9 F. Pacileo, Continuità e solvenza nella crisi di impresa, Milano 2017, 4 ss.

10 F. Pacileo, op. cit. 69 ss.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

semplice (piccolo medie imprese) si assiste all'attribuzione di poteri organizzativi per gli assetti di *governance* al direttore generale. Si tratta di una forma di preposizione institoria assai rilevante che implica il conferimento di prerogative di alta dirigenza che sono subordinate solo agli amministratori. In tal modo la responsabilità dei direttori generali è equiparata a quella degli amministratori.

Ma la predisposizione di modelli preventivi della crisi non costituisce solo prerogativa gestoria potendo persino coinvolgere i soci nell'ambito del processo di ristrutturazione prescelto[11]. Si tratta in estrema sintesi per evidenti ragioni di semplificazione in questa sede di funzione di *risk management* che presuppone un controllo di primo livello sulla struttura organizzativa dell'impresa societaria o di gruppo e in secondo luogo la sua efficienza funzionale che non può ricadere secondo il modello codicistico attuale (articolo 2381, ultimo comma Cc) sui soli organi delegati.

L'insolvenza o la crisi secondo tale impostazione non differisce dagli altri eventi che possono condizionare in senso negativo l'attività di impresa: alla stessa stregua di eventi traumatici quali la responsabilità da prodotto difettoso o da disastro ambientale o dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (legge 231/2001) la conseguenza è la medesima ovvero l'incapacità dell'impresa di fare fronte a un evento eccezionale che non rientra nei canoni del corso ordinario della gestione.

La crisi come l'emersione della responsabilità sociale dell'impresa impone l'adesione a principi di adeguatezza preventiva dell'organizzazione dell'impresa funzionale ad anticipare tali eventi e a saperli fronteggiare al momento della loro emersione.

Mentre nella società monade, secondo il dettato codicistico, il Cda conserva il potere di "valutare" l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile della società fissato dagli organi delegati (funzione che si sovrappone a quella del collegio sindacale ai sensi dell'articolo 2403 Cc) nonché di mero "esame" dei piani strategici industriali e finanziari, all'interno del gruppo gli equilibri di *governance* sono destinati a mutare per effetto della architettura d'impresa adottata in concreto che può convivere con modelli verticistici e di accentramento rispetto a modelli di cooperazione di tipo orizzontale con necessario coinvolgimento della autonomia privata e delle scelte adottare dai soci di controllo in concreto.

Assume importanza, pertanto, l'interconnessione creata per effetto della direzione e coordinamento e il modello organizzativo adottato in concreto che non rende necessariamente coincidente il ruolo di primazia degli organi delegati per l'espletamento della funzione in esame come sancito dall'articolo 2381, commi 3 e 5 Cc.

Le decisioni che impattano sulle modifiche delle condizioni di rischio dell'impresa di gruppo oltre che fare assumere agli amministratori privi di delega un dovere ulteriore di verifica dell'idoneità degli assetti organizzativi potrebbero comportare, altresì, il coinvolgimento di altri organi sociali: *in primis* l'organo di controllo interno ma anche l'assemblea dei soci.

In generale si evince dal sistema normativo la precisa indicazione che la funzione di organizzazione amministrativa e contabile non può essere attribuita ai soli organi delegati: la norma, nella ripartizione di compiti all'interno del *board*, nell'attribuire a quest'ultimo un potere di valutazione sulla adeguatezza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili, in realtà non ha spogliato l'organo collegiale della prerogativa di interferenza sulla predisposizione di tali assetti ma semmai ne ha accentuato la funzione di coordinamento.

11 V. nuova disciplina sul concordato preventivo con continuità e sulla formazione obbligatoria delle classi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Questa considerazione sembra avvalorata, come osserva puntualmente la dottrina[12], dal fatto che nelle società quotate la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili (articolo 154 *bis* Tuf) avente funzioni di predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la redazione del bilancio di esercizio e consolidato non subentra nelle funzioni dell'organo di gestione e controllo quale garante e vigilante della correttezza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili.

Alla stessa stregua degli organi delegati il dirigente non può auto attribuirsi la paternità del modello organizzativo stabilendo in autonomia i propri limiti decisionali anche sui *budget*[13].

La combinazione del dovere di azione informata che incombe su tutti gli amministratori (anche privi di deleghe) e il dovere di valutazione degli assetti induce a credere che il sistema non vada verso l'esonero da responsabilità degli amministratori privi di deleghe anzi al contrario obblighi il *plenum* a una valutazione di adeguatezza del sistema nel suo complesso che implicherà anche il potere di avocazione delle funzioni delegate qualora il sistema adottato non risulti idoneo.

La struttura organizzativa è finalizzata a garantire l'efficienza amministrativa e contabile di cui, in ossequio al dovere di azione informata, sono investiti tutti gli amministratori i quali devono avere "consapevolezza sul merito della quotidiana gestione"[14].

Pertanto non può esservi in un ambito così importante un'esautorazione del consiglio con attribuzione di responsabilità esclusiva agli organi delegati.

Per le stesse ragioni, non si può pensare che il collegio sindacale (ovvero il consiglio di sorveglianza o il comitato di controllo sulla gestione secondo i vari modelli di gestione) sia estraneo alla costruzione e valutazione critica degli assetti amministrativi e contabili. Valutare significa, anche in funzione della avocabilità della delega gestoria, rivisitare in modo critico e attivo il modello organizzativo che deve essere condiviso a livello di *board*.

Sul potenziamento del ruolo del collegio sindacale anche in funzione dell'emersione tempestiva della crisi nel Codice si dirà in altra sede. Al momento basti osservare che l'accentuazione della necessità di conservazione del valore dell'impresa in crisi mediante una selezione tra imprese in continuità e imprese non operative impone un rafforzamento del ruolo dell'organo di controllo sia per controbilanciare (nell'espletamento della funzione di vigilanza sull'operato dell'organo di gestione) la tendenza degli amministratori, in momento di crisi, ad adottare decisioni azzardate (*perverse incentives*) a danno dei creditori sia per accelerare il processo di risanamento precoce o di ristrutturazione.

7.3 Il modello di business performance e gli indicatori di rischio strategico

L'esistenza del rischio economico generale d'impresa comporta la necessità di esplicitare in modo razionale il modello di *business* che l'impresa intende perseguire, avendo cura di evidenziare gli obiettivi di fondo della gestione.

Affinché questi ultimi possano essere raggiunti, è fondamentale individuare i cosiddetti "**fat-**

12 Cfr. F. Santonastaso, Responsabilità dei gestori per inadeguatezza dell'organizzazione, "Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori", 2012, 32.

13 Cfr. G. Strampelli, Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria, "Amministrazione e controllo nel diritto delle società", Liber Amicorum e Antonio Piras, Torino 2010, 539; S. Fortunato, Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controllo societari, "Società" 2008, 403 ss.).

14 fr. S. Pescatore, Spunti sulla novellata gestione dell'impresa nella società per azioni, "Scritti in onore di Vincenzo Buonocore", Milano 2005, 3418).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tori critici di successo" (Fcs), ovvero le variabili su cui fare leva in ambito gestionale per rendere gli obiettivi di fondo concreti.

L'individuazione dei Fcs di un business diventa, quindi, uno dei temi centrali ai fini dell'integrazione del processo di pianificazione e controllo.

Se è vero che, da un lato, è fondamentale che le determinanti del successo aziendale siano chiarite, altrettanto importante è il fatto che siano compresi i cosiddetti "**fattori critici di rischio**" (Fcr) che possono compromettere l'equilibrio economico-finanziario e patrimoniale dell'impresa.

La dottrina aziendale[15] propone vari modelli per la formalizzazione dei fattori precedentemente citati, tra i quali la mappa strategica.

Attraverso lo strumento concettuale della mappa strategica, i vari fattori critici del *business* possono essere individuati e "sistematizzati" in un modello causale, dove si evidenziano i rapporti tra i vari fattori critici.

In particolare, per quanto riguarda i Fcs, si tratta di selezionare i fattori determinanti il percorso logico da seguire per ottenere gli obiettivi strategici assegnati a ciascun *business*, secondo una logica di "mezzi- fini".

Sul fronte dei fattori critici di rischio, invece, si tratta di individuare le variabili che potrebbero mettere a rischio la gestione, facendo riferimento al concetto di rischio strategico.

Nell'articolo di Mario Difino e Patrizia Riva (*in questa pubblicazione*) si è affrontato il concetto di rischio, trattando, in particolare, i rischi insiti nei processi aziendali (oggetto solitamente delle procedure di *risk management e compliance*): qui ci si concentra, invece, su quelli che sono definiti come rischi strategici, ovvero che gravano sulla strategia e sulla sua attuazione, essendo, gli stessi, relativi a eventi più o meno prevedibili quantificabili.

In particolare, gli stessi devono trovare posto nella mappa strategica, in modo da fungere da campanello d'allarme quando qualcuno degli obiettivi strategici risulta in pericolo.

Ovviamente è opportuno graduare l'impatto dei fattori in questione andando a inserire nella mappa strategica soltanto quelli che superano un certo livello, specificamente misurato.

La mappa strategica rappresenta uno strumento manageriale utile non solo per esplicitare la strategia e permettere l'implementazione, ma anche per formalizzare i rischi più significativi che possono avere un impatto negativo sulla *performance* aziendale.

A questo punto, è necessario accompagnare la mappa strategica, composta da fattori critici di successo e di rischio, con strumenti di controllo adeguati che permettano di misurare le variabili critiche di successo e di rischio di cui in precedenza.

Si tratta, quindi, di utilizzare appropriati indicatori che misurino i risultati collegati a Fcs e Fcr. In particolare, per definirne gli indicatori legati ai fattori di rischio, è opportuno considerare sia la probabilità dell'accadimento sia il suo impatto, determinando il cosiddetto *risk score* da inserire nel sistema degli indicatori.

I *risk score* fungono da indicatori anticipativi rispetto a potenziali accadimenti negativi, rappresentando un sistema di allarme "precoce".

La definizione e la selezione degli indicatori collegati ai fattori critici di successo e di rischio comporta la costruzione di un sistema di indicatori, spesso definito anche cruscotto: si tratta di uno strumento gestionale a disposizione del *management* e degli organi gestori per acquisire consapevolezza circa gli andamenti aziendali, anche in ottica anticipativa.

15 Cfr. L. Brusa, Mappa strategica e business plan, Torino, 2011.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

7.4 Gli indicatori Kpi e Kri e il loro monitoraggio: il sistema Balanced scorecard

Gli indicatori di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario di cui all'articolo 13 del Codice potrebbero risultare non sufficienti a intercettare i segnali deboli di criticità, prima della loro evoluzione in crisi vera e profonda.

Appare pertanto opportuno valutare la creazione (o individuare la distruzione) del valore aziendale mediante approcci differenti i quali, secondo livelli più o meno complessi, possono essere implementati a supporto della *governance* aziendale.

Quello più tradizionale, e di facile lettura, prevede l'elaborazione del maggior numero possibile di *ratios* di natura economico-finanziaria con strumenti tipici dell'analisi di bilancio.

L'impresa, attraverso elementari competenze ragionieristiche, deve provvedere alla riclassificazione delle voci di bilancio secondo logiche squisitamente aziendalistiche, abbandonando i criteri prettamente civilistici previsti dalla normativa.

È altresì opportuno provvedere alla redazione dello Stato patrimoniale riclassificato secondo il criterio finanziario, raggruppando gli impegni (attività) secondo la capacità degli stessi di trasformarsi in liquidità lungo un orizzonte temporale più o meno rapido (*trade-off* di 12 mesi) e le fonti (passività) scadenzate secondo la loro estinzione. Tale metodo permette di apprezzare la capacità dell'impresa ad adempiere alle scadenze di breve termine attraverso gli impieghi liquidabili secondo lo stesso arco temporale e quindi dedurre il bilanciamento (la struttura) della liquidità aziendale.

Alternativamente (in aggiunta), è possibile riclassificare il documento secondo il criterio funzionale, tramite il quale si procede alla suddivisione delle attività e delle passività secondo l'area gestionale di appartenenza: caratteristica (operativa) degli investimenti e finanziaria. È così possibile verificare la correlazione tra investimenti e fonti di finanziamento e apprezzarne pertanto la solidità.

Dalla riclassificazione del Conto economico secondo diversi metodi (per esempio, a margine di contribuzione, a costo del venduto e a valore aggiunto) è possibile evidenziare il "valore aggiunto" dato dalla differenza tra ricavi e costi operativi che identifica la capacità dell'impresa di remunerare i costi della produzione, il "Mol" ovvero il valore creato al netto del costo del personale e il "risultato operativo" al netto dei costi non monetari (ammortamenti e svalutazioni).

A corredo dell'analisi per indici, ulteriori utili elementi informativi implementabili a seguito delle riclassificazioni, sono rappresentati dal rendiconto finanziario, dal calcolo della posizione finanziaria netta, dall'analisi per margini e dai modelli di *scoring*.

All'interno dei sistemi più strutturati di pianificazione e controllo, diventati ormai necessari alla luce del nuovo Codice, trovano spazio l'elaborazione del *budget*, dei forecast infrannuali, di report periodici e l'analisi degli scostamenti tra quanto rilevato a consuntivo e quanto previsto in sede di programmazione annuale.

Gli strumenti tradizionali di controllo, quali il sistema budgetario e il sistema di *reporting*, permettono di monitorare l'andamento aziendale ai fini di valutare nel breve periodo eventuali situazioni critiche.

Il *budget* aziendale e il collegato sistema di reporting hanno come obiettivo quello di rappresentare *ex ante* (il *budget*) le conseguenze economico- finanziarie delle scelte gestionali, per permettere poi il confronto degli obiettivi con i risultati raggiunti *ex post* (il *report*).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

NOTA BENE

Detti strumenti risultano, quindi, molto utili nella gestione operativa quotidiana, ma per cercare di individuare i "campanelli di allarme" rilevanti, è opportuno prevedere strumenti che, per loro natura, hanno un orientamento di medio-lungo periodo. In tal senso è necessaria la previsione e l'elaborazione di un piano industriale, che dovrà risultare interconnesso a tutti i sopracitati strumenti al fine di comporre, nel loro insieme, il sistema di pianificazione e controllo aziendale.

(La rappresentazione grafica del sistema di pianificazione e controllo, con l'evidenza delle sinergie presenti tra i diversi strumenti è riportata alla pagina seguente).

Per comprendere il reale stato di salute dell'impresa e verificare la sussistenza della continuità aziendale può essere utile, di concerto agli strumenti più tradizionali, il ricorso a *key indicators* (indicatori chiave) di natura diversa, elaborati su misura della singola realtà.

L'approccio all'informativa di tipo non finanziario prevede la codifica e l'applicazione di indicatori chiave di prestazione, c.d. *key performance indicators* (Kpis), ritenuti fondamentali a seguito dell'entrata in vigore del Dlgs 254/2016, in attuazione della direttiva 95/2014.

Il richiamato decreto prevede, per particolari imprese che soddisfano specifici requisiti dimensionali, l'obbligo di produrre informazioni in merito alla conduzione aziendale da svolgersi nel rispetto dei temi ambientali, sociali, dei diritti umani e della corruzione.

Suddette imprese sono inoltre tenute a dare evidenza del modello di gestione e organizzazione aziendale adottato, delle politiche realizzate, dei risultati raggiunti mediante tali strategie, degli indicatori di prestazione chiave di tipo non finanziario (Kpis), allegando, infine, una descrizione dei principali rischi a cui è sottoposta la stessa attività d'impresa.

KEY PERFORMANCE INDICATOR

È dunque possibile definire i Kpis come indicatori quali-quantitativi critici (chiave) dei risultati raggiunti in funzione di specifici obiettivi predeterminati. Essi permettono di focalizzare l'attenzione sui miglioramenti di natura strategico-operativa, creare una base dati funzionale a una corretta d*ecision-making* e orientare il focus verso elementi fondamentali al mantenimento del vantaggio competitivo.Il nuovo Codice della crisi (articolo 3, comma 2) ha posto l'obbligo, in capo all'imprenditore, di dotarsi di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato a rilevare tempestivamente la perdita della continuità aziendale. A tal proposito, è implicito dover assumere un approccio *forwardlooking*, attraverso un attento monitoraggio dei Kpis, al fine di intercettare tempestivamente i sintomi della crisi.

Analizzare le prestazioni solo da un punto di vista economico- finanziario significa considerare una sola quota della dimensione strategico-gestionale.

In particolare, alcuni degli aspetti qualitativi fondamentali della sostenibilità del business non sono assimilati né assimilabili dai dati contabili, i quali, in ogni caso, assumono rilevanza solo *ex post* nel medio e lungo periodo.

Prevenire l'insuccesso aziendale e, al contrario, valutare il buon esito della gestione è frutto di un processo analitico che pone le sue basi nella preliminare:

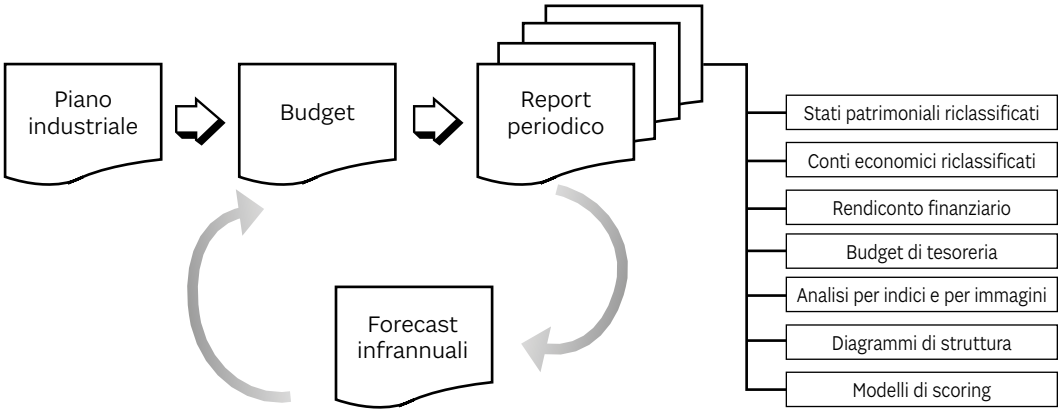
- identificazione dei fattori critici di successo dell'impresa;
- determinazione delle aree critiche gestionali;
- definizione delle variabili chiave.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In questo modo è possibile identificare i soggetti e gli elementi capaci di influenzare le variabili chiave delle aree/attività critiche che, a loro volta, risultano responsabili del successo degli obiettivi strategici aziendali.

L'ambiente attuale, caratterizzato da un elevato livello competitivo, presuppone che il processo valutativo delle *performance* aziendali comprenda prestazioni del *business process* sempre più numerose e variegate, orientando il *focus* dei Kpis lungo i processi aziendali.

LE PIRAMIDI DEL RISCHIO



La corretta elaborazione degli indicatori di natura qualitativa declama quei segnali deboli, di norma non rilevati e/o troppo spesso sottovalutati, che a livello industriale risultano essere sintomi premonitori di un processo di crisi *in itinere* e destinato a contagiare l'azienda nel suo complesso.

I Kpis esprimono dunque i *driver* (determinanti) anticipatori dei risultati di natura economica-finanziaria che, rappresentando le strategie programmate, dovranno essere sottoposti al continuo monitoraggio e, in alcuni casi, essere sottoposti a rivisitazione[16]. Affinché gli indicatori rispondano efficacemente alle esigenze informative previste dalla loro implementazione, è necessario che presentino alcune caratteristiche imprescindibili. Devono essere:

- rilevanti e pertinenti (ai fini dei processi decisionali e in funzione degli obiettivi);
- quantificabili (numericamente misurabili);
- dinamici (adattabili a nuove modifiche e configurazioni);
- accessibili (agevolmente reperibili, il cui beneficio deve superarne il costo);
- continuativi (rilevabili nel tempo e analizzabili attraverso *checkpoint*).

Si può riassumere l'obiettivo dei Kpis nella declinazione, in termini quantitativi, delle *performance* di un processo, il cui valore è riconosciuto e attribuito dal cliente destinatario del prodotto/ servizio. La metodologia impiegata nell'individuazione e nella selezione degli indicatori si articola nelle seguenti quattro fasi:

16 C. Bottos, P. Camanzi, M. Gennari, R. Mazzotti, A. Panizza, E. Vagnoni, Balanced scorecard rafforza il risanamento aziendale. Controllo strategico dell'efficacia del piano di risanamento. Affidabilità più alta per advisor e attestatore, Milano 2014.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- analisi dei processi aziendali, al fine di individuare le *performance* chiave;
- elaborazione dei Kpis, evidenziandone tipologia, unità di misura e fonte;
- verifica dei Kpis, testandone robustezza e adeguatezza;
- mappatura dei Kpis, elencando il peso (punteggio) assegnato ai singoli indicatori in funzione delle caratteristiche sopra elencate.

La *Balanced scorecard* (Bsc) di R. Kaplan e D. Norton[17], è un modello multidimensionale di misurazione delle *performance* fondato sulla ponderazione delle diverse classi di Kpis in relazione a specifiche rappresentazioni analitiche.

(*Una rappresentazione grafica della Bsc di prima generazione è riportata in questa pagina*).

La matrice Bsc, rispetto al più tradizionale cruscotto aziendale focalizzato principalmente alle variabili chiave dell'area operativa e finanziaria, offre un quadro più ampio, attraverso il quale apprezzare indicatori in grado di rappresentare la strategia di innovazione e apprendimento, interconnessi tra loro da rapporti di causa-effetto.

PRIMA GENERAZIONE DI BALANCED SCORECARD (BSC)

La dottrina aziendalistica e di *risk management,* a corredo degli adempimenti previsti dalla direttiva Ue 95/2014 e l'entrata in vigore del più recente Codice della crisi e dell'insolvenza, allontanando possibili indeterminatezze applicative, evidenzia l'importanza di implementare corrette e consolidate attività di valutazione e monitoraggio dei rischi aziendali. Ai fini di una corretta identificazione e anticipazione delle criticità in funzione della continuità aziendale, si rende opportuno l'elaborazione di indicatori chiave del rischio c.d. *Key risk indicators* (Kris), attraverso i quali segnalare l'aumento del grado di esposizione al rischio a cui sono legati i fattori critici di successo.

I Kris rilevano, come gli altri indicatori di *performance,* i segnali deboli ma si contraddistin-

17 The Balanced Scorecard – Measures That Drive Performance, Harvard Business Review, January-February, 1996.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

guono per il *timing* di rilevazione. La misurazione dei sintomi nelle varie aree aziendali avviene sulla base di eventi non ancora avvenuti.

Tra le classificazioni più recenti, Chapelle identifica i Kris secondo quattro categorie:

- *Exposure indicators:* recepiscono qualsiasi cambiamento significativo nella natura del contesto aziendale e nella sua esposizione a *stakeholder* e risorse chiave;
- *Stress indicators:* rilevano qualsiasi aumento significativo nell'uso delle risorse umane e tecnologiche. Segnalano qualsiasi rischio derivante da sovraccarichi delle risorse umane o tecnologiche*;*
- *Casual indicators:* rilevazioni dei *risk-driver* principali, posti alla base di numerosi fattori di rischio. Rappresentano il nucleo dei Kris preventivi;
- *Failure indicators:* cattive prestazioni e controlli imperfetti sono fattori di rischio molto forti. Il caso di Kpis e Kris falliti.

Davies individua le caratteristiche desiderabili che i Kris devono avere, quali:

- efficacia nel rilevare il rischio;
- comparabilità internamente ed esternamente all'organizzazione;
- facilità d'uso e praticità.

Nello specifico, Beasley ritiene che gli indicatori ben progettati rispondano ai seguenti principi:

- sono fondati su prassi consolidate o di *benchmark*;
- sono sviluppati in modo coerente lungo tutta l'organizzazione;
- forniscono una visione intuitiva e non ambigua del rischio rilevato;
- consentono il confronto e la comparabilità nel tempo attraverso le unità aziendali;
- forniscono l'opportunità di valutare tempestivamente le prestazioni dei fattori scatenanti.

Il processo di individuazione e selezione dei Kris e la progettazione del cruscotto aziendale del rischio che possiamo definire *Risk indicators dashboard* (Rid) si articola in tre macro-fasi.

PER APPROFONDIRE

- A. Chapelle, The importance of preventative Kris, Operational Risk and Regulation Magazine, April 2013
- A. Chapelle, Unlocking Kris, Risk Management Professional, Institute of Operational Risk 2013
- J. Davies, M. Finlay, T. Mclenaghen, D. Wilson, Key risk indicators – Their role in operational risk management and measurement, Arm and Risk Business International 2006
- M. Beasley, B. Branson, B. Hancock, Strengthening Entrerprise Risk Management for strategic advantage, Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission 2009
- M. Beasley, B. Branson, B. Hancock, Developing key risk indicators to strengthen enterprise risk management, Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission 2010

Fase 1, categorizzare i Kris rispetto al perimetro. Individuare, mappare e categorizzare tutti i fattori di rischio a cui l'impresa può essere esposta e che dovranno essere successivamente monitorati. La prima fase dovrà rispondere alla seguente domanda: *Quali fattori è necessario sottoporre a monitoraggio?*

Fase 2, categorizzare i Kris rispetto alle modalità di rilevazione. Identificazione delle modalità e delle caratteristiche che devono avere i Kris nella rilevazione del rischio in relazione a metriche differenti. Ciascun fattore precedentemente individuato potrà essere rilevato attraverso indicatori differenti. La seconda fase dovrà rispondere alla domanda: *Come misurare tali fattori?*

Fase 3, intersecare i Kris delle prime due fasi. In questa fase è necessario definire le modalità

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di progettazione della *Risk indicators dashboard* poiché fondata su elementi diversi ma tra loro interconnessi. La RID dovrà essere completa (definizione della misurabilità, ampiezza, precisione e anticipazione dei Kris) e coerente con i propri obiettivi (decisioni operative e strategiche e responsabilizzazione interna ed esterna).

Da molto tempo la dottrina aziendale contempla strumenti di natura diversa con l'intento di produrre una base dati informativa sufficiente alla consapevole assunzione delle decisioni.

È naturale pensare che il processo di *decision-making* sia fondato sulle prospettive e aspettative future e per tale motivo la verifica della continuità aziendale, ormai consolidata dalle più recenti novità legislative, si è rilevata attività necessaria e imprescindibile. A tale proposito, questo breve contributo, osservando i limiti degli indicatori più tradizionali, evidenzia un quadro chiaro e completo dei vantaggi offerti da rilevatori di natura diversa come Kpi e Kri. Tali indicatori permettono, infatti, di rilevare tempestivamente le deboli incertezze e criticità comunemente trascurate e sottostimate, ma rappresentative e artefici di crisi più gravi e profonde e della perdita della continuità aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 8

Ruolo, compiti e responsabilità dell'Organismo di vigilanza

Piervittorio Pigato, Gerardo Diamanti

SOMMARIO: 8.1 Dlgs 231/2001: la responsabilità e le sanzioni – 8.2 I presupposti dell'illecito – 8.3 Il modello organizzativo "idoneo" – 8.4 Quando un modello è "idoneo"? – 8.5 L'Organismo di vigilanza – 8.6 231 e CCI: interazione tra i sistemi – 8.7 Organismo di Vigilanza e CCI: una funzione potenzialmente "suppletiva"? – 8.8 Conclusioni

Una delle novità principali del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (CCII) è l'alternativa alla emersione tempestiva della crisi dell'impresa per evitare danni ai creditori.

Il CCI coinvolge diversi attori tra cui, in qualità di organi di controllo e di monitoraggio preventivo della situazione economico finanziaria dell'impresa, il Collegio Sindacale e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti. Tuttavia, esistono anche altri soggetti che, pur non espressamente menzionati dal CCI, possono contribuire alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa. Tra questi, l'Organismo di vigilanza, previsto dal Dlgs 231/2001, potrebbe rivestire un rilevante ruolo di aiuto, che qui si cerca di riassumere.

8.1 Dlgs 231/2001: la responsabilità e le sanzioni

Il Dlgs 231/2001 sulla Responsabilità Amministrativa degli Enti sanziona direttamente le società e gli enti quando un soggetto a questi legato (per esempio, un dirigente o un dipendente) commette un determinato reato a favore dell'ente da cui dipende. La normativa si riferisce alle società, alle associazioni e in generale agli enti con personalità giuridica. Per semplicità di esposizione, in questa sede faremo ricadere tutte le varie fattispecie nella definizione generica di società.

In pratica, per il reato commesso dal dipendente di una società a favore della stessa, la legge penale (per esempio, Codice penale) sanziona il soggetto che ha commesso il reato, quale persona fisica, mentre il Dlgs 231/2001 sanziona direttamente la società, intesa come entità giuridica, che dal reato ha tratto beneficio. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il dirigente di una società corrompa un funzionario pubblico, per consentire alla società di aggiudicarsi una gara.

L'accertamento giudiziale di tale fatto determina una sanzione penale a carico del dirigente corruttore, ma anche il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione per la società, oltre alla confisca dell'eventuale ricavo illecito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La finalità principale del Dlgs 231/2001 è impedire che una società amministrata con metodo criminale rimanga impunita, creando pericolo per l'economia. Si pensi ad esempio al caso *Parmalat* o, all'estero, al recente scandalo *Wirecard*. Eventi del genere sono in grado di distruggere non solo le filiere produttive collegate, ma anche la fiducia collettiva nel sistema economico.

Per quanto riguarda le **sanzioni**, queste possono essere sia di tipo *pecuniario*, per importi fino ad oltre un milione di euro, sia di tipo *interdittivo*, come la revoca di autorizzazioni o il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, fino all'interdizione dall'esercizio dell'attività. In casi particolari, poi, il giudice può disporre la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale.

Con la sentenza di condanna, inoltre, il giudice dispone la confisca del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente e senza limiti di valore.

Infine, occorre sottolineare che il Decreto prevede la possibilità di adottare **misure anche *in via cautelare***. In questo modo, sulla base di indizi di responsabilità e nelle fasi iniziali del procedimento, l'Autorità può già disporre la chiusura temporanea dell'attività, confiscare beni aziendali, tra cui conti correnti bancari, oppure nominare un commissario giudiziale.

8.2 I presupposti dell'illecito

Per il verificarsi dell'illecito amministrativo *ex* Dlgs 231/2001, devono concorrere tre presupposti.

a. *Il verificarsi di un reato previsto dal Decreto*. Nel rispetto del principio di legalità, infatti, la normativa elenca i reati che danno luogo a responsabilità dell'ente. In precedenza, i reati riguardavano essenzialmente il rapporto con la Pubblica Amministrazione, come corruzione, concussione, truffa. Successivamente, il Legislatore ha aggiunto ulteriori fattispecie di reato, ad esempio in tema di ambiente, riciclaggio, diritto societario e, recentemente, diritto tributario.
b. *L'autore del reato è un soggetto qualificato, legato all'ente*. L'esempio classico è il dipendente di una società. Il Decreto distingue tra figure apicali e figure subordinate, in quanto varia l'accertamento della responsabilità dell'ente.
c. *Il reato è commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente*. In particolare, si parla di *interesse* per intendere una utilità potenziale, valutata *ex ante*, a prescindere dall'effettivo conseguimento; si parla di *vantaggio* per intendere il conseguimento di un'utilità, anche non prevista, valutata *ex post*.

Notare che il Decreto prevede pure reati colposi, come omicidio o lesioni in conseguenza di violazione di norme sulla sicurezza sul lavoro: in questo caso la società è punita se il mancato rispetto della normativa sulla sicurezza sul lavoro è conseguenza di un vantaggio indiretto, ossia del risparmio di spesa frutto della non adozione delle adeguate misure di sicurezza obbligatorie.

8.3 Il modello organizzativo "idoneo"

La società può evitare le sanzioni e le misure cautelari. Per riuscirci, deve adottare un modello di organizzazione e di gestione ("Modello 231") idoneo a prevenire reati.

In sintesi, per essere idonei, i modelli devono (i) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (c.d *risk assessment*), (ii) adottare **protocolli e presidi** per la prevenzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dei reati e la formazione del personale, (iii) dedicare risorse **finanziarie** idonee, (iv) prevedere un Organismo di Vigilanza (**ODV**) che vigili sul funzionamento e osservanza del modello, (v) contemplare un sistema disciplinare e, in ultimo, (vi) istituire canali di gestione delle comunicazioni all'OdV e delle segnalazioni in forma riservata (c.d. *whistleblowing*).

In sostanza, il Modello 231 è un normale «*Sistema di gestione dei rischi*». Un complesso di regole, protocolli, strumenti e condotte volto a prevenire i comportamenti penalmente rilevanti poste in essere dai soggetti apicali o subordinati, i cui cardini operativi sono la regolamentazione dei processi, la segregazione dei ruoli, la tracciabilità delle operazioni, la controllabilità *ex post* delle operazioni, l'integrazione delle attività di controllo e vigilanza.

Così, ad esempio, nelle società strutturate nessuno dovrà avere poteri illimitati o gestire in autonomia un intero processo. Occorrerà al contrario definire i poteri con deleghe formali, in coerenza con le responsabilità attribuite al personale.

Un aspetto importante, poi, è l'integrazione con altri sistemi di gestione dei rischi, più specifici, come le certificazioni di qualità ISO. Emblematico il caso della ISO 45001:2018 sulla sicurezza sul lavoro: l'ottenimento della certificazione ha effetto esimente rispetto alla responsabilità della società a seguito di reati colposi derivanti dal mancato rispetto della normativa sulla sicurezza sul lavoro, in quanto il legislatore considera il sistema ISO 45001:2018 di per sé idoneo a ridurre il rischio sia di incidenti che di violazioni.

8.4 Quando un modello è "idoneo"?

L'accertamento della responsabilità in ambito 231 è affidato al Pubblico Ministero, secondo le regole e le garanzie previste dal Codice di Procedura Penale per le persone fisiche sottoposte a processo. Il Pubblico Ministero quindi, in sede di verifica, una volta accertato il fatto di reato, valuta se il modello risulta o meno "*idoneo*" in relazione al Dlgs 231/2001, ossia il rispetto dei requisiti sopra indicati nonché, in concreto, la sua capacità di prevenire comportamenti vietati dalla società, in quanto a rischio di reato. Il Decreto prevede forme diverse di **accertamento della responsabilità** dell'ente, a seconda della qualifica e dell'inquadramento organizzativo del soggetto che ha commesso il reato (un subordinato o un apicale). In sostanza, cambia l'onere della prova. Per i reati commessi dagli apicali, è la Società che deve provare di non essere colpevole. Per i reati commessi dai sottoposti, è il PM che deve dimostrare la colpevolezza della società, ossia di non avere rispettato gli obblighi di direzione o vigilanza o di non aver adottato un modello idoneo.

8.5 L'Organismo di vigilanza

Per valutare l'idoneità di un Modello 231, comprendere il ruolo dell'ODV rappresenta un passaggio fondamentale.

Anzitutto, l'Organismo di Vigilanza è così definito perché appunto *vigila* sul funzionamento e l'osservanza del Modello 231. In breve, deve garantirne l'effettività e l'adeguatezza.

Per quanto invece riguarda le attività, si distingue tra una *fase di avvio* e una *fase di vigilanza*.

Nella *fase di avvio* (o di *start-up*), l'ODV ha il compito di valutare l'idoneità del Modello 231 nel suo complesso e dei documenti ad esso collegati. L'ODV ottiene così una «*rappresentazione dell'impresa*», dei rischi specifici connessi all'attività svolta, dei processi e delle attività sensibili,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

dei protocolli e delle eventuali criticità. In questa fase, le chiavi di lettura sono rappresentate dai documenti di *risk assessment*.

Nella *fase di vigilanza*, l'ODV pone in essere attività di monitoraggio periodiche, finalizzate a confermare nel tempo l'effettività (vale a dire la coerenza tra i comportamenti e le prescrizioni) e l'adeguatezza (cioè l'efficacia nella prevenzione dei reati) del Modello. Inoltre, l'OdV deve accertare che la società abbia posto in essere adeguati strumenti volti a garantire la diffusione dei principi applicativi, la formazione del personale e l'aggiornamento del modello e dei presidi.

Nello svolgimento delle proprie attività, l'ODV è dotato di "*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*", come stabilisce l'articolo 6 del Decreto 231, ossia: poteri effettivi di ispezione e accesso alle informazioni aziendali; disponibilità di risorse adeguate (anche finanziarie); possibilità di fruire di strumenti, supporto e consulenza anche esterna.

Quest'ultima risulta un aspetto rilevante, attesa la particolare complessità di alcuni reati, la cui analisi può richiedere competenze specifiche.

L'Organismo di Vigilanza poi deve impostare flussi informativi sia in entrata (per esempio, aggiornamenti, segnalazioni) sia in uscita, in quanto l'ODV riporta all'organo amministrativo e collabora con gli altri organi di controllo interno, quali il Collegio Sindacale oppure, nel caso di società quotate o particolarmente strutturate, i *Risk Officer* o i comitati posti a presidio dei rischi.

Infine, l'Organismo deve documentare la sua attività secondo il *principio dell'evidenza*, ossia nel miglior modo possibile, in modo da dimostrare *ex post* l'effettività dell'azione dell'ODV e la sua rispondenza e quanto previsto dalla legge.

Per quanto invece riguarda i **requisiti** dei componenti dell'ODV, si può fare riferimento alle linee guida di Confindustria che definiscono quelli comunemente accettati: "*autonomia e indipendenza*" [assenza di condizionamenti, dipendenza economica o conflitti di interesse], "*professionalità*" [competenze adeguate], "*continuità di azione*" [presenza costante in azienda e rendiconto delle attività], "*onorabilità*" [assenza di precedenti penali rilevanti etc.].

Le funzioni di ODV possono essere esercitate o da un organismo *ad hoc* ovvero da una struttura aziendale esistente (per esempio, Collegio Sindacale, Comitato Controllo Rischi e Sostenibilità, *Internal Audit*). Per le aziende medio-grandi, la tendenza è verso un organismo *ad hoc*, collegiale, composto da un soggetto interno per la conoscenza della società, un soggetto esterno di formazione giuridica e un soggetto esterno di formazione economico-aziendale.

8.6 231 e CCI: interazione tra i sistemi

Veniamo ora alla relazione tra CCII e il Dlgs 231/2001. Come accennato in precedenza, il Legislatore non ha introdotto legami formali tra le due discipline: gli *adeguati* assetti del CCII, da una parte, e i modelli "*idonei*" di cui al Dlgs 231/2001, dall'altra, sembrano argomenti separati.

Tuttavia, ad un attento esame, le due normative presentano caratteristiche comuni ed offrono suggerimenti di una possibile interazione tra i meccanismi e gli attori in esse individuati. In particolare, il sistema 231 e gli *adeguati assetti ex* articolo 2086 cc possono essere di reciproco supporto, soprattutto in un'ottica di *compliance integrata*.

Per ragionare sui queste possibili interazioni, però, è necessario prima ricordare alcuni punti fondamentali del CCII che sono alla base dei ragionamenti sotto esposti: (i) le definizioni dei concetti di *crisi* e di *insolvenza*, parzialmente riformulate dalla Riforma del 2022; (ii) la modifica dell'articolo 2086 cc, con l'obbligo per l'imprenditore di "*istituire un assetto organizzativo, ammi-*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nistrativo e contabile adeguato"; (iii) la specificazione del contenuto degli *assetti adeguati*, come da Riforma 2022; (iv) l'individuazione dei "segnali di allarme".

8.6.1 Caratteristiche comuni

Anzitutto, il Codice e il Dlgs 231/2001 manifestano alcune caratteristiche comuni nella loro impostazione, tra le quali:

- *Finalità preventiva*. In entrambe le normative, il legislatore ha inteso responsabilizzare l'imprenditore, che deve organizzarsi per essere in grado di prevenire la crisi, per il CCII, o i rischi di reato, per il Dlgs 231/2001.
- *Adeguatezza, idoneità e accountability*. Sia gli assetti dell'articolo 2086 cc sia i modelli *ex* Dlgs 231/2001, per essere "*adeguati*" o "*idonei*", devono essere parametrati alle condizioni e alle particolarità della singola impresa.
  L'imprenditore ha poi l'obbligo di spiegare e giustificare le scelte e le valutazioni svolte, dimostrandone la conformità.
- *Riferimento al Sistema di gestione dei rischi*.

L'elaborazione di "*adeguati assetti organizzativi*" richiama in sostanza un paradigma già presente nel nostro ordinamento, quel «*Sistema di gestione dei rischi*» sopra citato in riferimento al Modello 231.

Supporto reciproco. L'ultima caratteristica sopra elencata permette di evidenziare poi un secondo aspetto: gli adeguati assetti del CCII e i modelli *ex* Dlgs 231/2001 possono fornire supporto reciproco sia per la prevenzione dei reati sia per assicurare l'emersione tempestiva della crisi dell'impresa.

Da una parte, infatti, la commissione di alcuni reati (o tentativi di reato) possono portare ad una crisi. Dall'altra, situazioni di difficoltà dell'impresa possono determinare il compimento di reati. Più incisiva è la sensazione di difficoltà per l'impresa, maggiore è il rischio di commissione di reati.

In queste circostanze il Modello 231 può rivelarsi uno strumento utile per la rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa. Di seguito alcuni esempi.

Pensiamo alla situazione in cui l'azienda stia soffrendo un temporaneo calo di fatturato e la soluzione ipotizzata sia quella di "sostenere" il bilancio attraverso una serie di fatturazioni verso società controllate, collegate o correlate. Nulla da obiettare qualora la fatturazione corrisponda a cessione di beni o servizi o ad altre prestazioni effettivamente realizzate e documentate; diverso è il caso in cui le fatture non siano effettivamente rese o che il valore a cui le stesse siano addebitate, e quindi iscritte in bilancio, sia artatamente costruito. In tal caso ci si troverebbe di fronte ad una situazione che origina dalla crisi di impresa e che sfocia in un reato presupposto, ovvero la "*falsa fatturazione attiva*" prevista dagli articoli 2, 3 e 8 del Dlgs 74/2000, incluso nel Dlgs 231/2001 tra i reati tributari all'art 25 *quinquiesdecies* e punito severamente, incluse misure cautelari e la confisca di beni aziendali per ammontari equivalenti all'ipotetico profitto derivante dal reato.

Sempre in ambito finanziario, un ulteriore esempio di indicatore di rischio significativo per entrambe le normative è costituito dal temporaneo mancato versamento di contributi del personale a carico dell'azienda nella sua qualità di sostituto d'imposta, soluzione ipoteticamente verificabile in caso di scarsità di risorse finanziarie a disposizione dell'impresa.

L'omesso versamento di ritenute da parte del sostituto di imposta, sopra determinate soglie,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

costituisce ipotesi di reato in capo al sostituto di imposta, cioè al legale rappresentante dell'impresa, ai sensi dell'articolo 10 *bis,* Dlgs 74/2000. Questo reato non è previsto tra i reati richiamati dal Dlgs 231/2001, tuttavia, a nostro parere, la situazione descritta rischia di configurare poi *auto- riciclaggio*, ove l'imprenditore utilizzi e reimpieghi i proventi del reato nell'ambito della sua attività di impresa. Quest'ultimo reato, previsto dall'articolo 648 *ter.1* Cp, è invece richiamato dal Dlgs 231/2001, articolo 25 *octies*. Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una situazione che emerge dal monitoraggio degli indicatori di crisi e che potrebbe astrattamente configurare un reato presupposto.

Il terzo caso che merita attenzione riguarda invece il possibile impiego di manodopera illecita, situazione che potrebbe configurarsi con l'obiettivo di ridurre i costi in modo fraudolento. I reati di caporalato e sfruttamento dell'immigrazione clandestina, previsti dagli articoli 603 *bis* Cp e 12 e 12 *bis* del Dlgs 286/1998, sono reati presupposto *ex* Dlgs 231/2001, all'articolo 25 *duodecies*. Come per i reati sopra citati, l'impianto sanzionatorio è significativo, prevedendo in capo alla società sanzioni sia pecuniarie sia interdittive, che l'autorità giudiziaria può disporre anche in fase cautelare.

Integrazione. Inoltre, il Modello 231 può fornire risposte organizzative utili, almeno in parte, per assolvere all'obbligo di cui all'articolo 2086, comma 2, Cc. Ciò permette di riflettere in una prospettiva di *integrazione* tra i due sistemi di prevenzione (*compliance integrata*).

Secondo questa prospettiva, il Modello 231 dovrebbe, pertanto:

(i) considerare la fase di incubazione e di maturazione della crisi dell'impresa come situazioni a maggior rischio reato;
(ii) individuare i reati causa o conseguenza di una situazione di crisi;
(iii) prestare particolare attenzione nella elaborazione di presidi legati alla prevenzione di quei reati;
(iv) considerare all'interno dei flussi informativi verso l'ODV anche le informazioni rilevanti per la possibile crisi dell'impresa, nonché prevedere comunicazioni all'organo amministrativo e all'organo di controllo in caso di segnali di allarme o possibile allerta. Per quest'ultimo punto, è fondamentale che i canali informativi tra gli organi di controllo delle due discipline siano costanti e impostati in chiave non meramente formale ma sostanziale e propositiva.

8.7 Organismo di Vigilanza e CCI: una funzione potenzialmente "suppletiva"?

Infine, una breve riflessione merita l'attuale situazione del controllo legale dei conti nelle società italiane. Per il CCII, mentre gli *adeguati assetti ex* 2086 Cc riguardano tutti gli imprenditori, la nomina dell'organo di controllo (collegio sindacale, sindaco unico o revisore) è obbligatoria solo al verificarsi di determinati requisiti societari e dimensionali. La previsione di questi requisiti, pur rimodulati dalla Riforma del 2022 al fine di estendere la platea di soggetti interessati, di fatto comunque esclude un considerevole numero di imprese italiane costituite in forma di SRL.

Al contrario, il sistema previsto dal Dlgs 231/2001 ha una applicazione teoricamente molto vasta perché è applicabile a tutte le aziende, a prescindere da fatturato, dimensioni o numero di dipendenti. Basta solo che esista il rischio di commissione di uno dei reati previsti nel Decreto, oppure la necessità di partecipare a gare pubbliche, o ancora opportunità commerciali in cui il cliente chieda un sistema di prevenzione degli illeciti, o anche solo la sensibilità dell'imprenditore che voglia limitare i rischi ed elevare il livello di etica e responsabilità della propria organizza-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

zione, ed ecco che l'adozione di un Modello 231 risulta "*fortemente raccomandata*". Ciò si verifica spesso anche in imprese piccole e non strutturate. Si pensi ad esempio allo studio di progettazione che partecipa a bandi dove l'adozione del Modello 231 consente di avere maggiori punti in graduatoria, alla ditta familiare altamente specializzata che rifornisce multinazionali dotate di sistemi di prevenzione degli illeciti operanti sull'intera catena di fornitura, oppure ancora alla piccola azienda che, dopo la commissione di un reato, si adegua rapidamente al Decreto 231 al fine di evitare parte delle sanzioni.

Pertanto, in quelle società conformi al Dlgs 231/2001 ma prive di organi deputati alla revisione legale dei conti, il modello 231 potrebbe anche riferire al CCII, prevedendo, nell'ambito dei controlli generali di gestione dei rischi, sistemi di monitoraggio dell'andamento economico dell'azienda in rapporto allo stato di crisi o di insolvenza. Così, ad esempio, nella parti del modello 231 dedicate ai reati di natura finanziaria e all'area *amministrazione, finanza e controllo*, il modello 231 può includere protocolli o presidi assimilabili ai campanelli d'allarme individuati dal CCII. L'attività dell'ODV andrebbe così anche a beneficio dell'amministratore per quanto concerne gli obblighi previsti dall'articolo 2086 cc sul rilievo tempestivo dello stato di crisi o di insolvenza.

Occorre però precisare un aspetto importante: l'amministratore, pur agevolato, conserva integralmente la responsabilità sia di verificare l'*idoneità* dell'assetto organizzativo complessivo *ex* articolo 2086 cc, sia di adottare le soluzioni indicate dal CCII per il migliore superamento dello stato di crisi o insolvenza.

8.8 Conclusioni

In conclusione, l'ODV non è coinvolto dal CCII nella gestione della crisi dell'impresa e quindi non ha responsabilità dirette in materia. Tuttavia emergono relazioni tra il Dlgs 231/2001 e il CCII: da una parte, la commissione di reati può essere indice di crisi e, al contrario, la situazione di crisi può indurre attività illecite; dall'altra, il modello 231 e l'Organismo di Vigilanza possono dare supporto, pur sempre parziale, al sistema del Codice della Crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

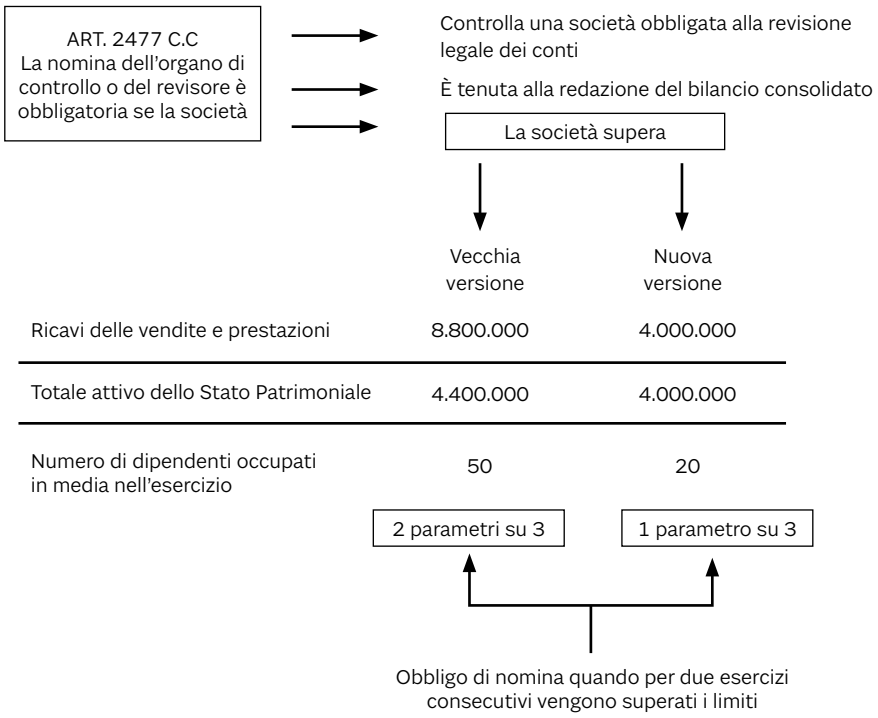
Capitolo 9

Il revisore esterno e la società di revisione

Maria Chiara Bassi

SOMMARIO: 9.1 I compiti – 9.2 Le responsabilità

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, all'articolo 379, apporta una modifica sostanziale all'articolo 2477 Cc, rendendo obbligatoria la nomina del collegio sindacale o del revisore nelle Srl, ove si verifichino i requisiti individuati nel riquadro sotto.



L'introduzione di tale norma fa sì che l'organo di controllo debba intensificare gli accertamenti sia a livello qualitativo sia quantitativo, all'approssimarsi di una situazione di crisi o al rischio della perdita della continuità aziendale. In tale situazione i revisori, così come il collegio sindacale, sono tenuti a:

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- eseguire continui monitoraggi dell'esistenza della continuità aziendale;
- accertare il suo mantenimento prospettico nei sei mesi successivi mediante la sostenibilità dei debiti dell'impresa con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare;
- verificare l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto ai mezzi di terzi.

Entro la data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2022, le società dovranno aver provveduto a nominare l'organo di controllo o il revisore e aver provveduto alla modifica dell'atto costitutivo e dello statuto, ove necessarie. Fino alla scadenza del termine, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi a tali disposizioni.

9.1 I compiti

L'attuale formulazione del Codice della crisi d'impresa ha ridimensionato e dato un diverso ruolo al revisore, rispetto a quanto previsto nella prima stesura (Dlgs 14/2019).

Il revisore o la società incaricata di svolgere la revisione legale dei conti, ha tre compiti principali:

- esprimere con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato (ove redatto);
- illustrare i risultati della revisione legale svolta;
- verificare nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.

Diversamente dal collegio sindacale obbligato alla verifica trimestrale, il revisore non ha obbligo di mantenere una periodicità stabilita, ma il controllo deve essere svolto in base all'esigenza della situazione concreta.

Non si tratta certamente di un mero controllo formale dei dati contabili, bensì di una valutazione sostanziale di tutti i comportamenti, situazioni e atti comuni ricollegabili al dato di bilancio e all'attività posta in essere dalla società revisionata.

Tra gli ulteriori compiti che il revisore deve svolgere, come sopra esposto, vi è certamente la verifica del presupposto della continuità aziendale ai sensi dell'ISA Italia 570. Diversamente dalla previsione del CCI 2019, che attribuiva oltre all'organo di controllo anche al revisore il potere di attivare l'allerta interna, nel dettato normativo aggiornato, tale potere non è più riconosciuto.

Nell'ambito della composizione negoziata della crisi, ai sensi dell'articolo 16 del nuovo CCI, il revisore può affiancare l'esperto ove quest'ultimo ne ravvisi la necessità. Si tratta pertanto in questo caso di un soggetto terzo e indipendente nominato dall'esperto in quanto consulente imparziale.

L'ulteriore ruolo riconosciuto al revisore dal nuovo CCI, all'articolo 17, co. 5, nell'ambito del proprio incarico di revisione legale della società assoggettata a composizione negoziata della crisi è quello di fornire all'esperto informazioni utili in merito all'impresa.

La **relazione di revisione** deve contenere infatti le conclusioni del revisore circa l'appropriato utilizzo del presupposto della continuità aziendale e indicare eventuali incertezze relative a eventi o circostanze che potrebbero sollevare dubbi significativi sulla capacità della società sottoposta a revisione di mantenere la continuità aziendale.

Al fine di svolgere l'attività loro assegnata, i revisori hanno diritto di ottenere dagli amministratori **documenti e notizie** utili all'attività di revisione legale e possono procedere ad accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione, a norma dell'articolo 14, comma 6 del Dlgs 39/2010.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il **giudizio** formulato dai revisori nella relazione può essere:
- **positivo senza rilievi**, qualora il bilancio in tutti gli aspetti significativi sia redatto in conformità al quadro normativo applicabile;
- **positivo con rilievi**, qualora il revisore rilevi uno o più errori che singolarmente o nel loro insieme sono significativi ma che non minano l'attendibilità del bilancio nel suo complesso;
- **negativo**, qualora il revisore rilevi uno o più errori, che singolarmente o nel loro insieme risultano significativi e che minano l'attendibilità del bilancio nel suo complesso;
- **impossibilità** di esprimere un giudizio, qualora il revisore non sia stato in grado di acquisire elementi probativi sufficienti e appropriati su cui basare il proprio giudizio.

Il maggior rischio a cui è esposto il revisore è quello di emettere una relazione di revisione con un giudizio positivo su un bilancio significativamente errato.

Pertanto, l'obiettivo principale dell'attività preparatoria, che consiste nella pianificazione dell'attività di revisione, identificazione delle aree di bilancio di maggior rischio e nella rilevazione del grado di significatività degli errori rilevati, è quello di ottimizzare e concentrare i controlli sulle poste di bilancio, transazioni o informativa dove potenzialmente potrebbero annidarsi degli errori contabili o valutativi. Infatti, le **verifiche e** i **controlli** dovranno focalizzarsi sulla gestione dei rischi di revisione al fine di definire, per ogni area di bilancio, il grado di estensione dei controlli da attuare per minimizzare il rischio di errori significativi sul bilancio d'esercizio o consolidato.

In relazione alla voce di bilancio cui si fa riferimento, vi sono dei **controlli specifici** che il revisore deve svolgere e poter documentare mediante la compilazione di carte di lavoro, che devono essere comprensibili a un revisore esperto.

9.2 Le responsabilità

A norma dell'articolo 15 del Dlgs 39/2010, i revisori e/o la società di revisione, rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempienza ai loro doveri, nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.

Danni rilevanti frutto dell'inadempienza ai loro doveri: si intende che il danno deriva dalla violazione dei doveri professionali dei revisori e che il danno sofferto sia conseguenza diretta e immediata del comportamento negligente o doloso del revisore.

Ove il danno sia subito dalla società revisionata, la responsabilità si configura come **responsabilità contrattuale**, ove invece il danno sia subito da terzi si tratta di responsabilità **extracontrattuale**.

A norma degli articoli 27-32 del decreto legislativo 39/2010, le fattispecie di seguito menzionate determinano la **responsabilità penale** del revisore:
- falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale;
- corruzione del revisore;
- impedito controllo;
- compensi illegali;
- illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 10

I creditori pubblici qualificati, nuovo controllo tutto esterno

Massimo Parravicini

SOMMARIO: 10.1 I principi e l'ambito soggettivo di applicazione – 10.2 L'ambito oggettivo e i limiti di soglia "rilevanti" – 10.3 Le modalità e i tempi di segnalazione al debitore – 10.4 Il contenuto della segnalazione al debitore – 10.5 Le responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo in caso di mancata segnalazione

Novità assoluta e inedita nel campo della riforma del Codice della crisi d'impresa è la segnalazione per l'anticipata emersione della crisi ai fini della sostenibilità del debito e di elaborazione di piani di rateizzazione attivabile dai creditori pubblici qualificati, introdotta in attuazione del principio contenuto nella raccomandazione 2014/135/Ue e istituito dall'articolo 4, comma 1, lettera *d)* della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

La norma, in precedenza facente parte delle misure obbligatorie di segnalazione all'OCRI e normata con l'articolo 15 del Codice della Crisi, è stata fortemente ridimensionata, quantomeno negli effetti obbligatori e consequenziali che avrebbe generato attraverso la segnalazione all'OCRI e la conseguente attivazione delle procedure di allerta, e trasposta nel nuovo articolo 25 *novies* dallo schema di decreto legislativo approvato in esame preliminare il 17 marzo 2022 ed in versione definitiva il 15 giugno 2022, dal Consiglio dei Ministri, che introduce modifiche al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, numero 14, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 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 (Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

Da segnalare che, la nuova formulazione dell'articolo 25 *novies* del CCI ricalca quanto già introdotto nella nostra normativa dall'articolo 30 *sexies* del Dl 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, relativamente all'"*Istituzione di un programma informatico per la sostenibilità del debito e l'elaborazione di piani di rateizzazione automatici nell'ambito della composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa*".

10.1 I principi e l'ambito soggettivo di applicazione

Inserito nel Capo III del Codice della Crisi, rubricato quale "***Segnalazione per la anticipata***

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

emersione della crisi ... di verifica della sostenibilità del debito e di elaborazione di piani di rateizzazione" il nuovo articolo 25 *novies* ricalca in modo fedele lo spirito della riforma in attuazione dei principi contenuti nella direttiva UE sopra citata, ovvero quello di *fornire all'imprenditore le indicazioni necessarie per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà, prima che diventino vera e propria crisi e di attivarsi per risolvere le problematiche insorte, anche ricorrendo ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.*

Il nuovo articolo 25 *novies*, come già segnalato, traspone, al suo interno, le disposizioni introdotte dall'articolo 30 *sexies* del Dl 152/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge 233/2021.

L'articolo disciplina le segnalazioni che i creditori pubblici qualificati debbono inviare all'imprenditore in presenza di determinati livelli di esposizione debitoria dallo stesso maturata nei loro confronti.

Il nuovo articolo 25 *novies* CCI individua, quali creditori pubblici qualificati tenuti alla comunicazione ai debitori e agli organi sociali di controllo i seguenti enti:

- agenzia delle Entrate;
- Inps;
- Inail;
- agente della riscossione.

Da rilevare, in via preliminare, come, rispetto alla norma vigente, sia stato aggiunto, tra gli enti segnalanti, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, nell'ottica di introdurre un ente che, nell'ambito delle crisi d'impresa, spesso riveste un ruolo importante e/o qualificato. L'Inail, infatti, è considerato ente che gestisce forme di assicurazione obbligatoria e quindi soggetto rientrante nella transazione previdenziale di cui all'attuale articolo 182 *ter* della legge fallimentare, reintrodotto nel novellato CCI.

Da una prima analisi delle soglie che danno luogo a segnalazioni, viene subito all'occhio come la *ratio* della riforma non persegua più, come nella precedente versione, l'obiettivo dell'allerta dello stato di crisi e non intenda, dunque, segnalare all'impresa una situazione di difficoltà rilevante e potenzialmente già corrispondente ad uno stato di crisi o di insolvenza (i limiti di soglia sono infatti troppo bassi e del tutto sganciati dalle dimensioni dell'impresa), bensì intenda notiziare tempestivamente l'imprenditore dell'esistenza di determinati inadempimenti che potrebbero anche non essere significativi, ma che l'impresa deve valutare al fine di verificare se essi siano frutto di un temporaneo deficit di liquidità oppure se siano segnali di una situazione di difficoltà rispetto alla quale occorra opportunamente intervenire.

Infatti, la mancata previsione di ulteriori adempimenti a carico dei creditori pubblici qualificati, oltre alla segnalazione all'imprenditore come in precedenza indicato, nonché l'assenza di conseguenze rispetto all'eventuale omessa attivazione da parte dell'impresa, rendono chiaro l'intento della norma, la quale intende esclusivamente segnalare anticipatamente l'esistenza di inadempimenti che potrebbero anche non richiedere, all'esito dell'analisi, l'attivazione di strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

L'ambito soggettivo di applicazione per le segnalazioni da parte dei creditori pubblici qualificati è quello valido per tutte le procedure del CCI ed è molto ampio, in quanto riguarda tutti i debitori che svolgono attività imprenditoriale, siano essi imprenditori individuali che imprenditori collettivi. Esso si estende, quantomeno in linea teorica, anche alle imprese agricole e alle imprese minori (non fallibili), anche se i limiti numerici che qualificano come "rilevante" l'esposizione debitoria e obbligano gli enti richiamati alla segnalazione, ne riducono la portata ai minimi termini.

Da segnalare che, nell'ottica della *ratio* normativa come appena delineata:

- è stato cassata la norma del comma 5 dell'originario articolo 15 CCI che esentava dalla

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

segnalazione gli enti pubblici qualificati nello specifico caso in cui il debitore avesse documentato di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni in presenza di specifiche soglie di credito;

› è stata eliminata qualsiasi conseguenza per gli enti, in caso di inottemperanza all'obbligo di segnalazione, nella precedente versione individuata per Agenzia Entrate e Inps nell'inefficacia del titolo di prelazione spettante ai crediti dei quali essi sono titolari e per l'agente della riscossione nell'inopponibilità alla massa del credito per spese e oneri di riscossione.

10.2 L'ambito oggettivo e i limiti di soglia "rilevanti"

Individuato l'ambito soggettivo, il legislatore si è correttamente premurato di stabilire anche l'ambito oggettivo, ovvero individuare, in relazione all'ente pubblico creditore, differenti tipologie e soglie di criticità dell'esposizione debitoria ai fini dell'obbligo della procedura di segnalazione, così come di seguito esposte.

10.2.1 Inps - articolo 25 novies, comma 1, lettera a) CCI

Per l'Inps il limite di soglia è riferito a un **ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore**:

› **per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000;**

› **per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000.**

Si rileva, in via preliminare, come la formulazione della norma, facendo riferimento ai soli *contributi previdenziali*, senza l'aggiunta della locuzione "*ed assistenziali*", sia in effetti poco felice, considerato che, così come enunciata, esclude dal computo della soglia tutti i contributi aventi ad origine prestazioni assistenziali quali, ad esempio, i contributi per malattia, CIG, maternità, disoccupazione, ecc. Si ritiene peraltro opportuno annoverare nel computo della soglia, non foss'altro per una sorta di semplificazione, tutte le somme dovute all'istituto previdenziale, ritenendo, quindi, la formulazione della norma una semplice svista del legislatore.

Si rileva infine che, per come è strutturata la norma, non risulterebbero esclusi i contributi dovuti alla gestione obbligatoria artigiani e commercianti, né quelli dovuti alla gestione separata individuale, anche se l'eccezione che potrebbe essere mossa è quella che essi hanno natura di versamenti personali e non d'impresa, pur se riferibili a redditi da quest'ultima generati. Per tali contributi sarebbe comunque auspicabile un chiarimento da parte dell'istituto previdenziale.

10.2.2 Inail - articolo 25 novies, comma 1, lettera b) CCI

Per l'Inail il limite di soglia è riferito all'**esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre novanta giorni e non versato superiore ad euro 5.000.**

10.2.3 Agenzia delle Entrate - articolo 25 novies, comma 1, lettera c) CCI

Il monitoraggio è limitato all'**imposta sul valore aggiunto**.

La soglia di rilevanza è individuata **nell'esistenza di un debito scaduto e non versato ri-**

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche superiore all'importo di euro 5.000.

La norma, così come concepita, evidenzia in prima battuta, quale principale criticità, il fatto che la verifica della soglia di rilevanza riguardi solo l'Iva e non le altre imposte (quali per esempio: ritenute, imposta di registro eccetera). L'esclusione di una serie di imposte, di cui alcune di grande rilevanza quali le ritenute di acconto, alimentano le differenziazioni tra le stesse, spingendo il debitore a prestare attenzione più ai versamenti Iva che ai versamenti delle ritenute le quali, non essendo monitorate con la segnalazione da parte di Agenzia Entrate, non produrrebbero, così come congeniata la norma, un riscontro immediato dello stato di difficoltà societario. D'altro canto, è desumibile che la scelta di limitare la procedura di segnalazione alla sola Iva risponda a due esigenze dell'Amministrazione finanziaria:

- la volontà di monitorare un'imposta che, da sempre, è foriera di alte soglie di evasione (anche se, in questo caso, l'introduzione della fatturazione elettronica ne ha attenuato di molto il rischio);
- la necessità di operare su importi messi a disposizione più celermente dall'imprenditore attraverso l'invio telematico delle comunicazioni periodiche Iva, a differenza delle ritenute, i cui dati di raffronto vengono messi a disposizione dell'agenzia delle Entrate solo con il modello 770 e quindi anche oltre un anno e mezzo di distanza dall'effettivo mancato pagamento).

10.2.4 Agente della riscossione - articolo 25 novies, comma 1, lettera d) CCI

Per l'agente della riscossione la soglia di rilevanza è individuata **nell'esistenza di crediti affidati per la riscossione, auto dichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni, superiori**:

- **all'importo di euro 100.000, per le imprese individuali;**
- **all'importo di euro 200.000, per le società di persone;**
- **all'importo di euro 500.000 per le altre società.**

La differente e marcata differenza tra la soglia delle imprese individuali e quella delle società di capitali (100.000 rispetto a 500.000) è effettivamente di difficile comprensione, soprattutto in considerazione che i già menzionati limiti potrebbero anche essere composti da debiti non monitorati in precedenza da agenzia delle Entrate, Inail e Inps (es: ritenute, imposta di registro, contributi associativi riscossi per conto delle associazioni di categoria convenzionate ecc.).

10.3 Le modalità e i tempi di segnalazione al debitore

La norma prevede che, qualora l'esposizione debitoria superi le soglie ritenute rilevanti, come sopra individuato, i creditori pubblici siano tenuti a segnalare all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, a mezzo di posta elettronica, certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria, nei seguenti differenti **termini e modalità**:

- **Inps in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 1° gennaio 2022** entro 60 giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi per l'obbligo di segnalazione;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

- **Inail in relazione ai debiti accertati a decorrere dall'entrata in vigore del presente Decreto Legislativo:** entro 60 giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi per l'obbligo di segnalazione;
- **Agenzia delle Entrate in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche ad iniziare da quella relativa al primo trimestre dell'anno 2022:** entro 60 giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni dei dati delle liquidazioni periodiche e, quindi, entro i seguenti termini (salvo proroghe):
  - 1° trimestre 2022: invio segnalazione entro il 30 luglio 2022 (presentazione Lipe 31 maggio 2022);
  - 2° trimestre 2022: invio segnalazione entro il 15 novembre 2022 (presentazione Lipe 16 settembre 2022);
  - 3° trimestre 2022: invio segnalazione entro il 29 gennaio 2023 (presentazione Lipe 30 novembre 2022);
  - 4° trimestre 2022: invio segnalazione entro il 29 aprile 2023 (presentazione Lipe 28 febbraio 2023);
- **Agenzia delle Entrate- Riscossione in relazione ai carichi affidati a decorrere dal 1° luglio 2022:** entro 60 giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi per l'obbligo di segnalazione;

La verifica della presente tempistica non può far altro che rilevare i **differenti tempi di "ingresso" della procedura di segnalazione** in quanto:

- dapprima sarà chiamato l'**Inps** alla segnalazione, già a partire dal 01 gennaio 2022 con riferimento ai debiti previdenziali, nei limiti del superamento delle soglie rilevanti di cui al paragrafo precedente (quindi con riferimento già ai debiti accertati dal mese di gennaio 2022 se decorsi oltre 90 gg dai termini di scadenza del versamento). Il termine massimo della prima segnalazione al debitore sarà dunque il **2 marzo 2022** (60 giorni dal verificarsi dei presupposti);
- di seguito sarà chiamata alla segnalazione **l'agenzia delle Entrate** con riferimento all'Iva non pagata relativa al primo trimestre dell'anno 2022 (con scadenza, a oggi, il 31 maggio 2022). Per essa Il termine massimo della prima segnalazione al debitore sarà dunque il **30 luglio 2022** (60 giorni dal verificarsi dei presupposti). Si ritiene utile segnalare che tale procedura potrebbe comportare un'accelerazione dei tempi di invio degli avvisi bonari, con la conseguenza, a mio avviso giuridicamente legittima ma non rispettosa dei diritti del contribuente, di inibire la possibilità di ravvedimento entro il termine di invio della dichiarazione annuale, ai sensi dell'articolo 13 del Dlgs 472/1997, con ciò comportando un aggravio del carico sanzionatorio in capo alle imprese (10% anziché il 3,75%);
- successivamente sarà chiamato l'**Inail**, a partire dall'entrata in vigore del presente decreto (si ritiene nella prima quindicina del mese di luglio 2022) con riferimento ai premi assicurativi, nei limiti del superamento delle soglie rilevanti di cui al paragrafo precedente (quindi con riferimento già ai debiti accertati dal mese di luglio 2022 se decorsi oltre 90 gg dai termini di scadenza del versamento). Il termine massimo della prima segnalazione al debitore sarà dunque - presumibilmente - il **13 settembre 2022** (60 giorni dal verificarsi dei presupposti);
- infine, per ultimo, sarà chiamata alla segnalazione **l'agente della riscossione**, con riferimento ai crediti a essa affidati a partire dal 01 luglio 2022 e scaduti da oltre 90 giorni (quindi decorsi 60 giorni dalla notifica), nei limiti del superamento delle soglie rilevanti di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cui al paragrafo precedente. In questo caso il termine massimo concesso all'agente della riscossione per la prima segnalazione sarà di 60 giorni dal superamento delle soglie, ovvero decorsi almeno 90 giorni dalla scadenza del pagamento del ruolo (quindi almeno 150 giorni dalla notifica). La prima segnalazione, pertanto, potrà essere effettuata dall'agente della riscossione a partire non prima del 28 settembre 2022, con termine massimo al **27 novembre 2022**.

10.4 Il contenuto della segnalazione al debitore

La segnalazione, inviata dal rispettivo ente nei modi e tempi di cui al punto precedente, avvertirà il contribuente della sua esposizione debitoria e inviterà lo stesso a predisporre gli opportuni accorgimenti.

La medesima comunicazione dovrà altresì contenere l'invito alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata attraverso la richiesta di nomina dell'esperto indipendente, qualora ne ricorrano i presupposti.

10.5 Le responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo in caso di mancata segnalazione

Come ampiamente analizzato, la segnalazione assume, quindi, una connotazione di tipo informativo (e non un obbligo al ricorso all'istituto della composizione negoziata), e sollecita dunque l'amministratore alla verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ai sensi dell'articolo 2086 Cc al fine di cogliere tempestivamente potenziali segnali di crisi.

Identica considerazione deve essere rivolta anche all'organo di controllo per il quale la segnalazione deve essere intesa come sollecito all'attività di vigilanza prevista ai sensi dell'articolo 2403 Cc.

E se le segnalazioni ricevute dagli enti pubblici qualificati fossero ignorate da amministratori e sindaci?

Innanzitutto, è plausibile ipotizzare come l'eventuale inerzia dell'organo amministrativo potrebbe essere giudicata quale elemento sfavorevole non solo ai fini dell'analisi di "meritevolezza" per l'accesso alla composizione negoziata e/o alle procedure concorsuali ordinarie, ma anche in ordine ad eventuali future azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali.

Inoltre la norma viene rafforzata dal fatto che tale segnalazione viene contestualmente inviata anche all'organo di controllo aziendale che, al fine di evitare le responsabilità previste ai sensi dell'articolo 2407 Cc, non può permettersi di lasciarla cadere nel vuoto. Esso dovrà attivarsi per monitorare in maniera più pregnante l'attività aziendale fino anche ad arrivare (nei casi più gravi) a presentare denuncia al tribunale per gravi irregolarità gestionali da parte degli amministratori.

Infine, anche i soci e gli stakeholder aziendali, che rilevassero l'inerzia del CDA rispetto alla segnalazione ricevuta, potrebbero anch'essi muoversi a propria tutela ed a tutela della società, denunciare al tribunale gli amministratori per mancata attuazione di misure volte a garantire la continuità aziendale.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 11

L'intervento dell'advisor legale dell'azienda

Alberto Roda, Corrado Roda, Norman Regis

SOMMARIO: 11.1 I doveri dell'imprenditore nel quadro della riforma – 11.2 Il ruolo dirimente dell'advisor legale nel conflitto latente tra imprenditore e impresa – 11.3 L'advisor legale nel Codice – 11.4 La funzione dell'advisor legale nell'ambito della crisi d'impresa – 11.5 L'intervento dell'advisor nell'elaborazione del piano e della proposta – 11.6 Il rischio

Il Codice della riforma (per la precisione, con questa espressione ci si riferisce al testo finale del Codice della crisi e dell'insolvenza, di cui al Dlgs 12 gennaio 2019) ha prescritto all'imprenditore una serie di comportamenti che in precedenza, pur essendo in qualche modo immanenti al sistema, erano in parte anche frutto di interpretazioni giurisprudenziali.

Il nuovo Codice ha reso *normativamente pretensibile* una pluralità di comportamenti di tutela, da assumersi anche in via anticipata rispetto all'evenienza della crisi, vista non più solo come un evento negativo accidentale, ma considerata come un evento fisiologico nell'ambito della vita aziendale, che, se affrontata tempestivamente, può essere risolta positivamente con maggiori percentuali di successo, nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti.

11.1 I doveri dell'imprenditore nel quadro della riforma

Senza pretesa di completezza, in questa sede pare opportuno segnalare alcuni degli obblighi posti a carico dell'imprenditore al fine di intercettare tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa e di porvi fattivamente rimedio.

L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e, se organizzato in forma collettiva, deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative (articolo 3, commi 1 e 2 del Codice, come integrato dal decreto *insolvency*, che, oltre a modificare la rubrica dell'articolo 3 - ora denominata "*adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*", in luogo della precedente dizione *"doveri del debitore*" - ha anche precisato che gli adeguati assetti devono riguardare non solo l'organizzazione aziendale dell'imprenditore collettivo, ma anche quella amministrativa e contabile).

In particolare, il decreto *insolvency,* ha precisato, nel terzo comma dell'articolo 2 (di integrale nuovo conio), quali siano gli obbiettivi degli adeguati assetti e, oltre ad essi, delle *"misure funzionali alla tempestiva emersione della crisi"*, strumenti entrambi introdotti al principale fine di con-

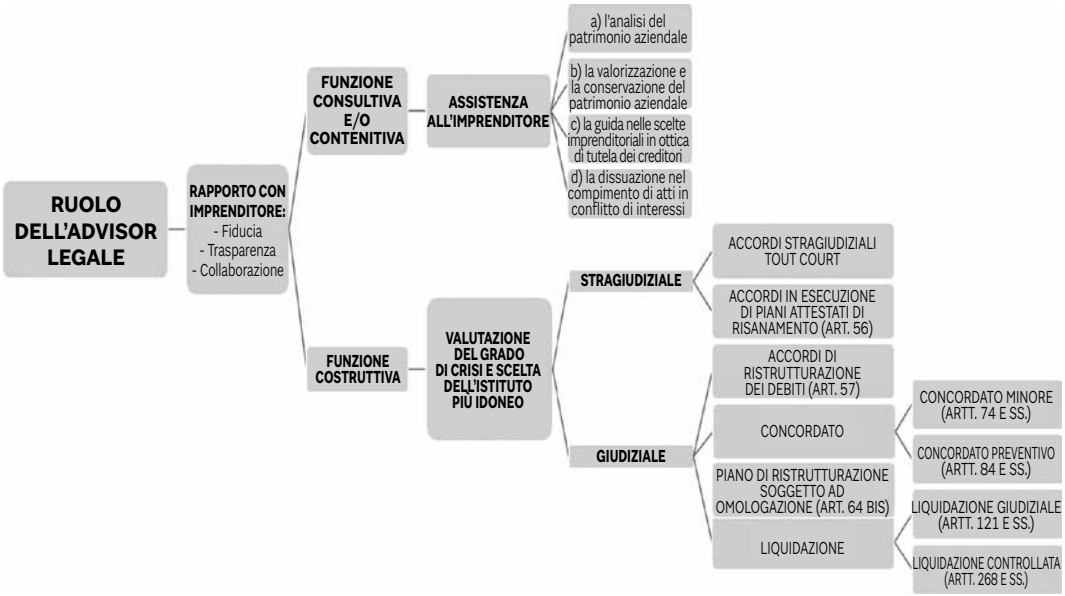
RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

sentire all'imprenditore di attivarsi rapidamente, anche prima dell'insorgenza di una situazione di crisi, per superare in maniera efficace le difficoltà insorte.

La funzione del novellato articolo 3 risulta dunque - in attuazione dei principi contenuti nella direttiva - quella di fornire all'imprenditore le indicazioni utili e necessarie per prevedere tempestivamente i primi segnali di difficoltà, ancor prima che diventino vera e propria crisi e di attivarsi per risolvere le problematiche insorte.

Questi segnali sono esemplificativamente riassunti nel quarto comma della norma in esame, che elenca - quali sintomi di una situazione di crisi incipiente:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
- l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies*, comma 1 (ovvero i ritardi nei pagamenti di contributi previdenziali, premi assicurativi e debiti erariali per importi e per durata del ritardo, che impongono ai creditori pubblici qualificati - *id est* Inps, Inail e Erario - la segnalazione all'imprenditore ed all'organo di controllo, ove esistente, della situazione debitoria, con invito a presentare l'istanza per l'avvio della composizione negoziata della crisi).



Oltre ai doveri di istituire adeguati assetti e adottare misure idonee a prevedere sollecitamente l'emersione dello stato di crisi, nonché di assumere conseguenzialmente le iniziative necessarie a farvi fronte, all'imprenditore sono imposti una serie di doveri - in ossequio ai principi della buona fede e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

della correttezza - che informano non solo tutta la fase della crisi d'impresa, ma anche la fase delle trattative che, vuoi mediante la composizione negoziata, vuoi mediante l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, risulta prodromica al risultato del suo auspicato superamento.

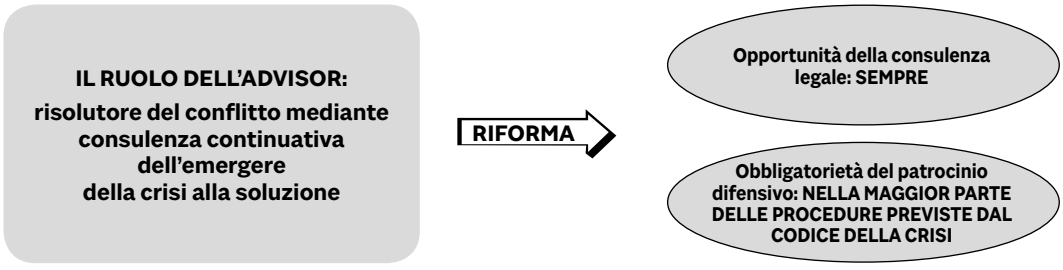
Così l'imprenditore deve:

- illustrare a tutti i soggetti coinvolti la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate, sia nell'ambito della composizione negoziata, sia nell'ambito dello strumento di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) prescelto;
- assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni (b.i) per il superamento di quella particolare condizione di crisi incipiente o pre-crisi (definita dall'articolo 12 del Codice come *"condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza"*), che costituisce il presupposto logico e funzionale della composizione negoziata e (b.ii) per la rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori;
- gestire l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori, senza pregiudicarne ingiustamente gli interessi. Nella sostanza, comportamenti che nella legislazione *ante* Codice della Crisi erano doverosi in ragione di una interpretazione sistematica (si pensi al dovere dell'organo amministrativo delle società per azioni di conservare l'integrità del patrimonio sociale; alla responsabilità penale dell'imprenditore per aver ritardato con colpa grave la dichiarazione del proprio fallimento; all'obbligo del collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto funzionamento), sono stati positivizzati, declinati in modo ordinato e metodico e implementati con la riforma.

Oltre a ciò, l'introduzione del procedimento (o "*percorso*") della composizione negoziata ha comportato un indubbio monito all'imprenditore, affinché egli abbia ad **attivarsi precocemente**, e dunque ancor prima che lo squilibrio patrimoniale o economico-finanziario sia degenerato in crisi. In tale senso, nell'impianto complessivamente delineato dal decreto *insolvency* le situazioni di squilibrio qualificabili come "*pre-crisi*" sono gestibili con la sola composizione negoziata, senza necessità di fare ricorso ad altre procedure, che verranno se mai in rilievo come risultato del predetto percorso negoziale.

La natura e la funzione della composizione negoziata ne fanno non una procedura ma un percorso di negoziazione, volontario e stragiudiziale, all'esito del quale il debitore può perseguire il risanamento dell'attività facendo ricorso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal Codice.

L'ADVISOR LEGALE NEL CONFLITTO TRA IMPRENDITORE E IMPRESA



RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.2 Il ruolo dirimente dell'advisor legale nel conflitto latente tra imprenditore e impresa

La volontà del legislatore di dettare regole di comportamento precise, chiare e ineludibili, oltre che temporalmente scansionate, in uno con l'intento di anticipare quanto più possibile l'emersione della crisi, renderà verosimilmente ancora più percettibile - con la definitiva entrata in vigore del Codice della Crisi - il conflitto di interessi tra le volizioni dell'imprenditore e i diritti dei creditori e degli altri soggetti che, a vario titolo, hanno intersecato le loro sorti con quelle dell'impresa in crisi.

Questa situazione di conflitto, dove l'imprenditore spesso persegue (anche nel caso - paradigmatico e ricorrente nella prassi - in cui l'azienda sia concessa in godimento a terzi, con impegno del terzo al futuro acquisto, anche prima dell'accesso a una procedura concorsuale) propri peculiari interessi patrimoniali, potenzialmente in conflitto con quelli dei creditori a una sana e corretta gestione della crisi, si riverbera, inevitabilmente, anche nel rapporto tra l'*advisor* legale e l'imprenditore suo cliente.

Nel caso della crisi d'impresa, il professionista legale si trova ad affrontare spesso un cliente che:

- non è psicologicamente disponibile ad accettare l'idea che la propria attività aziendale versi in fase di declino; di conseguenza, è renitente anche ad accettare una prospettiva di anticipata emersione della crisi nella sua fase embrionale;
- è portato a reperire soluzioni alla crisi (quando ne riconosce la sussistenza) mediante strumenti endogeni che appartengono al suo bagaglio di cognizioni e, soprattutto - ove affronti simili situazioni per la prima volta - è convinto di poterla risolvere unicamente con soluzioni di natura prettamente industriale o finanziaria, che suonano a un osservatore esterno talvolta semplicistiche (l'incremento del fatturato a prescindere dalla dinamica costi/ricavi o l'aumento del ricorso all'indebitamento bancario o finanziario, anche tramite l'ausilio di fantomatici consulenti extra sistema, senza una seria analisi della capacità di restituzione di tali finanziamenti);
- non accetta, o accetta con estrema difficoltà, l'intervento di soggetti terzi, anche solo a livello consulenziale, che possano coadiuvarlo nelle scelte più opportune per far fronte alla crisi d'impresa.

Dall'altra parte invece il professionista legale è chiamato ad **accompagnare il cliente**, anche sul piano psicologico, oltre che sul piano squisitamente giuridico, **lungo un percorso** che prevede:

- la ricognizione, sul piano patrimoniale, economico e finanziario, della sussistenza dello stato di crisi aziendale; più correttamente, alla luce della composizione negoziata della crisi, il professionista legale, nei limiti della tempistica di conferimento dell'incarico, dovrebbe esercitare nei confronti del cliente imprenditore, e segnatamente dei propri clienti abituali che in generale svolgano attività d'impresa, una forte *moral suasion,* tesa a rendere noti a costoro gli obblighi di istituzione degli adeguati assetti e gli obblighi di adozione delle misure idonee a prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, sin dalle sue prime avvisaglie;
- la necessità di fare fronte alla crisi, o alla situazione ad essa prodromica, facendo ricorso agli strumenti legali che la normativa mette a disposizione in queste situazioni, soprattutto, ricorrendone i presupposti, il percorso di composizione negoziata, superando l'idea, infondata e sempre meno aderente alla realtà normativa, che detti strumenti coincidano con la fine dell'attività aziendale o gettino un insuperabile discredito sull'onorabilità commerciale dell'imprenditore;

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

› l'attuazione di questi strumenti mediante comportamenti virtuosi che abbiano quale faro, oltre al doveroso rispetto della normativa, la tutela in via preminente degli interessi dei creditori e solo in via gradata la valorizzazione delle capacità dell'imprenditore di poter continuare a fare impresa, portando il proprio bagaglio di conoscenze magari non più quale titolare dell'azienda, ma quale dipendente o collaboratore della stessa, risanata grazie all'intervento di un terzo soggetto, sia esso *competitor*, sia esso finanziatore.

Non mancheranno, come non sono mai storicamente mancati in questo percorso, momenti di frizione e di **contrasto tra il professionista e il** proprio **cliente**, che solo l'esperienza e la professionalità dell'*advisor* legale potranno superare, al fine di addivenire a una composizione tra le opposte esigenze che sia utile e fruttuosa.

Tuttavia, in questo quadro di contrapposizione solo apparente, sarà compito fondamentale del professionista, oggi più che mai, contribuire alla diffusione, presso il ceto imprenditoriale, dell'idea che l'ordinamento ha sviluppato molteplici forme di soluzione della crisi d'impresa, progressivamente più agevoli e praticabili man mano che l'emersione della stessa viene idoneamente anticipata.

Nel precedente contesto storico la **capacità di convinzione** dell'*advisor* legale in molti casi è risultata fondamentale per indurre l'imprenditore a tenere comportamenti corretti, evitando in questo modo di incorrere anche nei reati previsti dalla vecchia legge Fallimentare e confermati dal nuovo Codice, senza fondamentali modifiche sostanziali.

Nell'attuale contesto, caratterizzato da una riforma - quella della composizione negoziata - che interpone tra il debitore e i creditori una figura (quella dell'esperto), connotata da caratteristiche di professionalità, indipendenza, imparzialità e terzietà - nell'ambito di un procedimento che, salvo i casi di intervento dell'Autorità Giudiziaria, resta dominato dalla riservatezza rispetto alle informazioni trasmesse e all'andamento delle trattative - diventa **imperativo morale**, prima che deontologico, dell'*advisor* legale quello di realizzare una **consulenza continuativa** che si ponga come **obbiettivo** - oltre che accompagnare il cliente dalle prime avvisaglie della crisi fino alla soluzione della stessa, nel pieno ed incondizionato rispetto della legge - consentire al cliente medesimo di addivenire ad un mutamento anche ideologico rispetto all'importanza di attivarsi prima che la crisi si manifesti.

In questo difficile percorso il professionista dovrà naturalmente rapportarsi, oltre che con l'imprenditore, anche con le altre figure che, a vario titolo, sono protagonisti della *governance* aziendale e dunque, oltre che con gli amministratori (siano essi in rapporto identitario con la proprietà della società in crisi, ovvero *manager* nominati dalla compagine sociale), anche con i sindaci e con i revisori.

È evidente che il rapporto con queste figure sarà maggiormente agevole laddove maggiore sarà la professionalità di queste ultime e la loro capacità di comprendere la reale situazione della crisi aziendale.

Altrettanto evidente è che maggiore sarà la distanza di queste figure professionali rispetto a quella dell'imprenditore - distanza intesa come assenza di comunione di interessi e di comunanza di intenti con l'imprenditore - più semplice sarà il rapporto professionale dell'*advisor* legale con questi altri attori della *governance*.

Talvolta, la mancanza in capo a costoro di specifiche conoscenze nell'ambito del diritto della crisi d'impresa potrà creare anche situazioni di ulteriore conflittualità tra l'*advisor* legale - chiamato a portare la propria esperienza specifica e la propria specializzazione professionale - e queste altre figure, magari non aduse a fronteggiare la crisi d'impresa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Anche in questo ambito sarà necessario che il professionista sappia mantenere un rapporto leale e collaborativo con gli organi di controllo della società interessata dalla crisi d'impresa, pur senza venire mai meno alla sua funzione fondamentale di guida e di consulente - unitamente all'*advisor* finanziario - in una vicenda, quale la crisi aziendale, che sicuramente rappresenta una patologia nella vita dell'impresa, ma che, se correttamente e tempestivamente affrontata, può costituire per tutti i soggetti coinvolti anche un'occasione di rilancio.

11.3 L'advisor legale nel Codice

Appare opportuno segnalare due ulteriori temi che riguardano il ruolo dell'avvocato nell'ambito della crisi d'impresa.

Il primo tema attiene alla **obbligatorietà del patrocinio difensivo**, salvo diversa espressa disposizione, per tutte le procedure disciplinate dal Codice (articolo 9, comma 2), secondo una previsione che, come è stato acutamente osservato, ribalta il rapporto tra regola ed eccezione rispetto alla situazione ante riforma. Vi è da dire che la regola della obbligatorietà del patrocinio difensivo non trova applicazione alla composizione negoziata, vuoi per la sua natura di percorso procedimentale diverso da una procedura concorsuale (sebbene anch'essa sia ora confluita nel Codice della Crisi), vuoi per espressa disposizione normativa (*id est* l'articolo 17, comma quinto, che espressamente prevede la facoltà dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata di partecipare ad essa personalmente, con semplice facoltà - e non obbligo - di farsi assistere da consulenti).

A ben vedere La disposizione sulla obbligatorietà del patrocinio difensivo appare antitetica rispetto alla finalità della originaria legge delega di ridurre i costi delle procedure.

Tuttavia altre disposizioni del Codice sono finalizzate per converso ad attuare questo principio, e in particolare quella che definisce i **crediti prededucibili** (articolo 6, comma 1 del Codice), regolamentando in misura riduttiva l'estensione della prededuzione ai crediti professionali.

Per quanto concerne nello specifico i crediti degli avvocati, essi, al pari dei crediti di altri professionisti, sono prededucibili nel limite del 75% del "credito accertato" se sorti in funzione:

- della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione a condizione che gli accordi o il piano siano omologati;
- della richiesta delle misure protettive;
- della presentazione della domanda di concordato preventivo, a condizione che sia emesso il decreto di ammissione.

Non è questa la sede per un raffronto analitico tra la nuova disciplina e quella *ante* riforma. In questo contesto è sufficiente segnalare che:

- rispetto alla disciplina vigente, che - almeno lessicalmente - riconduce la prededuzione alla disciplina del solo fallimento, mediante il rinvio sistematico all'articolo 111 legge Fallimentare (norma che, collocata nel capo relativo alla ripartizione dell'attivo fallimentare, fornisce la definizione di debiti prededucibili ai fini dell'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo) ora il Codice chiarisce non solo che «*la prededuzione permane anche nell'ambito delle procedure esecutive e concorsuali*» successive a quella ove è sorta (superandosi così la diatriba sulla sopravvivenza della prededuzione in caso di interruzione del nesso di continuità tra una procedura precedente e il fallimento), ma

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

regolamenta anche in modo specifico la relativa disciplina nei singoli contesti concorsuali (articolo 98 per la prededuzione nel concordato preventivo; articolo 222 per la prededuzione nella liquidazione giudiziale);

› sparisce - nella definizione generale di «*crediti prededucibili*» del Codice - il riferimento a quelli sorti «*in occasione*» delle procedure concorsuali di cui alla legge Fallimentare, restando confermato solo il criterio funzionale, anche con riferimento peraltro agli accordi di ristrutturazione (e alle misure protettive).

Infine, è stato abrogato dal decreto *insolvency* l'ultimo comma dell'articolo 6 del Codice che prevedeva espressamente che non fossero prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'Ocri, e ciò in consonanza con l'abrogazione totale dell'istituto della composizione assistita della crisi e del relativo organismo, in ragione della sua integrale sostituzione con la composizione negoziata.

L'abrogazione della normativa (di fatto mai entrata in vigore) sull'OCRI supera il tema del rapporto tra il professionista (avvocato, ma non solo) e l'OCRI, imponendo tuttavia di interrogarsi sul ruolo dell'*advisor* legale nell'ambito del percorso di composizione negoziata della crisi.

Tema - a differenza di quello del rapporto tra avvocato e OCRI - che non presenta particolari profili di conflittualità: infatti, l'importante corredo documentale che presiede alla presentazione della domanda di accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi (o, per dirla con il legislatore, l'istanza di nomina dell'esperto indipendente) presuppone che l'imprenditore sia assistito **in primo luogo** dal proprio commercialista, o comunque da un professionista munito di competenze tecnico-contabili ed aziendalistiche (non è un caso che, secondo i dati aggiornati di Unioncamere, la grande maggioranza di professionisti inseriti nell'elenco degli esperti siano commercialisti e solo in minima percentuale - circa il 10- 15% - avvocati); **in secondo luogo**, la necessità di depositare unitamente all'istanza *"un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo .... e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare*" rende doverosa - o quantomeno opportuna (salvo i casi di imprese di piccolo calibro) - la presenza anche di un *advisor* contabile aduso alla redazione di piani di risanamento industriali.

In questo quadro, è legittimo chiedersi se residui uno spazio di intervento - e quale ne siano i confini - per l'avvocato, una volta che il cliente debitore abbia condivisibilmente deciso di affidarsi al percorso della composizione negoziata.

Nell'ambito della composizione negoziata della crisi, infatti, l'esperto agevola le trattative tra le parti, dapprima valutando con l'imprenditore l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, e di poi - se ritiene che tale prospettiva sia concreta - promuovendo i successivi incontri con le altre parti interessate al processo di risanamento, al fine di individuare, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'impresa.

Ma, al di là di questa semplice descrizione programmatica dell'attività dell'esperto, sono molteplici gli spazi di intervento dell'*advisor* legale nell'ambito del percorso di composizione assistita della crisi.

Tra di essi si devono segnalare:

› l'istanza per le misure protettive o cautelari di cui agli articoli 18 e 19 del Codice che - giusto il richiamo contenuto nell'articolo 19, comma sette, alla forma prevista dagli articoli 669 *bis*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

e seguenti del Codice di procedura civile - dovranno ragionevolmente essere presentate con il patrocinio obbligatorio del legale;

- l'istanza al Tribunale per ottenere l'autorizzazione, ai sensi dell'articolo 22 del Codice
  1. (a) a contrarre finanziamenti prededucibili (anche dai soci o da società appartenenti ad un gruppo di imprese) ai sensi dell'articolo 6;
  2. (b) a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami.

Entrambe queste istanze, ma soprattutto la seconda, per l'elevato tecnicismo giuridico che le connota, in particolare nel caso di cessione d'azienda o di rami d'azienda (da farsi senza applicazione degli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, restando fermo l'articolo 2112 del Codice civile e con modalità idonee a rispettare il principio di competitività nella selezione dell'acquirente) dovranno ragionevolmente essere presentate con il patrocinio del legale [ad onta del richiamo - contenuto nel secondo comma dell'articolo 22 - al procedimento (in quanto compatibile) di cui agli articoli 737 e seguenti del Codice di procedura civile, che per parte della dottrina e della giurisprudenza può essere attivato dalla parte personalmente senza l'onere del patrocinio difensivo].

Ma la principale area di attività professionale dell'*advisor* legale trova il proprio spazio naturale nella fase conclusiva della composizione negoziale.

A prescindere infatti dall'esito positivo o meno delle trattative, più o meno tutti gli strumenti che l'articolo 23 del Codice prevede come conseguenti alla fase della composizione negoziata presuppongono un'assistenza di natura prevalentemente giuridica, sia pure mediante collaborazione del professionista legale con altri professionisti muniti di differenti bagagli cognitivi, *in primis* quelli tecnico contabili ed aziendalistici propri dell'*advisor* contabile.

In dettaglio, allorquando la composizione negoziata della crisi ha condotto ad una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario prodromica alla crisi, gli istituti che le parti possono adottare per consacrare in un contratto detta soluzione sono (alternativamente):

- un contratto, con uno o più creditori, idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
- la convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 62 del Codice;
- un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che *"produce gli effetti"* di *"consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria"* (si tratta dell'accordo che accedeva al *"piano di risanamento"* disciplinato dall'articolo 67, comma terzo, lettera *d)* della pregressa legge Fallimentare, oggi regolamentato, nel Codice della Crisi, dall'articolo 56 e, quanto all'esenzione dall'azione revocatoria, dall'articolo 166, comma 3, lettera *d*).

Orbene, quantunque la redazione dei contratti (o accordi) di cui alle lettere (a), (b) e (c) che precedono costituisca attività professionalmente libera, appare nondimeno evidente che, soprattutto nei casi più complessi, sia quantomeno opportuno avvalersi dell'assistenza professionale di un avvocato per la loro negoziazione e redazione, pena il rischio di vedere vanificati tutti gli sforzi profusi nella fase delle trattative nell'ambito della composizione negoziata a causa di un *wording* del contratto volto al superamento della situazione di pre-crisi incompleto, carente, manchevole, impreciso o addirittura errato, e, comunque, foriero di successivi contenziosi anche di natura puramente interpretativa.

Per converso, l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria per **quasi tutti** gli altri strumenti diversi da quelli sopra descritti. Questi strumenti sono stati qualificati, nell'ambito della

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Relazione informativa sul decreto *insolvency* - anche a seguito del recepimento delle indicazioni del Consiglio di Stato (che ha evidenziato come la precedente suddivisione della norma in tre commi non coincideva con la distinzione tra esiti favorevoli e esiti negativi della composizione negoziata) quali "*esiti con ricorso alle tradizionali procedure concorsuali disciplinate dal Codice*" e collocati nell'attuale secondo comma dell'articolo 23 del Codice (in corretta contrapposizione con gli "*esiti negoziali stragiudiziali*" previsti nel primo comma dello stesso articolo 23).

Nella riorganizzazione della norma di cui si discorre, il secondo comma (che raggruppa le disposizioni dei precedenti commi 2 e 3) racchiude al suo interno gli esiti tradizionali (e cioè il ricorso alle misure o alle procedure disciplinate dal Codice). Esso prevede, in particolare, che l'imprenditore può:

- predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 56;
- domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61, con possibilità di ridurre al 60% la percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera *c*), se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto;
- proporre la domanda di concor dato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25 *sexies*;
- accedere ad ogni altro strumento disciplinato dal Codice.

Non vi è chi non veda come, con la sola eccezione dello strumento del piano attestato di risanamento (per il quale non è necessaria l'omologazione da parte del Tribunale), tutti gli altri esiti in discorso presuppongo il procedimento giudiziale di omologa, o comunque un procedimento giudiziale, per il quale è obbligatorio il patrocinio del difensore; in particolare, anche laddove l'imprenditore ritenesse di procedere all'istanza di liquidazione giudiziale in proprio, *ex* articolo 37, secondo comma, del Codice, quale *extrema ratio* in conseguenza di una crisi irreversibile, sarebbe pur sempre necessario il patrocinio di un legale, come disposto dal secondo comma dell'articolo 40 del Codice della crisi.

In conclusione, rispetto alla precedente composizione assistita - dove era prevalente la funzione dell'OCRI - pare a chi scrive che gli spazi di intervento dell'*advisor* legale nella composizione negoziata siano maggiori e che questa figura non possa essere esclusa dal novero dei professionisti necessari per formare il *team* di consulenti cui l'imprenditore deve affidarsi per la soluzione della situazione di crisi.

11.4 La funzione dell'advisor legale nell'ambito della crisi d'impresa

L'intento perseguito dal legislatore con la riforma del Codice della Crisi (anche in conformità con la legislazione europea) è - in ultima analisi - quella di rimuovere gli ostacoli esistenti rispetto al funzionamento del mercato ed alla fruizione delle libertà fondamentali da parte dei cittadini e delle realtà produttive; tale obbiettivo è perseguito - facendo salvi i diritti dei lavoratori - consentendo alle imprese e agli imprenditori che si trovano in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a misure nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva per la prosecuzione delle loro attività, laddove vi siano effettive possibilità di risanamento, con l'obiettivo di essere esdebitati con procedimenti efficienti, tali cioè da garantire in un ragionevole lasso di tempo l'opportunità di rientrare nel ciclo produttivo. Le predette misure dovrebbero,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

nel contempo "*impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso*" (considerando 1 della Direttiva *"insolvency"*).

Rispetto a questo obbiettivo, risulta speculare l'opposta esigenza che le imprese **non risanabili** vengano liquidate senza ritardo, al fine di evitare che la ristrutturazione sia inefficace e finisca per aggravare la situazione di difficoltà in cui si trova il debitore, con accumulo di ulteriori perdite ai danni dei creditori, delle altre parti interessate dal processo di risanamento e del sistema economico in generale.

In quest'ottica, il legislatore ha rivisto più volte, la nozione stessa di "crisi", declinata oggi come *"stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi"*, apprestando inoltre uno strumento - quello della composizione negoziata (attuabile attraverso un percorso - del tutto estraneo rispetto alle procedure concorsuali regolate dal Codice - volontario e stragiudiziale) - che prevede quale presupposto una situazione di pre-crisi, o crisi incipiente (intesa come probabilità di futura crisi), con lo scopo di sensibilizzare e allo stesso tempo responsabilizzare l'imprenditore nella salvaguardia dei valori dell'impresa, inducendolo, o meglio obbligandolo, ad attivarsi tempestivamente, anche prima dell'insorgenza della situazione di crisi, per superare in maniera efficace le difficoltà insorte.

In tale contesto, si affaccia la figura dell'*advisor* legale, un avvocato esperto in gestione della crisi di impresa, il cui compito è diretto a supportare l'attività dell'imprenditore nella delicata fase di manifestazione della crisi, e anche, oggi, al verificarsi dei primi indici sintomatici di tale stato, consentendogli una scelta consapevole tra i vari rimedi legali offerti dalla normativa di settore per la soluzione e il superamento della crisi aziendale.

In particolare,

le **funzioni** dell'*advisor* legale possono essere ricondotte a due tipologie:

- **consultiva ed eventualmente contenitiva**, ovvero di assistenza all'imprenditore:
  1. nell'analisi del proprio patrimonio aziendale nelle sue molteplici componenti;
  2. nella conseguente elaborazione di azioni appropriate volte gradatamente a evitare la dispersione di tale patrimonio, a preservarlo e - ove possibile - a ulteriormente valorizzarlo;
  3. nell'orientare le scelte imprenditoriali conformemente all'effettiva situazione della società e comunque nell'ottica della tutela del ceto creditorio;
  4. nell'operare una convincente dissuasione in ordine al compimento di condotte confliggenti con gli interessi della società e dei suoi creditori;
- **costruttiva**, ovvero di individuazione di un percorso teso al risanamento dell'impresa e/o alla salvaguardia dei valori che la compongono.

11.4.1 La funzione consultiva e contenitiva

Nessuna attività di assistenza può riuscire senza che tra l'imprenditore e l'*advisor* si sia creato un rapporto di virtuosa collaborazione, fiducia e trasparenza.

E tale condizione potrà verificarsi solo laddove l'*advisor*, dopo aver analizzato e compreso la realtà aziendale, abbia avuto la capacità di far emergere e condividere insieme all'imprenditore i

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

motivi genuini della crisi e, nel quadro degli strumenti offerti dal legislatore, individuato con lui il miglior percorso per la sua possibile soluzione.

Nessuna soluzione sarà naturalmente possibile ove l'*advisor* non abbia reso l'imprenditore un soggetto consapevole che la propria individuale tutela e il proprio interesse non sono altro che il *verso* della stessa medaglia, che vede scolpiti i precetti della salvaguardia aziendale e della tutela dei creditori.

Soltanto dopo aver disinnescato il conflitto latente tra interesse individuale e interesse sociale e, quindi, solo dopo aver creato una effettiva convergenza tra questi, l'*advisor* potrà avere finalmente contezza dell'effettiva situazione in cui versa la società, comprendere le cause della difficoltà e/o della crisi e valutare con l'imprenditore quale sia lo strumento più idoneo da adottare.

Uno degli obiettivi della riforma è proprio quello di fornire all'imprenditore gli strumenti necessari a intercettare eventuali segnali prodromici di una probabile futura crisi aziendale, anticipandone quanto più possibile l'evenienza, e quindi attuare e promuovere autonomamente un processo di risanamento o di ristrutturazione con l'ausilio di figure professionali specializzate.

In tale frangente il *focus* dell'imprenditore deve essere, da una parte, quello di conservazione e valorizzazione del patrimonio aziendale e, d'altra parte, quello di evitare il compimento di atti lesivi quali, a titolo esemplificativo:

- **aggravare il dissesto**, ponendo in essere atti depauperativi e/o antieconomici per l'impresa. E così a titolo esemplificativo la dismissione di *asset* a prezzi non di mercato per procurarsi liquidità, l'avvio di nuove iniziative economiche in assenza di marginalità, la vendita di *asset* strategici che compromettano il complessivo valore aziendale;
- **eseguire pagamenti preferenziali** e così effettuando il pagamento di creditori meno garantiti in danno di creditori maggiormente garantiti in virtù del grado di privilegio che li assiste, come nel caso del pagamento di fornitori chirografari non strategici in danno di altri creditori il cui credito risulti munito di privilegi generali (lavoratori, professionisti, erario eccetera);
- **porre in essere atti in conflitto**, perseguendo i propri interessi patrimoniali in contrasto con quelli della società e, quindi, dei creditori sociali. E così a mero titolo esemplificativo, provvedere al pagamento di creditori bancari chirografari al fine di veder ridotto l'ammontare delle garanzie personali collaterali in precedenza rilasciate agli stessi istituti di credito.

Saranno questi ultimi, infatti, i primi destinatari delle suddette cautele, poiché la salvaguardia e la valorizzazione degli *asset* aziendali mirano alla conservazione del patrimonio sociale, per consentire all'imprenditore di onorare le obbligazioni assunte nei confronti dei creditori.

A tal fine la figura dell'*advisor* è essenziale: quest'ultimo ha, tra gli altri, il compito di guidare l'imprenditore nel percorso di qualificazione dei propri debiti, *in primis* distinguendo i creditori sulla base dell'ordine dei privilegi e, infine, individuando tra questi quelli cosiddetti strategici, ovvero essenziali alla continuazione dell'attività aziendale.

A ciò consegue che l'imprenditore è tenuto a operare sulla scorta di tali criteri durante la quotidiana attività dell'impresa, al precipuo fine di salvaguardarne la continuità e i valori.

In conclusione, la riforma mira a cambiare radicalmente l'approccio dell'imprenditore che, davanti a un momento di crisi, dovrà essere in grado di prevenirla, conoscerne i sintomi, accettarla e quindi di affrontarla mediante l'applicazione dei suddetti principi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.4.2 La funzione costruttiva

Una volta condivisi con l'imprenditore i principi di salvaguardia, valorizzazione e tutela del patrimonio sociale, la funzione dell'*advisor* legale si concentra sull'individuazione del percorso più idoneo a superare il momento di difficoltà.

A tal fine, l'*advisor* deve in primo luogo valutare il grado di crisi in cui versa la società, così da poter poi identificare quale sia lo strumento più adatto al suo superamento, mediante gli istituti messi a disposizione dell'ordinamento e così in particolare, oltre alla composizione negoziata (ed ai suoi possibili esiti, di cui si è scritto prima):

- **stragiudiziali**:
  1. **accordi stragiudiziali *tout court***, ovvero intese con i singoli creditori il cui raggiungimento è possibile qualora la società versi in uno stato di difficoltà non grave e facilmente superabile; tra questi possono annoverarsi anche gli accordi con i creditori che conseguono al buon esito della composizione negoziata della crisi, attuata per il tramite dell'esperto, su espressa istanza del debitore ai sensi dell'articolo 12 del Codice: per la descrizione di detti accordi si rimanda a quanto descritto in precedenza;
  2. **accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento** (articolo 56 del Codice, *ex* articolo 67, lettera *d)* legge Fallimentare), ovvero piani che mirano al risanamento dell'esposizione debitoria e al riequilibrio della situazione finanziaria;
- **giudiziali**:
  1. **accordi di ristrutturazione dei debiti** (articolo 57 del Codice, *ex* articolo 182 *bis* della legge Fallimentare), ovvero intese omologabili a condizione che siano stipulati con creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Tali accordi sono riservati all'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, che si trovi in stato di crisi o insolvenza;
  2. **piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione** (articolo 64 *bis* del Codice), ovvero un istituto di nuovo conio - introdotto per dare attuazione alle previsioni degli articoli 9, 10 e 11, paragrafo 1, della Direttiva *insolvency* - avente le seguenti peculiari caratteristiche: (a) in presenza del consenso sul piano espresso da tutte le classi, non vi è alcun accertamento svolto d'ufficio dal Tribunale sulle condizioni del piano, e quindi neanche sul rispetto della *par condicio creditorum;* il Tribunale si limita a controllare la ritualità della procedura, la regolarità delle operazioni di voto e la corretta formazione delle classi*;* (b) il debitore che incontri il consenso di tutte le classi, sia pure con le regole di maggioranza ad esse interne, non deve rispettare i vincoli distributivi dell'articolo 84, sesto comma, del Codice, ma è libero di distribuire il valore in deroga non solo agli articoli 2740 e 2741 del Codice civile, ma anche, più in generale, alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione (e ciò perché, diversamente da quanto accade in qualunque forma di esecuzione forzata, individuale o concorsuale, in caso di unanimità il debitore non è tenuto a rispettare il principio della parità di trattamento e dell'ordine delle prelazioni).
  3. **concordato minore** (articoli 74 ss. del Codice), ovvero una procedura di composizione concordata della crisi riservata principalmente al professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo e alle *start-up* innovative;
  4. **concordato semplificato** (articolo 25 *sexies* del Codice), ovvero una procedura di nuovo conio, che consegue alla composizione negoziata, ove le trattative si siano svolte secondo correttezza e buona fede e non abbiano avuto esito positivo, se le soluzioni indivi-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

duate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2 del Codice della crisi non risultino praticabili; la proposta di concordato semplificato è solo per cessione dei beni e si caratterizza (a) per l'assenza del Commissario Giudiziale (al suo posto il Tribunale nomina un ausiliario *ex* articolo 68 Cpc); (b) per il diverso *wording* (foriero di prevedibili dibattiti dottrinali e giurisprudenziali) che individua il requisito della convenienza per l'omologa (ferme le doverose verifiche in merito alla regolarità del contraddittorio e del procedimento, al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e alla fattibilità del piano di liquidazione) nell'assenza di pregiudizio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare (mentre, come noto, il classico concordato preventivo richiede un positivo giudizio di convenienza);

5. **concordato preventivo** (articoli 84 ss. del Codice, *ex* articolo 161 legge Fallimentare), ovvero una procedura di composizione concordata della crisi, finalizzata a realizzare il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio e riservata all'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale;
6. **liquidazione giudiziale** (articoli 121 ss. del Codice, *ex* articoli 1 ss. legge Fallimentare), ovvero la procedura che sostituisce il fallimento e che è finalizzata a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente, ripartendo il ricavato in favore dei creditori sulla base della graduazione dei loro crediti. Questa è riservata all'imprenditore commerciale e, quindi, a chi esercita, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale o artigiana;
7. **liquidazione controllata** (articoli 268 ss. del Codice), ovvero un procedimento equivalente alla liquidazione giudiziale, finalizzato alla liquidazione del patrimonio e riservato al consumatore, al professionista, all'imprenditore agricolo, all'imprenditore minore e a ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, che si trovi in stato di crisi o di insolvenza.

Il dovuto contemperamento tra scelte imprenditoriali e Codice si manifesta in modo evidente nell'ipotesi - più che ricorrente nella pratica - di conclusione, antecedentemente all'accesso a una procedura concorsuale quale il concordato preventivo o la liquidazione giudiziale, di un contratto di affitto d'azienda (o ramo di essa) con offerta irrevocabile di acquisto.

In tali casi l'*advisor* assume un ruolo chiave: egli dovrà infatti fornire assistenza all'imprenditore nelle trattative con i potenziali interessati all'azienda (o ramo di essa) e assisterlo nella redazione di un contratto appropriato.

In tale situazione l'*advisor* dovrà avere cura non solo che siano salvaguardati i livelli occupazionali e il *core business* dell'impresa assistita, ma anche che venga adeguatamente tutelato il complesso del ceto creditorio:

- *ex ante,* evitando che mediante la stipula di un contratto di affitto d'azienda (o ramo di essa) vengano poste in essere condotte sostanzialmente depauperative del patrimonio aziendale;
- *ex post*, da una parte consentendo agli organi della procedura forme di controllo che permettano di verificare la corretta conduzione dell'azienda concessa in affitto, d'altra parte evitando che siano inserite previsioni contrattuali che possano limitare o addirittura escludere il meccanismo competitivo previsto per la vendita aziendale. Ed è per tali ragioni che l'*advisor* deve necessariamente conoscere la normativa in materia e gli specifici principi che la sovraintendono, conciliandoli con le esigenze della *governance* aziendale.

La **specializzazione dell'*advisor*** è, quindi, determinante per supportare l'imprenditore in una scelta cruciale e consapevole: optare per la continuità aziendale o per la liquidazione dell'attività e, di conseguenza, predisporre il piano volto al risanamento o alla liquidazione dell'impresa.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

11.5 L'intervento dell'advisor nell'elaborazione del piano e della proposta

Il ruolo dell'*advisor* diventa essenziale nella successiva elaborazione dei contenuti (che normalmente sfociano in un piano e una proposta) da proporre ai creditori e da porre a fondamento dell'istituto prescelto per fronteggiare la situazione di difficoltà o di crisi in cui versa la società.

È proprio in questo frangente che le competenze tecnico- giuridiche dell'avvocato assumono una veste "fattiva" nell'*iter* volto a ottenere il risanamento della società.

11.5.1 Le soluzioni stragiudiziali

Negli accordi di natura stragiudiziale il ruolo dell'*advisor* risulta particolarmente delicato, posto che le decisioni che vengono assunte dall'imprenditore per risolvere stragiudizialmente - e dunque in piena autonomia - la situazione di difficoltà o di crisi in cui versa la società, non sono soggette ad alcuna verifica da parte del tribunale o da organi preposti.

11.6 Il rischio

Assumere delle decisioni che, in caso di mancata riuscita del piano stragiudiziale e conseguente accesso a soluzioni giudiziali della crisi, siano valutate negativamente dalle autorità, tanto da assumere il connotato di veri e propri atti illeciti rilevanti civilisticamente e anche penalmente.

Si pensi al caso in cui l'attivo della società venga destinato al pagamento di creditori chirografari prima di aver estinto il passivo privilegiato o peggio al pagamento di creditori di stesso grado, in misura diversa. Si pensi ancora al caso in cui l'imprenditore decida di finanziare la propria soluzione stragiudiziale della crisi, mediante l'alienazione di rilevanti *asset* sociali a valori, o mediante negozi, che vengano reputati a posteriori non congrui o lesivi.

L'assistenza dell'*advisor* costituisce, in questo caso, un contributo fondamentale per operare scelte non soltanto equilibrate per l'impresa, ma anche sicure per l'imprenditore.

Ma non basta.

L'*advisor* legale specializzato in materia concorsuale, garantisce l'imprenditore anche sotto il profilo delle trattative volte a convincere interlocutori qualificati - quali i creditori istituzionali e bancari dell'impresa - circa la bontà del piano prescelto per la soluzione della crisi.

Non vi è dubbio che la riconosciuta competenza dell'*advisor* prescelto renda l'imprenditore un interlocutore credibile.

11.6.1 Le soluzioni giudiziali diverse dalla liquidazione giudiziale e controllata

Negli accordi di natura giudiziale, diversi dalla liquidazione giudiziale e controllata, l'*advisor* assume un ruolo unico e infungibile. Egli, in ragione della propria specifica competenza e della propria esperienza diretta, diventa infatti l'unico soggetto in grado di presentare, sostenere e - se del caso - difendere il piano e la proposta elaborati dall'imprenditore davanti alle possibili critiche che i soggetti istituzionali deputati (ovvero *in primis* l'esperto nella fase della composizione negoziata, l'ausiliario nominato dal Giudice ai sensi degli articoli 19 e 25 *sexies* del Codice della crisi, e infine il Commissario Giudiziale), ovvero il Tribunale possano muovere ad esso.

Considerando che questi interlocutori sono tutti soggetti altamente specializzati, che spesso

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

si occupano in via esclusiva della materia concorsuale, appare evidente il ruolo fondamentale assunto in questi frangenti dall'*advisor* legale.

Detto ruolo si compendia nelle seguenti funzioni di:

- **filtro**, poiché, da una parte, assicura all'imprenditore che il piano e la proposta elaborati di concerto, siano veicolati secondo gli standard tecnici richiesti dagli interlocutori istituzionali cui si rivolgono, con ciò rendendo il piano e la proposta intellegibili, non equivoci e dunque passibili di un proficuo confronto; d'altra parte assicura all'imprenditore:
  1. di presentare con immediatezza, chiarezza e adeguata tecnicalità le proprie richieste;
  2. di comprendere con piena consapevolezza quelle provenienti dagli interlocutori istituzionali;
- **mediazione**, assicurando all'imprenditore l'assistenza necessaria per formulare istanze e richieste che medino nel contempo tra gli interessi della società e le aspirazioni dell'imprenditore medesimo, eliminando tutti quei profili di conflitto che renderebbero tali istanze inaccoglibili;
- **adeguata conoscenza del foro**, e quindi di quali siano gli orientamenti e le sensibilità degli interlocutori istituzionali che vigilano e giudicano sul piano e sulla proposta elaborati dall'imprenditore. Questo valore aggiunto è ancora più importante laddove si consideri che - in ragione dei plurimi e spesso contrastanti orientamenti giurisprudenziali dei diversi fori - si può davvero parlare in questa materia di un diritto municipale della crisi d'impresa.

11.6.2 Un caso pratico: il ruolo dell'advisor legale nella crisi delle imprese orafe

Un emblematico caso di potenziale conflittualità dei ruoli tra l'*advisor* legale e l'organo amministrativo e di controllo si riscontra di frequente nei casi di crisi aziendale delle imprese orafe, le quali operino con il sistema bancario con la forma di **finanziamento** comunemente definita come "**prestito d'uso d'oro**".

Come noto tali imprese operano nel settore della lavorazione e commercializzazione di gioielli lavorati in oro e sono geograficamente collocate nei tre distretti "orafi" di Vicenza, Arezzo e Valenza.

Tale tipologia di finanziamento consiste operativamente nella consegna all'imprenditore orafo di una certa quantità di lingotti d'oro, dietro il corrispettivo di interessi convenzionali (calcolati sul valore crescente che l'oro assume in costanza di rapporto, sulla base del *fixing* di Londra *pro tempore* vigente e regolati in dollari Usa, al controvalore in euro al momento dell'addebito) e l'obbligo di restituzione delle *res fungibile* prestata, alla scadenza contrattualmente prevista, ovvero di restituzione all'istituto di credito di un importo di denaro pari al controvalore dell'oro al momento della riconsegna, calcolato anch'esso sulla base del *fixing pro tempore* vigente, quale modalità alternativa di estinzione del finanziamento.

Dopo un non breve dibattito dottrinario e un lungo, ma unanime, cammino giurisprudenziale, la Corte di Cassazione (ordinanza 4 ottobre 2017, n. 23171) ha sancito il principio di diritto che tale tipologia di finanziamento rientra o comunque è assimilabile alla disciplina tipica del **contratto di mutuo**, con la conseguente applicazione al rapporto delle norme di cui agli articoli 1813, 1814 ss. del Codice civile, nonché del Tub di cui al Dlgs 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni.

Nonostante l'affermazione di tale principio giurisprudenziale e l'esplicita analoga interpretazione fornita dalla agenzia delle Entrate (parere del 15 novembre 2011, protocollo 954-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

134032/2011), la gran parte delle imprese dei distretti orafi citati tratta contabilmente tali rapporti secondo la loro **qualificazione formale** ("prestiti di uso d'oro" o "prestiti di uso d'oro con riserva della proprietà"), ovvero come se i lingotti d'oro oggetto del "prestito" rimanessero in proprietà degli istituti di credito anche dopo la formale consegna all'impresa e fino alla restituzione alla banca della medesima *res fungibile* (i lingotti d'oro aventi le stesse caratteristiche e qualità), ovvero fino al pagamento del suo controvalore, al momento dell'estinzione dell'obbligazione.

Tale interpretazione e qualificazione, errata secondo la Corte di Cassazione e i tribunali di merito, anch'essi unanimi sul punto (Tribunale di Milano 22 giugno 1995, n. 6735; Tribunale di Sondrio 27 gennaio 2015; Ctp Firenze 6 febbraio 2012, n. 8; Tribunale di Arezzo 12 novembre 2015, n. 1249), ha portato e porta tutt'ora la gran parte delle imprese orafe a iscrivere i lingotti d'oro ricevuti in finanziamento dalle banche nella voce "conti d'ordine" in Nota integrativa dei propri bilanci.

In altri termini i finanziamenti "in oro fisico" ricevuti dalle banche, vengono erroneamente trattati contabilmente dalle imprese orafe come "beni di proprietà di terzi" (gli istituti di credito) presso l'impresa; con la conseguenza che queste portano tra i componenti negativi di reddito dell'esercizio esclusivamente l'importo dei corrispettivi convenuti per la "concessione in uso dell'oro", ovvero unicamente gli interessi contrattualmente pattuiti con la banca.

Viceversa gli istituti di credito "mutuanti" trattano nei propri bilanci e iscrivono nella Centrale rischi interbancaria tali prestiti sotto la voce "altri finanziamenti"; non come "beni propri presso terzi".

Dunque la corretta interpretazione e qualificazione giuridica del rapporto di "prestito d'uso d'oro", operata secondo le previsioni dell'articolo 1362 ss. Cc e la precisa indicazione della Corte di Cassazione (ordinanza 23171/2017 citata) cui non può certamente sottrarsi l'*advisor* legale, porta spesso quest'ultimo a dover sollecitare l'organo amministrativo e quello di controllo della società cliente, che affronta lo stato di crisi, a una **profonda rivisitazione complessiva delle poste di bilancio**.

I lingotti d'oro oggetto del "prestito d'uso" andranno infatti appostati a bilancio sotto la voce "Rimanenze", dell'Attivo circolante dello Stato patrimoniale, al valore che essi avevano al momento della consegna all'impresa (ovvero alla data che reca il documento di trasporto), nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 1814 Cc; o, al più tardi, al valore che essi avevano al momento della loro lavorazione (Tribunale di Arezzo 1249/2015, che ha ritenuto che la lavorazione della materia prima integrasse implicitamente l'esercizio dell'opzione contrattuale di acquisto). Il corrispondente debito verso gli istituti di credito dovrà essere iscritto al medesimo valore, nella voce "debiti verso banche", nel Passivo dello Stato patrimoniale.

Analoghi mutamenti subirà il Conto economico. I lingotti d'oro trasferiti in proprietà all'impresa orafa al momento della consegna, o al più tardi al momento della lavorazione, dovranno essere contabilizzati in un conto negativo di reddito (che potrebbe essere certamente il conto "acquisti di materie prime") per un importo pari al valore del metallo mutuato; cui corrisponderà la voce "mutui passivi" per pari importo nel passivo dello stato patrimoniale; mentre nell'attivo si procederà alla valorizzazione delle rimanenze in modo normale.

La materia prima (i lingotti d'oro oggetto del finanziamento) in tal modo entrerà in modo ordinario nel "ciclo produttivo" dell'impresa, divenendo semilavorato e prodotto finito, generando al momento della vendita al cliente la corrispondente voce di "ricavi" del conto economico; dando in tal modo pieno titolo all'impresa orafa, oltre che sul possesso, anche sulla proprietà della merce venduta, che viene trasferita già al momento della consegna in ossequio all'articolo 1814 Cc.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nell'esperienza pratica la descritta opera di riqualificazione dei rapporti giuridici, che compete certamente all'*advisor* legale (ovvero al giurista d'impresa, figura spesso ancora sottovalutata nell'attuale contesto economico- imprenditoriale) fa spesso emergere situazioni di forte distonia tra l'avvocato e l'imprenditore suo cliente. E ciò ancor più nei momenti di crisi dell'impresa, quando tali "riclassificazioni" investono la struttura del bilancio e quindi il ruolo dei soggetti interessati alla loro corretta redazione: amministratori, sindaci e revisori dell'impresa.

Nel sistema previgente la riforma il tema descritto, mai compiutamente risolto, emergeva spesso dopo il conferimento del mandato all'attestatore del piano di risanamento *ex* articolo 67, dell'accordo di ristrutturazione *ex* articolo 182 *bis* o della procedura concorsuale minore *ex* articolo 160 legge Fallimentare, investito del delicato compito di attestare la veridicità del dato contabile sotto la propria responsabilità, anche penale.

Travolgeva di riflesso, ma con profili di analoga se non superiore responsabilità, amministratori, sindaci e revisori dell'impresa, rimettendo in discussione anche il lavoro eseguito dall'*advisor* incaricato della redazione del piano industriale e finanziario funzionale alla presentazione del ricorso *ex* articolo 182 *bis* o *ex* articolo 160 legge Fallimentare.

Quanto all'attestatore, specie per i profili di responsabilità oggettiva che coinvolgevano il suo ruolo, ci si chiedeva se costui potesse limitarsi a recepire *acriticamente* i valori contabili iscritti a bilancio nei confronti degli istituti di credito e risultanti dagli estratti conto, quasi sempre passivi, o non dovesse piuttosto effettuare una autonoma e approfondita verifica anche di tali poste (opzione certamente preferibile), ricorrendo ove necessario anche all'ausilio di tecnici dallo stesso incaricati.

Ci si muoveva comunque nell'ambito, quanto mai delicato, dei comportamenti che potevano risultare rilevanti anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 173 della legge Fallimentare.

In vista dell'entrata in vigore della riforma la situazione non pare mutata, ancorché si sia ampliata la platea dei soggetti protagonisti della crisi aziendale.

Appare anzi trasferito a costoro un **ruolo** di superiori responsabilità rispetto al sistema previgente, specie nell'ambito dei rapporti con l'organismo di composizione della crisi, laddove in particolare venga richiesto a quest'ultimo da parte del debitore, ai sensi dell'articolo 19, comma 3 del Codice, di attestare la **veridicità dei dati aziendali**. Deve infatti ritenersi che tale previsione normativa, trasferendo all'Ocri le responsabilità e i compiti assimilabili a quelli che nel previgente sistema gravavano sull'attestatore, specie in relazione a profili (talmente) tecnici quali quelli in esame, "espanda" sotto tale profilo la responsabilità degli organi amministrativi e di controllo dell'impresa; e che proporzionali responsabilità, pur esclusivamente di natura professionale, investano l'*advisor* legale, culminando nella funzione consuntiva e contenitiva descritta precedentemente.

Senza pretesa di esaustività, chi scrive reputa che nei casi quali quello in esame l'*advisor* legale che assiste l'imprenditore debba rilasciare un analitico parere professionale, trasmettendolo ad amministratori, sindaci e revisori dell'impresa, chiedendo darsene atto nei rispettivi libri verbali.

Gli organi amministrativi dell'impresa dovranno svolgere con gli organi di controllo le necessarie ed eventualmente ulteriori verifiche tecniche, anche a mezzo di consulenti specializzati, verificando la fondatezza della riqualificazione giuridica dei rapporti operata dall'*advisor* legale. All'esito positivo di tale verifica, essi non potranno non recepire, quantomeno nelle poste del bilancio in corso di approvazione, le indicazioni della Corte di legittimità o dell'agenzia delle Entrate segnalate dall'avvocato, osservando i principi contabili di prudenza; e ciò anche nel caso in cui ciò possa comportare una sostanziale rivisitazione della struttura contabile del bilancio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ove poi l'organo amministrativo, in coerenza con quanto sopra, agisse con successo per ottenere stragiudizialmente o giudizialmente la ricognizione della proprietà dell'oro oggetto di finanziamento *ex* articolo 1814 Cc e la rideterminazione del saldo passivo nei confronti dell'istituto di credito interessato, dovrà porsi anche l'ulteriore tema (affatto irrilevante) della **necessità di riapprovare i bilanci** degli esercizi precedenti, **già depositati** in Camera di commercio.

In tal caso, a parere di chi scrive, occorrerà convocare l'assemblea per la riapprovazione dei bilanci difformi depositati, e provvedere a un nuovo deposito nel Registro delle imprese. Successivamente in coerenza con il diverso risultato degli esercizi, occorrerà presentare la rettifica delle dichiarazioni dei redditi interessate.

Solo nell'ambito di un contesto informativo caratterizzato dalla descritta ampiezza di informazioni e delle coerenti iniziative intraprese, l'organo amministrativo potrà correttamente "trasferire" all'organismo di composizione della crisi il compito (e la conseguente "responsabilità") di attestare la veridicità del dato aziendale, ai sensi dell'articolo 19 del Codice.

Ove diversamente l'organo amministrativo non si attivi secondo quanto sopra descritto, l'*advisor* legale dovrà, a parere di chi scrive, non accettare il mandato proposto o rassegnare quello già conferito, indicando in separata missiva i motivi di potenziale conflittualità con l'impresa cliente, divenuti successivamente ragioni di giuridica divergenza.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 12

L'advisor finanziario, negoziatore con i terzi

Vincenzo Maria Marzuillo

SOMMARIO: 12.1 Il ruolo e le competenze dell'advisor finanziario – 12.2 L'attività, la struttura e le fasi

Come noto, uno degli obiettivi cardine della riforma della crisi d'impresa concerne l'individuazione tempestiva della situazione di crisi e, di conseguenza, la predisposizione di adeguati assetti societari, procedure e strumenti, in grado di permettere agli imprenditori di recuperare l'equilibrio economico finanziario compromesso o danneggiato da un eventuale stato di crisi.

Pertanto, al fine di evitare l'immobilismo gestorio a fronte delle prime difficoltà o il conseguente utilizzo di procedure concorsuali più invasive, che non garantiscono la tutela della continuità aziendale, il legislatore ha richiesto all'imprenditore di operare un vero e proprio cambiamento culturale, fondato totalmente sull'adozione di un approccio valutativo di tipo prospettico dell'attività gestoria (c.d. *forward looking approach*), per incentivare gli imprenditori ad intervenire repentinamente e celermente sulle cause che hanno o potrebbero determinare un peggioramento della situazione economico-patrimoniale dell'impresa. Approccio questo, originariamente fondato sull'adozione di particolari strumenti di allerta, composizione assistita della crisi e degli OCRI, la cui entrata in vigore, prevista in data 31 dicembre 2023, avrebbe senz'altro previsto un maggior coinvolgimento diretto degli *advisor* nella fase preliminare di monitoraggio della salute dell'impresa.

Tuttavia, il perdurare dello stato di crisi economica, condizionata dalla pandemia di Covid 19, e l'approvazione delle ultime modifiche recepite con il Dlgs n. 83 del 2022 in attuazione della Direttiva (Ue) 2019/1023, (c.d. Direttiva *Insolvency)*, hanno portato il legislatore a reinventare completamente la disciplina dell'*early warning* prevista con la prima stesura del nuovo Codice della crisi.

Così facendo, gli strumenti di allerta inizialmente presentati, ovvero l'istituto della composizione assistita della crisi e gli OCRI sono stati abrogati (senza mai essere entrati in vigore), cedendo il posto all'innovativo percorso di composizione negoziata della crisi, introdotto dal Dl 118/2021 e successivamente inserito nel titolo II del CCI in loro sostituzione. Tale intervento, non modifica, però, il ruolo fondamentale che sarà chiamato a svolgere l'*advisor* nell'immediato futuro. Questo perché, l'entrata in vigore del Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza (differita al 15 luglio 2022 dal c.d. decreto Pnrr 2 pubblicato sulla *Gu* 100 del 30 aprile 2022), anche in virtù delle modifiche appena descritte, cercherà di incentivare l'uso di metodologie e strumenti a carattere stragiudiziale (quali per l'appunto la composizione negoziata) per garantire maggiore flessibilità di manovra nella risoluzione delle diverse problematiche che potrebbero manifestarsi in capo alle PMI. Inoltre, la disciplina dell'*early warning* è stata altresì rinforzata grazie all'introduzione

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di alcuni "segnali di allarme" individuati dall'articolo 3, comma 4 del nuovo Codice della crisi, oltre che dall'inserimento dei novelli articoli 25 *novies,* che disciplina l'obbligo di segnalazioni anche da parte dei creditori pubblici qualificati, e. 25 *octies* che introduce l'obbligo di segnalare per iscritto all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per l'accesso alla composizione negoziata della crisi. L'imprenditore sarà quindi tenuto, se non obbligato, a muoversi immediatamente per l'attivazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero del *going concern*.

Pertanto, in questa fase di cambiamento culturale, è necessario che l'*advisor* assista l'imprenditore nella fase preliminare di monitoraggio della salute dell'impresa, coadiuvandolo nel dotarsi di assetti organizzativi adeguati all'attività svolta in forma sociale o collettiva, previa analisi della struttura societaria, rilevando la situazione economico-patrimoniale- finanziaria-*cash flow* anche in ottica prospettica.

Inoltre, un suo intervento diretto potrebbe essere richiesto tanto per la corretta compilazione del c.d. test pratico, necessario per valutare l'idoneità a richiedere l'apertura del procedimento di composizione negoziata, tanto per la formulazione successiva di un piano industriale che, partendo dai dati degli esercizi precedenti, sviluppi bilanci prospettici da cui si possa evincere l'effetto della strategia di risanamento sulle variabili che hanno determinato l'emersione dello stato di crisi.

Ricordiamo, infatti, come anche solo ai fini della mera presentazione della domanda di apertura dello strumento, sia necessario allegare un progetto di piano di risanamento, un piano di tesoreria e anche una relazione recante l'individuazione delle iniziative che egli intende intraprendere. Tale progetto di piano, redigibile seguendo la *check-list* ministeriale; dovrà evidenziare il *pattern* da seguire sia negli aspetti qualitativi che quantitativi, muovendo dalla situazione contingente fino alla formazione delle diverse proposte da avanzare, durante la fase di negoziazione, agli *stakeholder*.

Attività, queste, difficili da svolgere unicamente dal solo imprenditore che, anche al fine di instaurare un maggior grado di fiducia dagli altri interlocutori, sia in caso di avvio di un processo di *turnaround* che nel caso di apertura di procedimento di composizione negoziata, potrà richiedere il supporto dell'*advisor* in ogni singola fase dei processi evidenziati.

ARTICOLO 3, COMMA 4 CCI

"Costituiscono segnali per la previsione di allarme per gli effetti di cui al comma 3:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1."

Il rapporto contrattuale che nasce tra il consulente e l'impresa si inquadra nella figura dell'incarico di prestazione d'opera professionale di cui all'articolo 2230 Cc che l'impresa conferisce all'*advisor*, il quale avrà previamente individuato, sulla scorta di alcune informazioni preliminari sull'azienda, il perimetro dell'intervento di consulenza richiesto, le criticità da risolvere, i tempi

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

occorrenti e, più in generale, il contenuto dell'incarico professionale con le sue difficoltà e i suoi tempi di svolgimento, come anche richiamato dall'articolo sull'intervento dell'*advisor* legale.

Va da sé che per giungere a sviluppare un documento di pianificazione strategica che contenga i desiderata espressi dal *management* aziendale, oltre che gli interventi opportuni e necessari per realizzare gli obiettivi prefissati, è necessario che tale rapporto tra azienda e *advisor* sia connotato da forte fiducia e competenza professionale, posto che al consulente in questione dovrà essere dato accesso a tutti i dati dell'azienda, anche quelli più "scomodi".

Onde evitare la divulgazione delle informazioni confidenziali dell'azienda, di cui inevitabilmente il consulente o *advisor* viene a conoscenza, nel contratto di mandato scritto ovvero in altra scrittura separata, le parti convengono un patto di riservatezza a tutela dei dati societari messi a disposizione del consulente o *advisor*.

A seconda delle competenze professionali specifiche, potremmo individuare **più categorie di advisor** cui l'impresa potrà e dovrà rivolgersi onde gestire e cercare di risolvere la crisi. E così a titolo esemplificativo ma non esaustivo:

- l'*advisor* **industriale/strategico**, che esamina lo stato in cui versa l'azienda individuando gli interventi potenzialmente risolutivi della crisi. Tale professionista sostiene e coadiuva il management dell'impresa nella scelta del piano industriale più idoneo, previo studio degli indici di crescita del mercato di riferimento, analisi della sostenibilità del piano, comparazione con altre ipotesi di piano alternativo rispetto alle dinamiche attese del settore;
- l'*advisor* **finanziario**, che analizza il fabbisogno finanziario necessario per eseguire il piano, individua la composizione dei flussi di cassa (in seguito anche *cash flow*) anche in maniera prospettica, controlla la coerenza tra gli impegni finanziari previsti, i flussi di cassa disponibili e le linee bancarie utilizzabili;
- altri consulenti come, per esempio, l'*advisor* legale o altri professionisti con **competenze specialistiche** in materia tributaria e/o di diritto del lavoro.

ARTICOLO 2086, COMMA 2, CC

"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".

Pertanto, se l'azienda è in crisi tutti tali consulenti/*advisor*, di concerto tra loro, e in *team*, affiancheranno l'Imprenditore nella scelta degli interventi strutturali e delle strategie da attuare, assumendo un ruolo di coordinatori/intermediatori, fungendo anche da filtro nei rapporti con altri consulenti, con i collaboratori, con il ceto bancario per gestire la rinegoziazione del debito, occupandosi della contrattualistica e scegliendo gli strumenti più idonei, smarcando tematiche inerenti la responsabilità degli amministratori, formulando proposte ai creditori, predisponendo patti modificativi di contratti preesistenti ai fini della ristrutturazione dell'indebitamento finanziario, negoziando eventuali cessioni d'azienda, e/o di partecipazioni e/ o degli immobili.

L'attività degli *advisor* nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione è rilevante, dunque, anche per il ruolo di mediatore che svolge tra l'Impresa da ristrutturare e il ceto creditorio, *in primis* gli istituti creditizi, nel precipuo interesse comune di tutelare il patrimonio aziendale e la redditività.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'assistenza degli *advisor* all'impresa in crisi è dunque essenziale al fine di ricercare gli strumenti più idonei per risolvere le criticità e uscire dallo stato di crisi.

All'*advisor* il compito di verificare tutti gli aspetti che interessano la vita dell'impresa, curando tanto la predisposizione del piano, non solo nel merito ma anche sotto il profilo documentale, che la gestione delle attività ordinarie in tempo di crisi, impedendo il compimento di atti o comportamenti che potrebbero esporre la *governance* ovvero gli organi di controllo al rischio di azioni di responsabilità civile o penale.

Tutti aspetti non superflui che richiedono l'attenzione dell'imprenditore e dei suoi consulenti.

I PASSAGGI PER AFFRONTARE UNA SITUAZIONE DI CRISI

Analisi del quadro esterno dell'impresa: prospettive del settore di mercato, segmentazione strategica, fattori critici di successo e analisi della concorrenza.
Analisi del quadro interno: cause della crisi, punti di forza e debolezza e programma di risanamento.
Strategie di turnaround: scelte di riposizionamento strategico, adeguamento dei processi aziendali, investimenti o disinvestimenti, interventi nell'area finanziaria.
Assetto finale da realizzare: aree di business da coltivare, posizionamento su prodotti e mercati e relativamente alla catena del valore, risorse tecnologiche e commerciali, riorganizzazione generale e obiettivi reddituali patrimoniali e finanziari.
Cfr. A. Danovi, *Procedure concorsuali per il risanamento d'impresa*, Milano 2014.

Ora concentriamoci sulla figura dell'*advisor* finanziario.

12.1 Il ruolo e le competenze dell'advisor finanziario

L'impresa di concerto con l'*advisor* finanziario negozia con i terzi i contenuti della manovra finanziaria. La decisione in merito ai contenuti della manovra finanziaria e alle sue componenti costituisce prerogativa dell'imprenditore o dell'organo amministrativo, se costituito in forma societaria.

Il ruolo dell'*advisor* finanziario nell'ambito della ristrutturazione del debito (in quanto questo può operare anche in contesti diversi, con ruoli e prerogative differenti) è di affiancare l'imprenditore nella diagnostica, nella identificazione dei percorsi e delle strategie di risanamento finanziario, nonché nella negoziazione e nella stipula degli accordi necessari alla esecuzione del piano.

L'*advisor* finanziario è un soggetto altamente specializzato, in particolare nella *corporate finance*, che deve svolgere le sue attività nella massima riservatezza, imparzialità e trasparenza. È per questo motivo che frequentemente funge da *team leader* nell'ambito di operazioni che prevedono l'intervento di altri consulenti specializzati, quali per esempio la redazione di piani industriali che hanno come scopo il risanamento aziendale. Il compito dell'*advisor* finanziario può essere schematizzato in diverse attività, sviluppate lungo i seguenti **ambiti di indagine**:

- ricognizione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria attuale al fine di poter definire lo stato di salute contingente dell'azienda. Questa fase è svolta elaborando degli indici e dando una iniziale valutazione basata su affidabili metodi di *scoring*;
- definizione del *cash flow* o situazione finanziaria prospettica dei successivi mesi con costante monitoraggio dei flussi di cassa nel caso di crisi d'impresa, il tutto per pianificare lo sviluppo di manovre di contingenza in base alle risorse esistenti, analizzando, in partico-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

lare, la composizione dei flussi di cassa prospettici, il fabbisogno finanziario derivante dal piano e le linee bancarie utilizzabili;
- comprensione, anche mediante il supporto dell'*advisor* industriale, della complessità aziendale, intercettazione delle cause della crisi, individuazione dei possibili elementi di discontinuità su cui puntare per il rilancio;
- individuazione dello strumento legislativo di riferimento per la soluzione della situazione di crisi;
- attuazione delle azioni in grado di stabilizzare la situazione, bloccare l'emorragia di cassa e conservare la liquidità.

È pertanto fondamentale verificare preliminarmente l'esistenza di un patrimonio netto rettificato positivo, calcolato come la differenza tra le poste dell'attivo e del passivo dello stato patrimoniale, espressi alla data di valutazione.

In concomitanza con l'analisi economico-finanziaria e patrimoniale contingente e la definizione del *cash flow* a breve, l'*advisor* finanziario dovrebbe assumere, ragionevolmente dall'*advisor* industriale, tutte le informazioni necessarie a comprendere se il progetto imprenditoriale sia in grado di garantire un contesto di continuità gestionale nel medio-lungo periodo.

Anche a fronte di una eventuale rivisitazione del modello di *business*, l'*advisor* finanziario deve individuare la strategia più efficace, in particolare dal punto di vista finanziario, al fine di favorire il mantenimento degli elementi che costituiscono i vantaggi competitivi dell'impresa, e contribuire a fondare le basi finanziarie per uno sviluppo futuro in ottica di crescita e creazione di nuovo valore.

Successivamente, deve coordinarsi con l'*advisor* industriale per consentire e monitorare la realizzazione del piano industriale, affinché questo sia coerente con le strategie e la struttura finanziaria individuata.

12.2 L'attività, la struttura e le fasi

12.2.1 Attività diagnostica ante assunzione dell'incarico

Durante questa fase l'*advisor* finanziario accede all'azienda e alle informazioni che essa mette a disposizione per comprendere la natura dell'esigenza del cliente e determinare un primo *scope of- work*, vale a dire perimetrare le società e i relativi attivi oggetto dell'incarico, identificare le controparti, l'attività che l'incarico richiederà e il connesso livello di difficoltà, unitamente a una stima sommaria dei tempi di esecuzione.

Sempre in questa fase, l'*advisor* finanziario identificherà anche le eventuali ulteriori professionalità il cui intervento sia necessario o, in alternativa, informerà il cliente dei limiti relativi alla propria attività.

Questa fase si conclude con la stipula di un incarico professionale (cui solitamente viene attribuita data certa) il quale può prevedere un acconto iniziale, l'eventuale erogazione di compensi periodici e una eventuale *success fee* fissa o variabile.

12.2.2 Attività interna post conferimento dell'incarico

L'intervento dell'*advisor* finanziario in merito all'azienda è quello di costruire un *cash flow* o rendiconto finanziario in grado di evidenziare le dinamiche finanziarie, che pertanto mettono in risalto gli impieghi e le fonti di risorse in relazione alle operazioni di gestione aziendale. In

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

pratica si ha una migliore rappresentazione dei flussi di cassa della società rispetto alla rappresentazione che troviamo nel bilancio d'esercizio, che spesso si basa su stime non rappresentate da uscite di cassa. In sostanza avremo:

- **analisi della tesoreria**, sia iniziale, per comprendere la capacità dell'azienda di fare fronte alle proprie obbligazioni durante la fase negoziale iniziale o di predisposizione del piano, sia *rolling*, come strumento di previsione che consente di gestire in modo proattivo la liquidità aziendale - spesso modesta - durante le fasi finali della negoziazione. In funzione dell'esito del diagnostico, potrà porsi o meno la necessità di intervenire sul *cash flow*, sui rapporti con i creditori finanziari (*standstill*, nuova finanza eccetera);
- **analisi aziendale**, per comprendere le ragioni della crisi, la capacità della prima linea manageriale di implementare sia un'analisi strategica sia un eventuale *turnaround*, nonché la necessità di utilizzo di un *advisor* industriale esterno e/o di *temporary manager*;
- **analisi economica e patrimoniale**, onde valutare la capacità dell'azienda di operare nel rispetto dei requisiti di legge in termini di patrimonialità e di equilibrio economico.

All'esito dei preliminari esami diagnostici iniziali, *l'advisor* finanziario:

- può valutare di suggerire l'integrazione delle professionalità esistenti, anche alla luce di sopravvenuti mutamenti di contesto, che potrebbero richiedere l'utilizzo di diversi strumenti di risoluzione della crisi di impresa e comportare importanti conseguenze nella fase di predisposizione del piano;
- collabora con l'*advisor* industriale e/o il management alla definizione del piano industriale, fornendo il *framework* finanziario all'interno del quale svilupparlo (normalmente evidenziando le fonti di finanziamento disponibili, nonché quelle ulteriormente attivabili con ragionevolezza in base alla propria esperienza);
- predispone le linee guida della manovra finanziaria in accordo con la proprietà e il management e sulla base dell'evidenza dei flussi disponibili in base al piano industriale.

L'INTERVENTO DELL'ADVISOR FINANZIARIO, STRUMENTO D'INTERCONNESSIONE CON IL SISTEMA BANCARIO, ANALISI DEL CASH-FLOW E SOLUZIONE DELLA CRISI

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.2.3 Attività esterna post conferimento incarico

L'attività esterna dell'*advisor* finanziario comporta l'avvio di una fase di negoziazione con i creditori della società: in particolare, istituti di credito, istituzioni finanziarie e fornitori strategici, in forma bilaterale oppure collettiva (tavolo negoziale). Questa fase richiede altresì l'individuazione di proposte iniziali e linee guida per gli interlocutori interessati - sulla scorta degli esiti dell'analisi aziendale - in attesa della presentazione del piano industriale e della manovra finanziaria. Il tutto anche in funzione di una *disclosure* parziale o totale dei predetti esami diagnostici.

L'*advisor* finanziario assiste l'imprenditore nei confronti di queste categorie di soggetti nella rappresentazione della situazione attuale, sotto il profilo patrimoniale e in termini di *current trading* gestionale. Nell'ambito di questa attività l'*advisor* finanziario informa periodicamente (con cadenza stabilita tra le parti) gli interlocutori interessati circa la situazione economica e l'andamento delle principali poste finanziarie.

12.2.4 Definizione e negoziazione della manovra finanziaria

L'*advisor* finanziario, sentiti i principali interlocutori, interagisce con l'imprenditore e gli altri *advisor* allo scopo di individuare il miglior coordinamento tra piano e manovra, anche alla luce delle aspettative, delle difficoltà e delle limitazioni eventualmente poste nella precedente fase pre- negoziale a seguito dell'esposizione delle linee guida della manovra. In questo ambito, viene altresì selezionato, in accordo con l'*advisor* legale, lo strumento di risoluzione della crisi di impresa ritenuto più appropriato. La manovra finanziaria viene presentata dall'*advisor* finanziario ai soggetti interessati nel corso di incontri bilaterali o collegiali e poi rivista alla luce delle considerazioni sorte durante le negoziazioni, sino ad addivenire alla sua versione definitiva che sarà oggetto di ontrattualizzazione.

12.2.5 Coordinamento con altri operatori della crisi d'impresa

L'*advisor* finanziario in genere agisce in coordinamento con il *management* aziendale (tra cui il Cfo e gli organi apicali), con il consulente che opera nell'ambito della assistenza generale e contabile dell'azienda, con il consulente fiscale e con i periti eventualmente designati.

Esso ha altresì necessità di continuo coordinamento con l'*advisor* legale, l'*advisor* industriale e l'attestatore, se nominati.

12.2.6 Coordinamento con altri operatori estranei al team

- l'*advisor* finanziario interagisce altresì con operatori estranei al *team*, come:l'esperto nominato che conduce le trattative nell'ambito della composizione negoziata della crisi;collegio dei giudici, commissario giudiziale, giudice delegato e comitato dei creditori (se nominato) in caso di deposito di concordato, anche "in bianco", lavorando in parallelo per il piano e per la ricerca di un potenziale investitore, preparando le relazioni mensili per adempiere agli obblighi informativi periodici nella fase di preconcordato, supportando il Tribunale per la valutazione della fattibilità economica del piano, monitorando nella fase esecutiva e verificando la necessità di modifiche interagendo con il CG e l'attestatore;
- eventuali coadiutori o esperti di cui il collegio intenda avvalersi in fase di omologa qualora si tratti di accordo di ristrutturazione dei debiti.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

12.2.7 Monitoraggio delle performance aziendali

L'*advisor* finanziario si occupa del monitoraggio delle *performance* aziendali - ai fini della successiva rappresentazione agli azionisti - raffrontandole con l'andamento delle variabili ipotizzato nei documenti previsionali, che vengono consegnati nella fase iniziale di esecuzione del piano. Compete, quindi, a esso affiancare il *management* nell'elaborazione e nell'illustrazione ai terzi degli andamenti gestionali dell'azienda, al fine di verificare il rispetto dei *covenants* e delle obbligazioni derivanti dagli strumenti di risoluzione della crisi di impresa adottati.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 13

Il temporary manager e il chief restructuring manager

Silvia Sinigaglia

SOMMARIO: 13.1 L'attività del TM: struttura e fasi – 13.2 L'esecuzione del piano. Fattori critici per il successo del turnaround – 13.3 Da un mondo utopico alla realtà distopica – 13.4 Il temporary manager: uno, nessuno e centomila ruoli

La figura del *temporary manager* nasce e opera nei Paesi anglosassoni da ormai diversi decenni, dove rappresenta una professione qualificata e diffusa a supporto dei processi di trasformazione e ristrutturazione dell'impresa.

Il *temporary manager* è chiamato a svolgere, per un periodo di tempo limitato che solitamente non supera i 24 mesi, il ruolo di facilitatore di un percorso di cambiamento all'interno di un'organizzazione aziendale. Il suo incarico può riguardare un progetto circoscritto, ad esempio a una specifica area aziendale, o rivestire un ruolo molto più pervasivo, con assunzione di tutte le deleghe e le responsabilità necessarie a raggiungere gli obiettivi condivisi con i principali *stakeholder*.

Il *temporary manager* è più comunemente noto come *turnaround* o *restructuring manager (TM)* allorché interviene in imprese in situazione di crisi conclamata o di inefficienza generalizzata.

Nelle aziende di una certa dimensione, il *turnaround management* si attua con il coinvolgimento non di una sola figura manageriale ma di un team specializzato, dove ciascun manager è posto a presidio di singole aree di competenza, sotto il coordinamento di un *chief restructuring manager* (*CRO*).

In Europa e negli Stati Uniti esistono numerose associazioni di categoria che raggruppano queste figure manageriali, ne curano la formazione e ne certificano le competenze, stabilendo relazioni durature e di mutuo scambio con il mondo accademico per definire e diffondere le cosiddette *best practice.*

La diffusione delle società che forniscono servizi di *temporary management* e *turnaround management*, alcune delle quali di grandi dimensioni, specializzate per settore merceologico e in grado di fornire tutti i servizi ancillari, hanno agevolato lo sviluppo di un mercato caratterizzato da investitori qualificati in operazioni così dette di *special situation*, dove i *TM* sono spesso chiamati a prestare le proprie competenze su incarico dei fondi di investimento, sia nella valutazione delle operazioni *target*, sia nella definizione dei piani di rilancio, sia nella loro esecuzione operativa.

In breve, si è formato in questi Paesi un sistema complesso ed efficace che integra competenze manageriali e risorse finanziarie, a loro volta favorite da un impianto normativo e da un sistema giuridico collaudati ed efficienti.

In Italia, l'integrazione degli ambienti che operano intorno alla gestione della crisi è ancora

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

a uno stadio embrionale. In questo contesto, le figure del *temporary manager* e del *turnaround manager* sono poco conosciute e ancor meno diffuse, spesso oggetto di un certo grado di confusione in merito al ruolo e all'attività specifica che sono chiamate a svolgere. Cerchiamo quindi di definire meglio in particolare la funzione del *turnaround manager* e la modalità del suo intervento in qualità di specialista manageriale della crisi di impresa.

Nel nostro Paese, spesso si confonde la figura del *CRO (Chief Restructuring Officer)*, che altrove è il direttore generale o l'amministratore con delega alla ristrutturazione, con la figura che nei processi di ristrutturazione del debito - solitamente piani di risanamento e accordi di ristrutturazione - è richiesta dagli istituti di credito affinché vigili sull'esecuzione del piano e organizzi la reportistica periodica richiesta per la verifica degli scostamenti tra i dati previsionali e i dati consuntivi: una funzione più di controllo che di gestione.

Il *TM* interviene presso l'azienda per lo più quando l'emergenza è conclamata, manifestando i suoi effetti attraverso una situazione di tensione finanziaria acuta. Siamo quindi ben oltre a quanto richiesto in un intervento di ridefinizione strategica o riorganizzazione del business, dove il tempo e le risorse finanziarie a disposizione consentono di operare con relativa calma.

TURNAROUND MANAGEMENT: INTERVENTI DELLA PRIMA FASE OPERATIVA	
1	La stabilizzazione della situazione, mediante il controllo e la gestione della tesoreria e la pianificazione della finanza a breve e a brevissimo termine.
2	La costruzione del piano strategico e la pianificazione degli obiettivi intermedi, delle azioni e dei tempi (*action plan*) per la loro realizzazione, nonché delle azioni correttive da attivare in caso di scostamento rilevante dalle previsioni.
3	L'identificazione del nuovo team che dovrà contribuire a definire la strategia, implementare ed eseguire il piano di *turnaround*. Le figure manageriali potranno già essere parte del team di collaboratori del TM oppure scelte, dopo un'opportuna valutazione tra i manager dell'azienda o selezionate ad hoc sul mercato anche grazie al contributo e coinvolgimento di strutture di *head hunting* specializzate.
4	La revisione o l'implementazione di un controllo di gestione, *budgeting* e previsionale, adeguato al monitoraggio in continuo dell'andamento economico-finanziario del processo e alla verifica dei risultati. Dopo la fase di gestione diretta da parte del team di *restructuring*, il monitoraggio dei risultati periodici potrà per esempio avvenire tramite l'attività del CRO o affiancando all'imprenditore o al consiglio di amministrazione precedente un *advisory board* che supporti gli amministratori nel mantenere il focus sugli obiettivi di piano.

13.1 L'attività del TM: struttura e fasi

La prima fase dell'attività del *TM* seppur preliminare - richiede di norma tra le tre e le quattro settimane - consiste in un'investigazione a 360 gradi sullo stato in cui versa l'azienda, sulla sua evoluzione storica, sul business e il mercato di riferimento, in modo da identificare rapidamente le aree critiche e i possibili interventi.

Particolare attenzione è posta fin da subito sull'area tesoreria e finanza che è la prima sulla quale intervenire con un presidio serrato per evitare la dispersione o l'impiego non corretto delle poche risorse monetarie disponibili. La fotografia della situazione di tesoreria e la proiezione dei flussi di cassa danno inoltre la misura dell'urgenza e aiutano a definire il contorno finanziario del percorso di salvataggio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Una volta completato *l'assessment* iniziale il *TM* si occuperà di definire e condividere con le figure chiave in azienda le principali leve del percorso di ristrutturazione. Ottenuto il via libera al progetto preliminare di intervento, inizia la fase operativa vera e propria *(si veda il riquadro in alto).*

13.2 L'esecuzione del piano. Fattori critici per il successo del turnaround

L'implementazione del piano di *turnaround* non si esaurisce nella consegna e verifica di un piano d'azione e nell'impartire direttive ma richiede un impegno alla formazione e all'accompagnamento delle figure direttive e del personale dell'azienda affinché vi sia focalizzazione, allineamento e motivazione da parte di tutti a perseguire il progetto di riorganizzazione e ristrutturazione.

Sono necessari soprattutto metodo e peculiari qualità psicologiche in chi guida il processo di cambiamento. Un percorso di riconversione organizzativa e strategica richiede tempo. Se il tempo è la risorsa scarsa, è indispensabile essere in grado di passare rapidamente a una gestione fondata sui così detti *quick wins*, leve di attivazione che implicano la capacità di identificare rapidamente i contesti all'interno dell'organizzazione sui quali esercitare fin da subito la pressione necessaria perché si producano risultati a breve termine.

Per ottenere un rapido cambiamento occorre mobilitare tutta l'organizzazione a partire dai livelli più alti, sottoponendola a uno stress di risultato. Il TM deve essere allora dotato della prima delle facoltà richieste in questo mestiere e cioè la capacità di trasmettere leadership, autorevolezza e competenza tali da attrarre a sé l'intera organizzazione.

Un passaggio molto delicato e la scelta in merito a chi confermare del management di un'azienda durante un processo di ristrutturazione.

Esistono infatti due correnti di pensiero:

- in un caso c'è chi sostiene che sia necessario una rottura decisa e radicale con il passato che consenta di scardinare la mala cultura aziendale che ha contribuito alla crisi;
- un secondo approccio, che chi scrive condivide, valuta che sia invece preferibile, in una prima fase introdurre delle figure di presidio delle aree critiche - per esempio, produzione, funzione acquisti, marketing, controllo di gestione - in affiancamento a quelle esistenti, per evitare demotivazione e perdita di flussi informativi essenziali in un momento così cruciale per la sopravvivenza dell'impresa. È questa una modalità che concede il tempo necessario a valutare con più attenzione la qualità del management e le eventuali integrazioni e sostituzioni da effettuare.

BREVE PROFILO PSICOATTITUDINALE DEL TEMPORARY MANAGER

1	Attua attraverso il team una leadership esigente e quasi ossessiva nel governare l'azione nella fase di emergenza.
2	Ricerca senza sosta una strategia semplice che riesce a veicolare e motivare in modo altrettanto semplice.
3	Ha la capacità di creare e diffondere energia a tutti i livelli dell'organizzazione, coadiuvato da strumenti di orientamento alla performance, ai risultati e alla loro misurazione.
4	È in grado di definire in modo chiaro ruoli, funzioni e compiti.
5	È in grado di focalizzare rapidamente le competenze chiave.
6	Riesce a mantenere la giusta distanza dagli aspetti psicologici che affliggono inesorabilmente i vari livelli dell'organizzazione in crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Nella prima fase di attività del *TM* è cruciale intervenire rapidamente sulla riorganizzazione dell'operatività, costruendo un corretto ordine di priorità tra gli interventi e definendo i meccanismi di monitoraggio e le azioni correttive da attivare in caso di scostamento dai risultati attesi.

Una volta entrato in carica, il team dedicato al *turnaround* dovrà attivarsi in maniera coordinata nei confronti dei principali stakeholder aziendali - soci, fornitori, clienti, banche, investitori, personale eccetera - stabilendo il momento opportuno e il contenuto più consono della comunicazione esterna e interna.

È questo un aspetto spesso sottovalutato che, se non gestito, rischia di compromettere irrimediabilmente l'intero processo: chiedere il mantenimento o il rinnovo delle linee di autoliquidante al sistema bancario senza presentare un *cash flow* prospettico credibile rischia di produrre l'effetto contrario e l'accelerazione del default; promettere e disattendere i piani di rientro concordati con i fornitori, perché non si dispone di una visione di insieme delle disponibilità finanziarie a breve termine, lede la fiducia nei confronti di una categoria di *stakeholder* fondamentale per il buon esito di una ristrutturazione e amplifica nel mercato la notizia di un *default* atteso con tutto quello che ne può conseguire.

È evidente che si tratta di processi di trasformazione complessi e costosi, che richiedono competenza e tempo per la loro realizzazione. In un mondo perfetto un processo di *turnaround* non dovrebbe essere portato avanti da una sola persona ma da un team di collaboratori rodato, in grado di prendere posizione, seppur temporaneamente su tutte le funzioni chiave dell'azienda.

Questo per evitare che un unico responsabile del processo venga fagocitato dalle molteplici urgenze di un'intera struttura aziendale e paralizzato dall'ostruzione di chi nell'organizzazione è avverso al cambiamento.

13.3 Da un mondo utopico alla realtà distopica

Il vademecum fin qui esposto, appartiene al mondo ideale di un sistema micro e macroeconomico efficiente che purtroppo non è il nostro. La domanda che subito sorge spontanea è se la riforma del Codice della Crisi, così come concepita, produrrà o meno gli effetti desiderati, cioè una maggiore e tempestiva consapevolezza e un'assunzione di responsabilità da parte dell'imprenditoria italiana, affinché si doti di strumenti e competenze in grado di preservare valore, posti di lavoro e in ultima istanza la salute del sistema economico del Paese.

Si è molto discusso sulle ragioni dello scarso successo che hanno avuto in questi anni le misure introdotte per favorire la risoluzione della crisi. In molte occasioni le imprese hanno intrapreso non uno ma due, se non tre e più tentativi di ristrutturazione, con piani sempre puntualmente disattesi, prima di rendere le armi a un fallimento.

Da osservatore esterno, la sensazione è che molti sforzi siano stati profusi nel dare coerenza a un mero schema d'intervento senza approfondire la vera questione sul tavolo e cioè chi, in termini pratici, debba occuparsi della realizzazione dei piani di ristrutturazione.

Il miglior *business plan*, elaborato dalla migliore società di consulenza, resta una mera dichiarazione d'intenti se la sua realizzazione torna nelle mani dell'imprenditore e dello stesso organismo aziendale, responsabile della crisi, che nel momento della conclamazione del problema non ha avuto il tempo di elaborare un nuovo stile operativo.

Qualora l'azienda fosse sufficientemente illuminata da chiedere la collaborazione di un *TM*, la prassi in voga nel nostro paese è quella di coinvolgerlo solo nella fase di esecuzione del piano

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

strategico, quando l'accordo con i creditori è stato raggiunto. In questo modo il *TM* si trova nella situazione di dover dare esecuzione operativa a un piano strategico che non ha condiviso fino in fondo e che non ha contribuito a strutturare, dovendosene però assumere la responsabilità.

È noto che la Pmi italiana è endemicamente afflitta da una serie di punti di debolezza che nei manuali di ristrutturazione aziendale rappresenterebbero l'"*ABC*" dei segnali di una futura crisi:

- ricorso al finanziamento bancario rispetto ai mezzi propri come fonte principale di risorse di investimento e operative (in un rapporto 80/20 che è esattamente l'opposto di quanto accade, per esempio, nei Paesi anglosassoni; le imprese italiane sono mediamente indebitate tre volte di più rispetto alla media europea; il rapporto si alza a uno a cinque se si escludono Portogallo, Grecia e Spagna);
- imprenditoria a carattere familiare e con scarsa cultura manageriale;
- mancanza di pianificazione finanziaria e strategica e di controllo di gestione. Se il controllo di gestione e la pianificazione nelle piccole aziende è del tutto assente, non è raro incontrare medie imprese dotate a mala pena di un sistema di *budgeting*. Ad esempio, una delle cause più diffuse di *default* è il perseguire una crescita rapida non supportata da una pianificazione del fabbisogno finanziario necessario;
- mancanza di cultura finanziaria: mentre il sistema bancario negli ultimi anni ha rivoluzionato il proprio approccio alla valutazione del rischio e all'erogazione del credito, a mala pena una Pmi è in grado di leggere e monitorare la propria centrale rischi che oggi, lo ricordiamo, ha un peso determinante nel mantenimento delle linee di finanziamento e nell'erogazione di nuova finanza;
- dimensione inadeguata alla competizione efficiente sui mercati e scarsa propensione all'innovazione; incapacità di fare "sistema";
- vincoli e rigidità esterne, quali l'eccesso di burocrazia e la pressione fiscale;
- scarsa disponibilità di fonti di finanziamento - equity e debito - alternative rispetto al sistema bancario e dedicate alle Pmi.

Nella Pmi italiana, spesso destrutturata, la vera difficoltà sta nel chiedere e ottenere, anche solo temporaneamente, un passaggio di testimone da parte dell'imprenditore (e dei familiari che non di rado occupano i più svariati ruoli e funzioni) senza che questo venga letto come uno spossessamento e un giudizio personale sulla capacità imprenditoriale dei vari interlocutori invece di considerarlo come un'opportunità di crescita e formazione.

La nostra Pmi è quindi chiamata in breve tempo a operare una vera rivoluzione copernicana del proprio modo di agire e pensare senza disporre della dotazione interna per farlo. Ma è dall'esterno che sembrano giungere i messaggi meno rassicuranti.

Come abbiamo già accennato il sistema delle imprese italiane è caratterizzato da una cronica sottocapitalizzazione e dal ricorso massiccio al credito bancario.

L'accesso al credito bancario sta diventando sempre più difficile a seguito dell'introduzione dei nuovi requisiti imposti dagli organismi di controllo bancario a livello europeo.

L'impianto degli schemi di valutazione del rischio si concentra in buona parte sulla probabilità di *default* senza includere elementi di valutazione su quale sia, dato uno specifico contesto merceologico e macroeconomico, la struttura di equilibrio finanziario ottimale, rispondendo alla domanda se la probabilità di default è indotta dall'incapacità dell'azienda di stare sul mercato o al contrario dal sotto-dimensionamento delle linee di finanziamento rispetto a un livello di fabbisogno organico. Per esempio, a partire da Basilea 2, lo sconfino di un accordato da parte di un'azienda, comporta l'obbligo di blocco dell'operatività da parte della banca e il divieto di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ampliamento delle linee, fino a giungere alla revoca degli affidamenti. Quindi paradossalmente se un'azienda è particolarmente dinamica ma sotto finanziata rispetto al proprio fabbisogno di equilibrio - perché, ad esempio non si è attivata per tempo con gli istituti per l'ampliamento delle linee in una fase di crescita - rischia di essere valutata alla stregua di un'azienda in default e "spinta" fuori dal mercato.

La debolezza strutturale del sistema Paese, acuita dalle pesanti ripercussioni di anni di pandemia e dalla situazione geopolitica attuale, fanno prevedere una possibile fase di credit crunch, accompagnata da una crescita degli NPE (*non-performing exposures*) in capo alle banche e a una nuova fase di dismissione di portafogli di crediti non performanti che avrà come oggetto più che le sofferenze tradizionali (Npl) i cosiddetti crediti *Utp - Unlikely To Pay e Pass-Due* (crediti bancari scaduti da almeno 90 giorni), ovverossia i crediti di incerta esigibilità per i quali alle banche è oggi richiesto un maggiore sforzo in termini di adeguamento patrimoniale.

Come sappiamo esiste una sostanziale differenza tra queste due categorie di credito:

- la prima (Npl) fa riferimento a creditori in sostanziale default;
- la seconda riguarda, nel caso del segmento corporate, per lo più aziende ancora operative ma valutate dagli indicatori interni alle banche a possibile rischio di default nei successivi 18-24 mesi.

Dal 2014 è in vigore l'adozione da parte degli istituti bancari dell'Aqr che prevede la valutazione delle imprese affidate, attraverso cinque indicatori del rischio *default* (*si veda il riquadro a pagina seguente*). L'introduzione dei parametri Aqr che si applicano in maniera omogenea a tutti i Paesi europei, senza alcun adattamento alla specificità economica di un paese rispetto a un altro, fa sì che le aziende italiane risultino complessivamente tra le peggiori in Europa.

L'enorme mole di crediti deteriorati in pancia al sistema bancario (circa 340 miliardi tra il 2015 e il 2016, pari a quasi 18% dei bancari) ha portato alla creazione di un vivace mercato della cartolarizzazione e cessione di questi crediti che ha però radicalmente cambiato le logiche del rapporto con il debitore- azienda.

Fino a poco tempo fa, il rapporto fiduciario tra banca e azienda, instauratosi in lunghi anni di conoscenza reciproca, dove il funzionario della banca aveva avuto modo di seguire la storia dell'azienda cliente e comprenderne le dinamiche interne e di mercato, consentiva di valutare al meglio il merito di credito, mitigandone i momenti di temporanea tensione finanziaria. Nel momento in cui la gestione del credito passa a nuovi soggetti, quali per esempio i *servicer* dei fondi NPE, cambiano le modalità di "lavorazione" dei portafogli, basate su logiche "industrializzate" e di gestione per masse, dove l'obiettivo è il recupero del massimo valore, dati un vincolo temporale e di costo massimo della gestione della pratica. Va da sé che in questo scenario, si riduce fino a scomparire la possibilità per la PMI di avere un interlocutore interessato ad accompagnare il recupero.

Come si concilia la necessità di possedere le necessarie competenze e sensibilità nel valutare un'azienda e preservarne il valore - non solo sulla base degli *asset* tangibili - con l'esigenza di contenimento, per esempio, dei costi di recupero? La sensazione è che l'impatto a livello macroeconomico del trasferimento di massa di questi crediti da un sistema di gestione del credito a un sistema di recupero, non sia stato opportunamente quantificato.

È probabile e auspicabile che con il tempo si crei un mercato secondario, formato da esperti della gestione del credito, specializzati a livello settoriale e in grado di gestire pacchetti ristretti di NPE o singole posizioni affinché le aziende debitrici siano assistite - grazie alla moral suasion dei fondi cessionari dei crediti - secondo logiche di *turnaround management*. Ma questa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

soluzione porterà sollievo solo a un numero ristretto di debitori e non certo ai soggetti di minori dimensioni.

13.4 Il temporary manager: uno, nessuno e centomila ruoli

In questo scenario è recentemente entrato in vigore il nuovo Codice della crisi, che introduce meccanismi valutativi e predittivi con l'obiettivo di favorire l'emersione anticipate di un potenziale *default*. Per quanto attiene il lungo iter di gestazione, sarebbe stato auspicabile che al tavolo della riforma fosse presente una rappresentanza del mondo manageriale, che invece è stata coinvolta solo in modo marginale. La riforma del Codice prevede la definizione di indicatori economico-finanziari e patrimoniali che dovranno stabilire lo spartiacque tra quali imprese saranno da considerarsi a rischio *default* e quali no. Anche in questo caso, sarebbe stato opportuno prevedere un momento di confronto costruttivo con le rappresentanze di quel mondo manageriale, in grado forse più di altri di porre in evidenza i limiti e i rischi dell'applicazione a casi concreti di indicatori calati dall'alto.

AQR - ASSET QUALITY REVIEW

I 5 indicatori per la valutazione del rischio default introdotti nel 2014 dal regolamento bancario europeo				
Debt/Ebitda	è	debito su margine operativo	è	ottimale se il rapporto è > 1 alto rischio di default se il rapporto è > 6
Equity/Asset	è	mezzi propri su attivo	è	se < 50% ottimale al di sotto della soglia il rischio di default cresce
Equity y on y	è	variazione dei mezzi propri anno su anno	è	una riduzione del patrimonio di oltre il 50% rispetto all'anno precedente è considerato un indicatore di possibile deterioramento
Ebitda y on y	è	variazione del margine operativo lordo anno su anno variazione della redditività "monetaria"	è	una riduzione dell'Ebitda di oltre il 50% rispetto all'anno precedente o un valore negativo per due anni consecutivi sono considerati indicatori di deterioramento
Dscr (Debt service cover ratio)	è	copertura del debito in scadenza da parte dei flussi operativi	è	se il rapporto < 1,1 è considerato indicativo di una difficoltà dell'azienda a far fronte al proprio livello di indebitamento è considerato indicatore di possibile deterioramento

Analogamente, sarebbe stato utile provare ad allineare il più possibile le metodologie di *scoring* e *rating* affinate negli anni dagli enti creditizi, a quanto verrà elaborato nelle sedi preposte alla definizione degli indicatori previsti dal Codice. E invece molto probabilmente il nostro imprenditore si troverà nella necessità di divenire un "poliglotta" del suo piccolo mondo economico, nel tentativo, da un lato, di comprendere secondo quali logiche viene valutato dal sistema bancario lo stato di salute della sua azienda e, dall'altro, di rapportarsi con il diverso linguaggio valutativo che vedrà adottato dai vari soggetti coinvolti nei meccanismi dei sistemi di allerta.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ecco allora che la nostra Pmi, schiacciata tra il proprio deficit cognitivo e un contesto economico traballante, un sistema del credito sempre più inaccessibile - e in assenza di un mercato dei capitali in grado di sopperire al venir meno delle fonti di finanziamento tradizionali - potrebbe trovarsi in breve tempo ad affrontare gli effetti di una "tempesta perfetta" senza avere gli strumenti per reagire.

In questo scenario, quale contributo concreto può dare il *TM*?

Un contributo non trascurabile.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, praticamente tutte le imprese dovranno dotarsi di strumenti in grado di consentire la pianificazione economico- finanziaria dell'attività e il suo monitoraggio. Quale migliore occasione per coinvolgere competenze specialistiche che non si limitino a installare un programma gestionale e a raccogliere e tradurre in numeri l'opinione sul *business* dell'imprenditore. Quale migliore occasione per iniziare invece a diffondere una metrica della pianificazione strategica e della riorganizzazione manageriale, un'abitudine all'uso della reportistica e di strumenti digitali snelli che ne consentano in qualunque momento la lettura e l'interpretazione e con essa la diffusione di un linguaggio che per quanto semplificato potrà facilitare una migliore comunicazione tra imprenditore, sindaci e revisori e mondo bancario.

Nella fase di adeguamento della struttura organizzativa e dei sistemi di controllo e pianificazione, il *TM* è la figura adatta, per esempio, a:

- identificare i Kpi specifici dell'azienda e la loro misurazione;
- identificare quali sono gli indicatori economico- patrimoniali e finanziari che meglio riflettono la realtà aziendale rispetto al contesto in cui opera, verificandone la congruità rispetto agli indicatori che saranno stabiliti *ex lege*;
- studiare e implementare, in coordinamento con sindaci e revisori, un sistema di pianificazione, con monitoraggio in tempo reale degli scostamenti a consuntivo e un sistema di *rating*, basato su logiche bancarie che faciliti l'emersione di criticità con il sistema del credito;
- educare al rapporto con il sistema bancario attraverso la formazione alla lettura e gestione attiva e prospettica della propria centrale rischi e dei sistemi di *rating*;
- integrare pianificazione, *rating* e centrale rischi prospettica affinché l'azienda abbia sempre il "polso" della propria salute finanziaria e si attivi per tempo per rimodulare il fabbisogno e la struttura di finanziamento;
- fornire supporto nella definizione delle linee strategiche del piano di sviluppo dell'azienda e nell'implementazioni del piano;
- promuovere interventi manageriali nelle aree che necessitano di un intervento.

Non ci stancheremo mai di sottolineare come la capacità di leggere, interpretare e pianificare l'andamento della propria centrale rischi è oggi un elemento di vitale importanza.

Un semplice sconfino delle linee di credito comporta l'obbligo alla revoca degli affidamenti da parte della banca. Questo spesso accade quando non ci si è concessi il tempo di prepararsi adeguatamente per richiedere nel modo corretto il supporto di nuova finanza.

Il *TM* oltre a offrire un supporto interno in tal senso, si pone anche come interfaccia comunicativa tra la banca e l'impresa aiutando, da un lato, l'imprenditore a usare un linguaggio finanziario nel presentare i propri progetti di crescita e, dall'altro, nel decodificare le richieste degli istituti.

In una fase successiva e in caso di necessità di aderire alla procedura per tempestiva emersione della crisi, il *TM* potrà intervenire nelle fasi di gestazione del piano di riequilibrio economico-finanziario e agevolare la dialettica nella discussione e presentazione delle azioni previste per la sua attuazione. Ricordiamo infatti che la recente riforma prevede che l'Esperto accompagni

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

l'azienda nell'individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale ed economico- finanziario, ma la definizione del percorso e del piano restano in capo all'azienda e agli imprenditori.

Ma come già sottolineato altrove, il ruolo del *TM* è particolarmente importante nella di riorganizzazione della struttura aziendale affinché acquisisca le competenze necessarie per l'implementazione del piano proprio piano di risanamento.

Il cambiamento epocale che si sta prospettando per le aziende italiane è quindi un'occasione da non perdere affinché si diffonda una nuova mentalità manageriale.

Il costo monetario resta però ancora una volta in capo alle sole imprese. Sarebbe necessario che il supporto pubblico all'impresa rafforzi e renda stabili adeguati strumenti di sostegno a questa forma irrinunciabile di innovazione.

Il vero fattore scarso però, a nostro modo di vedere, è la disponibilità di un numero sufficiente di figure manageriali specializzate.

È necessario anche che il confronto dialettico su questi temi muova - a partire dalle associazioni manageriali - verso tutti quegli attori che in questi anni si sono prodigati per concedere una zattera di salvezza alla nostra coraggiosa e spesso frustrata imprenditoria italiana.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 14

L'attestatore, controllore indipendente del piano di uscita dalla crisi

Raffaele Marcello

SOMMARIO: 14.1 I requisiti richiesti all'attestatore: l'indipendenza – 14.2 Il ruolo dell'attestatore negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza – 14.3 L'attestazione di veridicità dei dati aziendali – 14.4 L'attestazione di fattibilità del piano – 14.5 La documentazione dell'attestazione – 14.6 Profili di responsabilità legati all'incarico – 14.7 Responsabilità civile – 14.8 La responsabilità penale

Tra le numerose innovazioni apportate dalla riforma risulta emblematica della continuità aziendale, tutto questo al fine di scongiurare il pericolo di sfociare in un patologico e irreversibile di risoluzione della crisi attraverso un'indagine di natura prognostica sui rimedi prospettici formulati la **ridefinizione** entro parametri più ampi e articolati **dell'istituto dell'attestazione** quale strumento focale in tema di accertamento dello stato di crisi del debitore sia in una fase preliminare, sulla base delle specificità emergenti dai nuovi meccanismi di composizione assistita della crisi, sia in una eventuale fase successiva caratterizzata dagli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Pertanto, l'intervento riformatore si sviluppa essenzialmente attraverso un duplice binario come di seguito esplicato con maggiore dettaglio.

N**ell'ambito dei diversi strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza,** l'attestatore è incaricato del compito di controllare che la società sia in grado di provvedere a una corretta esecuzione materiale del programma ideato per il superamento dello stato di crisi in un'ottica di salvaguardia della continuità aziendale, tutto questo al fine di scongiurare il pericolo di sfociare in un patologico e irreversibile status d'insolvenza. All'interno delle dinamiche generate dall'attuazione di tali procedimenti il ruolo dell'attestatore, incaricato di esprimere il proprio giudizio professionale attraverso la redazione di un'apposita relazione, assume una considerevole rilevanza nei confronti degli stakeholders principalmente sotto un duplice profilo:

- con riferimento all'**attestazione della veridicità dei dati aziendali del debitore**, in quanto assumendosi la responsabilità dei risultati delle verifiche effettuate, consente ai creditori sociali di ottenere una visione dell'effettiva situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa in crisi;
- in relazione all'**attestazione della fattibilità del piano e dell'attuabilità dell'accordo**, che permette di verificare la concreta realizzabilità del piano dall'imprenditore in base agli obiettivi proposti, al fine da perseguire, alla tutela degli interessi protetti e alle specifiche caratteristiche della situazione del debitore.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

14.1 I requisiti richiesti all'attestatore: l'indipendenza

Il nuovo Codice, proprio in virtù della valorizzazione del summenzionato ruolo svolto dall'attestatore in un delicato e complesso contesto di squilibrio economico-finanziario di un'azienda, conferma il requisito dell'indipendenza quale elemento che debba imprescindibilmente caratterizzare tale figura professionale al fine di assicurare un corretto svolgimento delle funzioni conferitegli a seguito della nomina.

Al professionista attestatore, infatti, è attribuito un compito di controllo, derivante da un'esigenza di matrice essenzialmente pubblicistica, che impone un'autonomia di giudizio per la valutazione della situazione in cui versa la società, a tutela di quella vasta schiera di interessi riguardanti i terzi e i creditori che entrano in rapporto con essa, affinché questi ultimi possano far affidamento su una adeguata e analitica base informativa su cui fondare ogni sorta di iniziativa risolutiva.

L'obiettivo perseguito con il requisito dell'indipendenza, pertanto, è quello di eludere l'insorgere di un interesse personale dell'esperto incaricato nelle materie oggetto di verifica, che possa minare la fondamentale imparzialità nella formulazione del proprio giudizio professionale con conseguente compromissione del corretto adempimento dei doveri inerenti il ruolo acquisito.

Più specificamente, la lettera *o)* dell'articolo 2 del Codice richiama le caratteristiche principali che al concetto di indipendenza sono riconducibili, ridefinendo sostanzialmente il contenuto dell'articolo 67, comma 3, lettera *d)* della legge Fallimentare.

Secondo la disposizione normativa, più segnatamente, è da ritenersi "indipendente" il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza che rispetti congiuntamente i seguenti **requisiti**:

- essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali;
- essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 Cc;
- non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale;
- il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

La *ratio* sottesa a tale norma mira a garantire una specifica competenza tecnica degli esperti nominati, nonché una condizione di idoneità fisica e integrità morale e di indipendenza assimilabile a quella richiesta ai soggetti investiti della carica di sindaco o di amministratore nell'ambito della governance di una società, essendo specificamente effettuato il riferimento all'articolo 2399 Cc, rubricato «Cause di ineleggibilità e decadenza del collegio sindacale», che a sua volta richiama il principio sancito nell'articolo 2382 Cc riguardo la nomina degli amministratori.

Ciò consente, nella realtà applicativa, di evitare di incaricare professionisti che possano perseguire interessi economici sostanzialmente coincidenti con quelli corporativi esistenti nelle dinamiche societarie, poiché tale circostanza finirebbe per generare un vizio di base tale da privare di contenuto qualsiasi norma cautelativa predisposta dal sistema normativo.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'ATTESTAZIONE NEL CODICE: SCHEMA DI SINTESI DELLE NORME DI RIFERIMENTO

Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza	
Articolo 44, comma 1, lettera a	Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito della documentazione
Misure cautelari e protettive	
Articolo 54, comma 3	Misure cautelari e protettive
Strumenti di regolazione della crisi	
Piano attestato di risanamento	
Articolo 56, comma 4	Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento
Accordi di ristrutturazione, Convenzione di moratoria e Accordi su crediti tributari e contributivi	
Articolo 57, comma 4	Accordi di ristrutturazione dei debiti
Articolo 58, commi 1 e 2	Rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano
Articolo 62, comma 2, lettera d)	Convenzione di moratoria
Articolo 63, comma 1	Transazione su crediti tributari e contributivi
Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione	
Articolo 64-bis, comma 3	Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione
Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento	
Disposizioni di carattere generale	
Articolo 65, comma 3	Ambito di applicazione delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento
Concordato preventivo	
Presupposti e inizio della procedura	
Articolo 84, comma 5	Finalità del concordato
Articolo 88, comma 2	Trattamento dei crediti tributari e contributivi
Articolo 90, comma 5	Proposte concorrenti
Effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo	
Articolo 95, comma 2 e 4	Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni
Articolo 99, comma 6, lettera a	Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti
Articolo 100, commi 1 e 2	Autorizzazione al pagamento di crediti pregressi
Concordato nella liquidazione giudiziale	
Articolo 240, comma 4	Proposta di concordato nella liquidazione giudiziale
Disposizioni relative ai gruppi di imprese	
Regolazione della crisi o insolvenza del gruppo	
Articolo 284, comma 5	Concordato, accordi di ristrutturazione e piano attestato di gruppo
Articolo 285, comma 2	Contenuto del piano o dei piani di gruppo e azioni a tutela dei creditori e dei soci
Disposizioni penali	
Disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazioni dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa	
Articolo 342, commi 1, 2 e 3	Falso in attestazioni e relazioni

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Riportando il discorso su un piano di maggior dettaglio, dunque, è opportuno sottolineare che la norma codicistica richiamata dispone che **non possono essere nominati** i soggetti:

- interdetti e inabilitati (articolo 419 e ss. Cc), debitori assoggettati alla procedura di liquidazione (articolo 16 legge Fallimentare), coloro che sono stati condannati a una pena che importa interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici (articolo 29 Cp) o incapacità a esercitare uffici direttivi (articolo 32 *bis* Cp);
- legati alla società da rapporti di natura familiare: il coniuge, i parenti e gli affini degli amministratori entro il quarto grado secondo i criteri stabiliti dagli articoli 74-78 Cc. Tale incompatibilità è estesa anche ai casi di parentela o affinità con gli amministratori delle società controllate, controllanti e delle società sottoposte a comune controllo;
- legati alla società da rapporti di natura patrimoniale in senso verticale od orizzontale: il riferimento è a coloro che svolgono un rapporto di lavoro o un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita nei confronti della società o delle società da questa controllate (rapporti patrimoniali verticali) o sottoposte a comune controllo (rapporti patrimoniali orizzontali), oppure che sono legati a tali società da altri rapporti patrimoniali che ne possano compromettere l'indipendenza.

14.2 Il ruolo dell'attestatore negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

La riforma del diritto fallimentare nel ridisegnare i diversi profili degli strumenti di regolazione volti a un agevole superamento della crisi (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano, convenzione di moratoria, piano di concordato) ha evidenziato quale comune denominatore l'importanza del compito dell'attestatore circa la verifica della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano di uscita dalla crisi ai fini della regolarità dell'andamento delle procedure in commento, che rappresenta il presupposto indispensabile per garantire che i creditori siano adeguatamente informati ai fini della corretta formazione del loro consenso.

Il professionista è chiamato a esprimersi sulla veridicità dei dati aziendali posti a fondamento del piano e sulla fattibilità dello stesso.

In questa prospettiva, mentre il giudizio sulla veridicità ha a oggetto dati eminentemente consuntivi, l'attestazione sulla fattibilità è proiettata al futuro. Ne consegue che tale ultima attestazione è legata alla realizzabilità degli interventi illustrati nel piano e, quindi, al going concern. In termini più analitici, la valutazione della fattibilità implica che siano presi in considerazione i seguenti elementi:

- la coerenza fra obiettivi e azioni indicati nel piano;
- gli strumenti di pianificazione adottati;
- le tecniche di simulazione adoperate.

14.3 L'attestazione di veridicità dei dati aziendali

Il concetto di veridicità dei dati aziendali non può essere confuso con l'asseverazione di una mera corrispondenza dei dati contabili, occorre invece che il professionista attesti che essi riproducano fedelmente la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'azienda essendo

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

questo accertamento uno strumento propedeutico e indispensabile ai fini del giudizio di fattibilità del piano.

L'attendibilità dei dati attorno ai quali ruota il piano, dunque, rappresenta una condicio sine qua non affinché possa ritenersi affidabile l'intera struttura del piano stesso.

La pianificazione in termini di scelta delle procedure e della tempistica per lo svolgimento dell'intera attività di verifica e l'effettiva realizzazione della stessa è declinata in relazione alle dimensioni dell'azienda, al suo assetto amministrativo-contabile e al sistema di controllo ed è finalizzato alla rilevazione su base campionaria del rischio di errori significativi all'interno dei dati di partenza del piano al fine di poter formulare un giudizio sulle prospettive future dell'impresa.

14.4 L'attestazione di fattibilità del piano

Sotto il profilo della fattibilità del piano l'attestatore deve verificare che la strategia di risanamento prospettata nel programma di intervento (*action plan*) sia idonea a rispondere, secondo una logica tecnico-aziendale rigorosa, agli obiettivi satisfattivi enucleati, basandosi su prognosi obiettive e attendibili attraverso modalità operative concrete, scandite su un orizzonte temporale ragionevole. La fattibilità del piano, in quanto fondata su elementi predittivi e su una pluralità di ipotesi strategiche (che riguardano, a titolo esemplificativo, la dinamica della domanda, l'evoluzione tecnologica, il comportamento dei concorrenti, dei clienti e dei fornitori) consiste in un giudizio meramente probabilistico. La verifica di tale fattibilità, pertanto, pone le sue fondamenta sulla coerenza delle ipotesi con la situazione di fatto.

L'attestatore deve valutare attentamente quanto le ipotesi siano basate su informazioni che provengono da fonti attendibili. La fondatezza delle ipotesi formulate dal management richiede all'attestatore un atteggiamento di "scetticismo professionale", proporzionale alla gravità dello stato di crisi.

In particolare l'attestatore analizza l'esplicitazione delle azioni che il management intende porre in essere, partendo dalla situazione iniziale e fino al momento in cui si potranno considerare raggiunti gli obiettivi del piano.

Le ipotesi alla base delle previsioni dei flussi economici e finanziari devono manifestare evidenze in termini di coerenza interna.

Il giudizio di fattibilità dell'attestatore si fonda:

- sull'articolazione sufficiente delle informazioni sulle verifiche effettuate;
- sulla congruità logica ossia sulla razionalità dell'iter che ha portato dalle verifiche all'espressione del giudizio;
- sulla coerenza delle conclusioni con l'effettiva situazione dell'impresa e del mercato in cui opera.

A tale fine l'attestatore verifica le previsioni di flussi di cassa operativi positivi, valutando se siano realizzabili e se siano tali da permettere nel tempo il rimborso dei debiti di finanziamento (sia come finanziamenti già esistenti, sia come "nuova finanza") e il rinnovo degli investimenti strutturali.

14.5 La documentazione dell'attestazione

I risultati del lavoro effettuato dall'esperto devono essere documentati attraverso la redazione della relazione di attestazione, con cui il professionista accerti la sussistenza delle circostanze in

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

base alle quali l'impresa, con riferimento alle sue caratteristiche specifiche, presenti la concreta attitudine al superamento dello stato di crisi. Alla luce di tutto quanto finora esposto è possibile affermare che, ai fini di una corretta predisposizione dell'attestazione in termini di completezza dei dati e di comprensibilità dei criteri di giudizio, si ritiene indispensabile che la relazione si snodi preliminarmente attraverso l'individuazione delle cause della crisi, successivamente attraverso la descrizione della natura e dei contenuti del piano, riportando tutte le informazioni oggetto della verifica e le evidenze rilevate secondo uno schema dettagliato che si basi sull'analisi:

- della struttura della società, ossia l'organizzazione interna della stessa, nelle sue varie articolazioni e nei suoi assetti, nonché l'insieme di organigrammi e di regole che costituiscono la colonna portante dell'architettura di governance e delle eventuali operazioni straordinarie effettuate;
- della tipologia di attività svolta dall'impresa;
- della contestualizzazione di tale attività attraverso l'analisi del mercato di riferimento;
- › di un accurato esame del bilancio per indici;
- delle verifiche effettuate, adeguatamente motivate, in merito alle singole voci che compongono il bilancio, raggruppate per classi omogenee che consentono di effettuare preliminarmente un'analisi dello status quo ante, ossia del risultato derivante dalla pregressa gestione mettendo in evidenza le cause che hanno generato la crisi, e successivamente di esprimere un giudizio sull'attuale situazione economico- patrimoniale e finanziaria dell'impresa e infine di elaborare un giudizio prognostico sulla sua evoluzione futura;
- dei metodi e dei parametri professionali utilizzati, specificando la tipologia degli indici scelti per eseguire le verifiche e l'iter logico utilizzato a supporto del giudizio;
- della totalità della documentazione messa a disposizione dal debitore;
- dei riscontri e delle evidenze ottenute dall'analisi svolta.

Infine, la formulazione del giudizio finale circa la realizzabilità del piano di risanamento della crisi non potrà essere effettuato con metodi predeterminati ma dovrà essere adattato alla natura, alla tipologia e alle caratteristiche del piano stesso.

14.6 Profili di responsabilità legati all'incarico

La natura e la molteplicità delle funzioni svolte dall'attestatore nell'espletamento dell'incarico assunto implicano diversi profili di responsabilità sia di natura civile che penale.

14.7 Responsabilità civile

In sede civilistica è necessario specificare che la responsabilità dell'attestatore è di natura:

- **contrattuale** nei confronti dell'impresa che ha conferito l'incarico;
- **extracontrattuale** nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi in genere.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale l'obbligazione del professionista si qualifica come un'obbligazione di mezzi e, pertanto, la "**diligenza**" richiesta per l'espletamento dell'incarico costituisce un fondamentale criterio di valutazione per verificare l'esattezza dell'adempimento poiché rappresenta l'oggetto stesso dell'obbligazione assunta. La violazione di tale dovere, pertanto, comporta un inadempimento contrattuale, del quale il professionista è chiamato a

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rispondere per i danni da essa derivanti. Nelle obbligazioni aventi a oggetto un'attività professionale la diligenza assume una connotazione più specifica, cosiddetta diligenza del "debitore qualificato", disciplinata dall'articolo 1176, comma 2 Cc, poiché necessita di essere declinata secondo le regole tecniche che dipendono dalla natura dell'attività stessa.

Ne consegue che dovrà ritenersi "inadempiente" e, quindi, giuridicamente responsabile il professionista che abbia avuto una condotta non rispettosa delle norme che disciplinano lo svolgimento della professione che esercita, ovvero che abbia agito senza la perizia e le cognizioni tecniche che si ritiene debbano far parte del suo patrimonio professionale.

Tale diligenza, che potrebbe essere definita del "**buon professionista**", ricomprende numerosi **aspetti peculiari** che possono essere così definiti:

- impiego di adeguate nozioni e di strumenti tecnici, che implicano la conoscenza e l'attuazione delle regole proprie di una determinata arte e professione (perizia, che presenta un contenuto variabile da accertare in relazione a ogni singola fattispecie, alla natura e alla tipologia dell'incarico, nonché alle circostanze concrete in cui la prestazione si svolge);
- attenzione volta al soddisfacimento dell'interesse tutelato (diligenza);
- osservanza delle misure di cautela idonee a evitare che sia impedito il soddisfacimento dell'interesse che l'obbligazione è diretta a soddisfare e che siano pregiudicati altri interessi giuridicamente tutelati (prudenza) (Bianca C.M., Diritto Civile, volume IV, *L'obbligazione*, Milano 1995, 92);
- osservanza delle norme giuridiche rilevanti al fine del soddisfacimento dell'interesse della controparte e del rispetto della sua sfera giuridica.

Nel contesto normativo così delineato il legislatore ha, però, previsto un'attenuazione della responsabilità finora descritta, contenuta nell'articolo 2236 Cc, posta a tutela della libertà del professionista, il cui dispositivo stabilisce che: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Le fattispecie ricomprese in questa sfera sono quelle per cui il professionista deve impegnarsi in attività che richiedono capacità tecniche superiori rispetto alle ordinarie regole professionali, sicché la diligenza esigibile dal professionista, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio delle sua attività, è una "**diligenza speciale e rafforzata**", di contenuto tanto maggiore quanto più specialistica e professionale sia la prestazione richiesta (Cassazione 20 agosto 2015, n. 6990). Gli articoli 1176 e 2236 Cc sono legati da una relazione di integrazione per complementarietà: come criterio generale deve essere applicato il criterio della diligenza del buon professionista (articolo 1176, comma 2 Cc) con la conseguenza che egli risponde, nei casi ordinari, anche per "**colpa lieve**"; mentre nell'ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, opera la successiva norma dell'articolo 2236 Cc, in base alla quale il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per le azioni a lui imputabili per dolo o colpa grave.

Potrebbe, invece, manifestarsi un'ipotesi di "**errore scusabile**", che esime da responsabilità, laddove benché egli abbia agito diligentemente secondo le circostanze a lui note, al momento di agire la condotta del professionista risulti non obiettivamente adeguata al caso concreto. Allo stesso modo può ritenersi scusabile l'errore del professionista nell'applicazione di norme quando sussistono condizioni obiettive, quali le incertezze della giurisprudenza, la novità delle disposizioni, la contraddittorietà o l'equivocità dei provvedimenti di applicazione in precedenza adottati, particolarmente idonee a indurre in erroneo convincimento e tali da escludere superficialità e trascuratezza nel comportamento dell'interprete.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

In tema di colpa professionale dell'attestatore è possibile che alla **responsabilità** contrattuale si aggiunga quella **extracontrattuale** o aquiliana nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi in genere sulla base del principio del *neminem laedere* sancito dall'articolo 2043 del Codice civile:

«Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

La responsabilità extracontrattuale sorge, dunque, dagli effetti dannosi determinati dalla condotta omissiva o commissiva del professionista laddove venga a emergere un danno ingiusto del terzo, al quale l'ordinamento giuridico e le sue leggi riconoscano tutela e qualora sia legato all'inadempimento dell'esecuzione del professionista da un nesso di causalità.

Per quanto concerne la **quantificazione del danno risarcibile**, inoltre, l'articolo 2043 Cc non fa alcuna distinzione tra gli effetti del diverso grado di responsabilità. Infatti, mentre nell'illecito contrattuale il risarcimento è limitato ai danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione, se il debitore agisce con colpa, nel caso in cui l'inadempimento o il ritardo dipendono dal dolo, invece, devono essere risarciti anche i danni non prevedibili (articolo 1225 Cc); nell'illecito extracontrattuale, invece, il debitore è tenuto a risarcire tutti i danni, siano essi prevedibili o non prevedibili, sia che agisca con colpa che con dolo.

La limitazione della responsabilità professionale alla colpa grave *ex* articolo 2236 Cc viene applicata anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Il termine di **prescrizione** per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno per la responsabilità *ex contractu* è di dieci anni (*ex* articolo 2946 Cc), mentre per la responsabilità aquiliana è di cinque anni, come previsto dall'articolo 2947 Cc per i fatti illeciti.

14.8 La responsabilità penale

Passando a diverse considerazioni riferite al piano della responsabilità penale è necessario sottolineare che l'articolo 342 del Codice, rubricato «Falso in attestazioni e relazioni», ricalcando essenzialmente gli stessi connotati dell'articolo 236 *bis* della legge Fallimentare, punisce con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro, il professionista che espone **informazioni false ovvero omette** di riferire **informazioni rilevanti** in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti a esso allegati, nell'ambito delle seguenti procedure riguardanti gli strumenti negoziali stragiudiziali di regolazione della crisi:

- accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (articolo 56, comma 4);
- accordi di ristrutturazione dei debiti (articolo 57, comma 4);
- rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano (articolo 58, commi 1 e 2);
- convenzione di moratoria (articolo 62, comma 2, lettera *d*);
- finalità del piano di concordato (articolo 85, comma 5);
- trattamento dei crediti tributari e contributivi (articolo 88, comma 2);
- proposte concorrenti (articolo 90, comma 5);
- autorizzazione al pagamento di crediti pregressi (articolo 100, commi 1 e 2).

Al riguardo va evidenziato che in via generale, in base al principio di tassatività o sufficiente determinatezza della legge penale (che costituisce un corollario del più ampio principio di legalità sancito dall'articolo 25, comma 2 della Costituzione e dall'articolo 1 del Codice penale il quale stabilisce che *«Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»*), la norma penale è tenuta a de-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

terminare con chiarezza e precisione la fattispecie di reato, nonché le pene a cui il reo può essere sottoposto, escludendo un'applicazione analogica *in malam partem* della stessa. Il fatto concreto, in altri termini, può essere considerato reato solo se è riconducibile a uno dei casi espressamente previsti dalla legge.

Ragion per cui nell'ambito della fattispecie criminosa nelle ipotesi tassativamente previste dall'articolo 342 del Codice della crisi, è importante rilevare che tale tipologia di reato è qualificabile come "proprio", in quanto l'autore dell'illecito può essere esclusivamente il professionista indicato nelle procedure previste dai summenzionati articoli.

La configurabilità del reato descritto, inoltre, si basa essenzialmente sulla mera sussistenza di una condotta commissiva (che consiste nell'esposizione di informazioni false) od omissiva (nel caso in cui non vengano riferite informazioni rilevanti), mentre la verificazione di un evento dannoso che da essa possa derivare è considerata una conseguenza possibile, ma non è una condizione essenziale per la configurazione del reato stesso, esso piuttosto può costituire un'aggravante della pena.

In altri termini, affinché il professionista sia punibile è sufficiente che ponga in essere la condotta incriminata indipendentemente dalle conseguenze che da essa possano scaturire. L'elemento soggettivo del reato in questo caso è rappresentato dal "dolo generico", in quanto l'attestatore dovrà agire con la volontà di porre in essere la condotta illecita. Più specificamente, nella condotta commissiva tale elemento soggettivo implica che l'attestatore abbia la consapevolezza che l'informazione resa si discosti dal vero e che ciò assuma rilevanza ai fini della formulazione del giudizio finale; mentre nella fattispecie omissiva è necessaria la consapevolezza della mancata introduzione dell'informazione dovuta nella relazione e della sua rilevanza.

Di converso, se la condotta viene eseguita con dolo specifico (che si verifica quando alla previsione e alla volontà dell'autore di realizzare la condotta criminosa si aggiunge il perseguimento di un fine ulteriore), ossia nel caso in cui il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri o se dal fatto consegue un danno per i creditori, le relative conseguenze sono indicate nei commi 2 e 3 dell'articolo 342 del Codice, in cui viene specificato che tali ipotesi comportano un ampliamento della pena, che nel secondo caso viene aumentata fino alla metà.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 15

L'intervento del "legale banche" nella gestione della crisi

Alberto Salvadè, Matteo Ceschin, Matteo Meroni

SOMMARIO: 15.1 Le attività compiute dal legale banche – 15.2 Gli ambiti di intervento nel sistema del CCI (piani attestati e accordi di ristrutturazione) – 15.3 La composizione negoziata della crisi d'impresa e il ruolo del legale banche

Il "legale banche" - cioè l'avvocato incaricato dai creditori finanziari (le banche, appunto, *in primis,* nonché, con sempre maggiore rilevanza, i soggetti cessionari dei crediti delle medesime) per l'assistenza agli stessi nell'ambito delle trattative dirette alla composizione, tramite strumenti di natura negoziale, della crisi dell'imprenditore - trova la sua naturale collocazione in tali contesti fungendo da necessario tramite tra l'impresa debitrice e il "ceto bancario", sin dal momento in cui la prima si determina all'utilizzo di uno degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il recupero del proprio equilibrio economico- finanziario o comunque alla ristrutturazione delle proprie esposizioni (dando vita al c.d. "tavolo" di ristrutturazione), fino al perfezionamento dell'*iter* relativo allo strumento prescelto.

L'opportunità di coinvolgere il legale banche nell'ambito dei "**tavoli di ristrutturazione**" è connessa alle peculiarità che caratterizzano il ceto dei creditori finanziari quale soggetto attivo di tali tavoli, tra cui in particolare:

- **la (normale) pluralità dei creditori finanziari e l'eterogeneità dei loro interessi**: al tavolo di ristrutturazione sono, nella maggior parte dei casi, invitati a partecipare tutti i creditori finanziari dell'impresa in crisi (o almeno i principali). Sebbene i creditori finanziari possano sembrare, *prima facie*, una categoria omogenea, accade spesso che gli interessi di ciascuno degli stessi divergano in ragione di molteplici variabili (in primo luogo, in ragione della natura stessa del creditore finanziario interessato - p.e. banche "tradizionali" o cessionari dei crediti delle stesse - e poi per tipologia dei crediti vantati, chirografari o garantiti; caratteristiche delle linee di credito accordate; condizioni economiche applicate; durata della relazione con il debitore e andamento "storico" della stessa; dimensione dell'esposizione creditizia complessiva verso il debitore; disponibilità a continuare a fornire supporto finanziario all'impresa; eccetera). In tale contesto, il legale banche si pone come interlocutore centrale per favorire la composizione e la sintesi di tale eterogeneità di posizioni (*v. grafico nella pagina seguente*);
- **la strutturazione del processo istruttorio e decisionale**: i creditori finanziari siedono al tavolo di ristrutturazione in persona dei rispettivi funzionari tecnici, i quali hanno general-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

mente il compito di esaminare la proposta elaborata dall'impresa, richiedere gli eventuali chiarimenti o interventi correttivi utili a rendere la stessa percorribile secondo le linee guida dell'istituto di appartenenza, predisporre il fascicolo contenente una proposta di delibera, con relativo parere, da sottoporre all'organo deliberante, al quale sarà rimessa la decisione definitiva in ordine alla proposta ricevuta. In ragione di ciò, il legale banche è chiamato a svolgere un ruolo di particolare rilievo per assicurare che i termini della negoziazione siano il più possibile aderenti alle linee guida indicate dalle banche nell'ambito dei processi di ristrutturazione del debito delle imprese-clienti;

› **la (normale) preminenza dell'indebitamento bancario**: considerato che il finanziamento presso il sistema bancario è a tutt'oggi la principale fonte di approvvigionamento di mezzi finanziari di cui necessita l'impresa, accade di frequente che gran parte dell'indebitamento sia detenuto dalle banche (o dai cessionari/ mandatari dei crediti delle stesse), alle quali viene dunque attribuita una posizione centrale nello svolgimento delle trattative utili a consentire all'impresa-cliente di superare lo stato di crisi (in particolare, la prassi dimostra che molto spesso la sussistenza in capo a pochi creditori, di solito finanziari, di una larga parte del monte debiti dell'impresa, costituisca uno dei presupposti della gestione in via negoziale dello stato di crisi). È per questo che i creditori finanziari, più di ogni altro creditore, esprimono la necessità di essere assistiti da un proprio *advisor* legale che rappresenti l'intero *pool* degli stessi dotato di specifiche competenze ed esperienza in materia.

PLURALITÀ ED ETEROGENEITÀ DEGLI INTERESSI
- natura del creditore finanziario
- tipologia dei crediti vantati
- caratteristiche delle linee di credito accordate
- dimensione dell'esposizione creditizia complessiva
- andamento storico dei rapporti con il debitore

STRUTTURAZIONE DEL PROCESSO ISTRUTTORIO E DECISIONALE
- partecipazione in persona dei rispettivi funzionari tecnici
- predisposizione del fascicolo contenente la proposta di delibera
- decisione da parte dell'organo deliberante

POSIZIONE DI (NORMALE) PREMINENZA AL TAVOLO DELLE TRATTATIVE
- principale fonte di approvvigionamento di mezzi finanziari per l'impresa
- concentrazione dell'indebitamento complessivo

In ragione di quanto sopra, il "legale banche" gioca un ruolo cruciale sia nella fase di organizzazione dell'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento, sia nelle fasi di redazione e di negoziazione degli accordi contrattuali tra il ceto bancario e l'impresa in crisi.

Invero, l'avvocato del *pool* dei creditori finanziari dovrà assicurarsi che tali accordi, oltre a rispecchiare puntualmente i contenuti della proposta avanzata dal debitore (e tracciata all'interno del piano di ristrutturazione o di risanamento o, comunque, all'interno della manovra finanziaria individuata dal debitore nell'ambito dello strumento prescelto), consentano ai creditori finanziari assistiti il raggiungimento del punto di equilibrio tra i sacrifici individuali e la miglior tutela complessiva.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

A tal fine, nella redazione degli accordi, sono tendenzialmente privilegiate soluzioni tecniche che, da un lato, tutelino omogeneamente il ceto dei creditori finanziari nella sua collegialità e, dall'altro lato, impongano ai singoli istituti di credito la gestione collettiva delle problematiche che dovessero insorgere con il debitore nella fase più propriamente esecutiva (ad esempio, qualora si verifichi un c.d. "*evento di default*").

Da questi primi spunti si evince pertanto come l'attività del legale banche, pur essendo da un punto di vista tecnico senz'altro prestata nell'interesse esclusivo del ceto dei creditori finanziari, nella pratica risulti determinante ai fini del raggiungimento di un nucleo di consenso comune intorno alle proposte del debitore, e dunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo finale costituito dal superamento della situazione di crisi dell'imprenditore. Per questi motivi, l'avvocato del ceto dei creditori finanziari viene tipicamente collocato - unitamente alle restanti professionalità coinvolte (*advisor* finanziario, attestatore, legale della società, agente, esperto, eccetera) - tra gli attori dei tavoli di gestione negoziale della crisi d'impresa. Del resto, di norma lo stesso imprenditore vive con favore l'attività di un soggetto che - pur svolgendo il ruolo di *advisor* di una propria controparte (*rectius* di una pluralità di controparti) - sia capace di riassumere le istanze dei diversi istituti di credito, individuandone le posizioni comuni e così favorendo il progredire delle trattative e l'auspicata positiva conclusione del tavolo di ristrutturazione.

Ed è proprio questa la principale ragione che spiega perché i compensi professionali del "legale banche" sono generalmente inclusi tra i costi di ristrutturazione a carico dell'impresa in crisi.

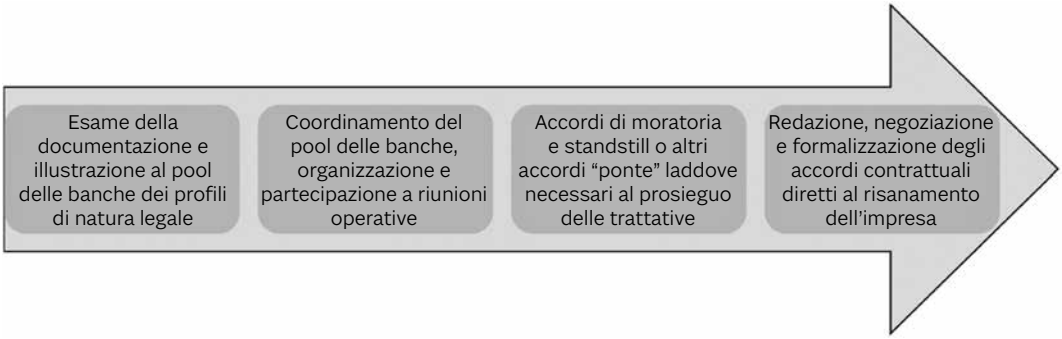
15.1 Le attività compiute dal legale banche

A scopo illustrativo, si elencano di seguito le attività di norma assolte dal legale banche nell'ambito dei tavoli di ristrutturazione:

- esame della documentazione relativa all'operazione di ristrutturazione, approfondimento e illustrazione al *pool* dei creditori finanziari dei profili di natura legale, ivi inclusi quelli afferenti alla tipologia e alla struttura stessa dell'operazione proposta;
- coordinamento del *pool* dei creditori finanziari nello svolgimento dell'operazione di ristrutturazione e gestione dei rapporti con il debitore;
- organizzazione e partecipazione a riunioni operative e di coordinamento in ambito interbancario ovvero "*plenarie*" e, quindi (anche), con il coinvolgimento dell'imprenditore e delle restanti professionalità coinvolte;
- redazione, negoziazione e formalizzazione dell'eventuale accordo di moratoria e *standstill* (ove previsto) o di altri accordi "ponte" laddove necessari (p.e. *finanza ponte prededotta*);
- redazione, negoziazione e formalizzazione degli accordi contrattuali tra creditori finanziari e debitore (accordo di risanamento, accordo di ristrutturazione, accordo sottoscritto dall'esperto *ex* articolo 23 comma 1 lettera c) CCI, patti para-concordatari, eccetera);
- assistenza nelle fasi di perfezionamento dell'operazione (p.e. sottoscrizione degli accordi, verifica dell'avveramento di eventuali condizioni sospensive, eccetera).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

LE ATTIVITÀ DEL LEGALE BANCHE



15.2 Gli ambiti di intervento nel sistema del CCI (piani attestati e accordi di ristrutturazione)

Venendo a esaminare più da vicino il ruolo del legale banche nel contesto delle procedure negoziali di superamento della crisi di impresa previste dal CCI, il rilievo di fondo è che quanto è maggiore la componente negoziale dello strumento giuridico prescelto (e dunque lo spazio di azione in termini di libertà contrattuale attribuito al singolo creditore), tanto maggiore è stato (nel contesto dell'assoggettamento alla legge fallimentare) ed è lo spazio di attività potenzialmente attribuito al legale banche.

Così è, di norma, nel caso in cui il debitore opti per l'utilizzo dello strumento giuridico del piano attestato di risanamento - di cui all'articolo 56 CCI - o dell'accordo di ristrutturazione - *ex* articolo 57 e ss. CCI: in entrambe le ipotesi, le pattuizioni funzionali al superamento della crisi di impresa saranno contenute in specifici accordi, in cui l'autonomia contrattuale delle parti è assai ampia, non essendo neppure vincolata, per *communis opinio* e a condizioni date, allo stretto rispetto dei canoni tipici della *par condicio creditorum*.

Infatti, benché con riguardo al **piano attestato di risanamento** la normativa previgente non prevedesse espressamente la sottoscrizione di un contratto con i creditori (si veda al riguardo articolo 67, comma 3, lettera *d)* legge fallimentare che si limitava a prevedere che il piano di risanamento fosse attestato da un professionista dotato di determinati requisiti) e il CCI ne regoli solamente la forma (forma scritta *ad probationem*) e preveda la necessità della data certa (peraltro allineandosi alla prassi già di fatto invalsa) (articolo 56, comma 6 CCI), la concreta attuazione della manovra finanziaria prevista all'interno del predetto piano deve di fatto necessariamente passare per la sottoscrizione di un accordo con i principali creditori (che, come detto, generalmente sono appunto i creditori bancari, e, come tali, coordinati dal legale banche).

Quanto invece all'ipotesi di **accordo di ristrutturazione** (nel quale, in questo caso, l'accordo è appunto elemento fondante dello strumento), è utile considerare come la possibilità per l'impresa in crisi di "trascinare" i creditori (anche) bancari dissenzienti a condizione che gli stessi «*siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e i suoi effetti*» (articolo 61, comma 2, lettera *a)* CCI, possibilità che, pur già conosciuta dal nostro ordinamento, è stata oggetto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di ampliamento nel contesto dell'elaborazione del CCI prevedendo, a determinate condizioni, la possibilità di trascinamento di creditori non bancari), abbia conferito ulteriore risalto alla figura del legale banche. Invero, è ragionevole ipotizzare che l'imprenditore possa trovare maggiori difficoltà, in assenza del particolare raccordo con il ceto bancario mediante il legale banche, ad assolvere all'onere della prova richiesto dallo strumento in parola. In concreto, potrà dunque essere l'interlocuzione con il legale banche a rendere più agevolmente percorribile questa via, dato che lo stesso, di norma, assicura comunque che anche gli eventuali istituti poi determinatisi dissenzienti siano stati effettivamente messi nelle condizioni di partecipare alle trattative.

È bene comunque rilevare che il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti rimangono non significativamente emendati nel loro nucleo fondante, anche alla luce del CCI (cfr. i citati articoli 56 e 57 e ss. CCI). Ne consegue che le considerazioni svolte nel precedente paragrafo, pur essendo basate principalmente sulla prassi invalsa precedentemente all'entrata in vigore del CCI, dovrebbero rimanere ragionevolmente valide anche nella vigenza del CCI, salvo quanto si dirà *infra* circa la significativa novità dettata dall'istituto della composizione negoziata della crisi d'impresa.

Ciò, tuttavia, con talune precisazioni che si rendono doverose soprattutto alla luce delle novità che gli articoli 58, 61 e 100 CCI hanno apportato a tali strumenti.

La prima delle predette norme regola (opportunamente, ad avviso di chi scrive) gli adempimenti che il debitore sarà tenuto a porre in essere nel caso in cui, successivamente al deposito della domanda di omologa ovvero allo stesso provvedimento di omologazione, intervengano modifiche sostanziali del piano sottostante all'accordo di ristrutturazione. È chiaro che, in tali casi, l'imprenditore sarà tenuto - quantomeno - a richiedere al professionista indipendente di rinnovare l'attestazione di fattibilità del piano, alla luce delle relative modifiche sostanziali. Solo nell'ipotesi di modifiche sostanziali intervenute nell'intervallo intercorrente tra il deposito della domanda di ammissione e il provvedimento di omologazione è previsto dal CCI il rinnovo dei consensi dei creditori (e dunque anche dei creditori finanziari/banche).

Non si dubita, tuttavia, che, anche nelle analoghe ipotesi che pur si collochino al di fuori di tale intervallo temporale (e pur ponendo l'articolo 58 CCI gli adempimenti ivi contemplati esclusivamente in capo all'imprenditore), gli stessi saranno ragionevolmente preceduti da una fase di illustrazione e negoziazione con il ceto bancario che ben potrà avvertire anche in questo frangente la necessità di continuare ad avvalersi del proprio advisor legale.

Un altro, e più limitato, ambito di intervento del legale banche riguarda i cc.dd. **Patti paraconcordatari**. Si tratta, in questo caso, di accordi negoziati con alcuni creditori particolarmente rilevanti (anche qui spesso di natura bancaria), *a latere* di una proposta concordataria, aventi a oggetto specifiche pattuizioni che, per loro natura, non possono essere sottoposte al voto dei creditori (mantenimento di linee di credito, ecc.).

A tal riguardo, si segnala l'articolo 100, comma 2, CCI, volto a regolamentare pattuizioni che, nel vigore della previgente legge fallimentare, potevano trovare luogo unicamente in ambito para- concordatario. La norma in parola, infatti, contempla la possibilità, per il debitore che propone domanda di accesso al concordato preventivo con continuità aziendale e a determinate condizioni, di continuare a pagare, alla scadenza convenuta, le rate a scadere dei mutui con garanzia reale su asset strumentali all'esercizio dell'impresa, in deroga al principio per il quale i debiti non ancora scaduti sono considerati tali agli effetti del concorso (cfr. articolo 154, comma 2, CCI). Tale intervento normativo porta quindi a credere che, quantomeno limitatamente agli

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

aspetti regolamentati, i relativi accordi verranno "assorbiti" all'interno del contesto concorsuale, anziché rimanere confinati al di fuori di (e in parallelo a) esso.

Da quanto sopra si può ricavare che, almeno di norma, il legale banche sia stato sino a oggi nominato dopo che il debitore abbia:

› preso atto dello stato di crisi in cui versa;
› individuato - ovvero si renda disponibile a individuare, magari a seguito di confronto con i principali creditori - lo strumento giuridico di cui intenda valersi;
› dato informativa di ciò ai creditori bancari, che hanno quindi rilevato e manifestato all'impresa-cliente la necessità di essere assistiti da un proprio advisor legale di loro gradimento.

Nel paragrafo successivo si analizzeranno gli impatti su tale delineato scenario (come detto, basato sulle prassi invalse sulla base degli istituti previsti dalla legge fallimentare) della nuova (benché anticipata dal Dl 118/2021) composizione negoziata della crisi.

COINVOLGIMENTO DEL LEGALE BANCHE

	LEGGE FALLIMENTARE	CCI
Composizione negoziata della crisi	O	P
Negoziazione e perfezionamento di (i) accordo di risanamento ovvero (ii) accordo di ristrutturazione	P	P
Negoziazione e perfezionamento di patti para-concordatari	P	*Più limitata, atteso l'assorbimento di taluni patti in ambito concordatario*
Assistenza nella fase post-deposito della domanda di accesso ovvero post-omologa in caso di modifiche sostanziali al piano	*Più limitata, non essendo regolamentata*	P

15.3 La composizione negoziata della crisi d'impresa e il ruolo del legale banche

Indicate quelle che potrebbero essere le prevedibili evoluzioni della figura del legale banche, alla luce delle modifiche apportate dal CCI agli istituti già previsti dalla previgente legge fallimentare, si esaminano brevemente i presumibili effetti che avrà sulla medesima figura la nuova procedura della composizione negoziata della crisi d'impresa anticipata e mutuata dal Dl 118/2021 (i.e. il Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 recante modifiche al CCI in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023, che ha introdotto importanti novità, tra le quali la trasposizione della composizione negoziata introdotta dal Dl 118/2021 nel *corpus* normativo del CCI).

La domanda che è lecito porsi è se le banche (e, più in generale, i creditori finanziari) decideranno o meno di dotarsi di un proprio *advisor* legale già nella fase che si svolgerà davanti all'esperto (quindi ancor prima di aver concretamente individuato lo strumento proprio per la soluzione della crisi, anche nei concreti risvolti operativi come, ad esempio, la necessità o meno di redigere un accordo di natura contrattuale).

Al riguardo si deve considerare che, dalla complessiva lettura del dettato normativo, nel contesto di tale strumento le banche e gli intermediari finanziari sono chiamati a svolgere un ruolo senza alcun dubbio centrale (con conseguente opportunità di un legale che li assista). In questa nuova fase, le banche, non solo manterranno un ruolo di interlocutore privilegiato rispetto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

all'impresa in crisi, ma si troveranno altresì nella posizione di dover interfacciarsi - in buona fede e collaborativamente - con l'esperto, al fine di individuare, per quanto possibile, una soluzione che consenta al debitore di superare lo stato di crisi. È lecito quindi pensare che le interlocuzioni possano essere agevolate - anche in ragione delle tempistiche dettate della nuova normativa - da un soggetto specificamente preposto a operare una sintesi dei molteplici interessi dei creditori finanziari e a facilitare l'interlocuzione con gli stessi.

La risposta al quesito iniziale conduce dunque a prevedere una nomina del legale banche anticipata rispetto a quanto avviene nel contesto attuale, la quale possa facilitare il confronto, sia interno tra creditori finanziari, sia tra questi e l'impresa in crisi, già nella fase di composizione assistita della crisi davanti all'esperto. Del resto, tale conseguenza sembrerebbe naturale corollario dell'impalcatura del CCI, volta a favorire l'emersione e la gestione anticipata della crisi.

Ferme le considerazioni d'insieme sopra svolte e venendo ad uno sguardo più di dettaglio alle previsioni che regolano la composizione negoziata delle crisi e, in particolare, alle norme riferibili espressamente ai doveri degli istituti di credito nel corso delle trattative (in aggiunta alle previsioni che disciplinano gli obblighi dei creditori più in generale nei rapporti con il debitore e l'esperto) si offrono di seguito alcuni spunti che suggeriscono la probabilità che il legale banche sia chiamato a svolgere un ruolo rilevante nel contesto della composizione negoziata.

In tal senso, all'articolo 16, comma 5 del CCI è previsto che le banche (e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e cessionari di crediti - cioè tutti i soggetti divenuti nell'eventualità titolari della posizione creditoria per effetto di operazioni di cessione sul mercato degli NPL e degli UTP) "*sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo ed informato*".

Sempre al comma 5 dell'articolo in commento, si stabilisce che "*l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione o di revoca degli affidamenti bancari*", invitando così il ceto bancario ad evitare di aggravare la situazione di crisi del debitore compiendo azioni *dirompenti* di immediata *recovery* (o di mancato supporto al debitore in crisi) per il solo fatto di essere venuti a conoscenza dell'intervenuto accesso alla composizione negoziata.

Si osserva che i creditori finanziari, di fatto, potrebbero trovarsi nella condizione di dover continuare a (o, talvolta, essere chiamate a) erogare credito a un'impresa in stato di crisi, pur avendo - nella sostanza - solo parziale conoscibilità (i) della profondità dello stesso, (ii) dell'eventuale individuazione di un proficuo percorso di risanamento e, più in generale, (iii) delle concrete prospettive di recupero o, sotto diverso punto di vista, della direzione liquidatoria o in continuità che vorrà infine prendere l'impresa, all'esito del tentativo di composizione negoziata.

In tale situazione di incertezza, il fatto che le banche mantengano una posizione il più possibile omogenea, risulta di certo funzionale allo scopo sotteso alla norma e rilevante ai fini delle responsabilità del ceto bancario; omogeneità che potrà essere agevolata, anche in questo caso, dall'intervento di una figura di raccordo quale il legale banche.

In questo contesto, il compito del legale banche è sicuramente non banale in quanto dovrà - nella ricerca di un non facile equilibrio - necessariamente ponderare le norme in commento riguardanti la composizione negoziata della crisi (e le conseguenze che comporta il mancato rispetto delle stesse, come di seguito richiamato) e l'assetto di tutti gli obblighi, soprattutto di natura regolamentare e legati alla disciplina di vigilanza prudenziale, a cui gli istituti di credito sono tenuti, che potenzialmente potrebbero essere in contrasto con le esigenze del debitore affidato.

In tal senso, infatti, il Legislatore ha inserito, all'ultimo capoverso del comma in commento, che "*in ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta*".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Sarà quindi verosimilmente cura del legale banche prestare la massima attenzione nel supportare i propri assistiti nella redazione della suddetta comunicazione.

Del pari, il legale banche dovrà prestare particolare attenzione nel ricordare alle banche e agli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario gli ulteriori obblighi di comunicazione sui medesimi gravanti *ex* articolo 25 *decies* CCI, secondo cui "[...] *nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti*".

Più in generale, il comma 6 dell'articolo 16 CCI prevede che "*tutte le parti coinvolte nelle trattative* (tra cui i creditori finanziari - n.d.r.) *hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto* [...] [e] *danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata*".

Nella composizione negoziata si richiede quindi - anche e soprattutto, in quanto tipicamente titolari delle posizioni creditorie più rilevanti - ai creditori finanziari un atteggiamento proattivo e propositivo ai tavoli delle trattative, tenendo conto dell'obbligo introdotto *ex novo* gravante sui medesimi di dover tempestivamente e motivatamente riscontrare le richieste ricevute durante le trattative.

Ricordiamo, infatti, che la composizione negoziata si pone l'obiettivo di favorire l'emersione anticipata della crisi e la sua risoluzione poggiando l'efficacia del nuovo strumento introdotto originariamente dal Dl 118/2021 proprio sulla costruzione di un dialogo costruttivo tra l'esperto e gli altri interlocutori del debitore, in un contesto di piena collaborazione tra le parti coinvolte.

Più precisamente, a fronte dell'impegno dell'imprenditore nell'attivarsi prontamente con un progetto di risoluzione serio e apprezzabile è previsto espressamente l'obbligo per tutti gli *stakeholders* del debitore, ma in particolare per le banche - stante il loro dovere istituzionale ricordato dalla norma espressa alle medesime riservata - di agire secondo buona fede in un'accezione particolarmente rafforzata; ciò implica che gli istituti di credito devono assumere (i) un comportamento "proattivo" ed informato, e (ii) un atteggiamento prudente e di buona fede circa qualsiasi modifica unilaterale (riduzione/ sospensione/revoca) degli affidamenti che vada a incidere negativamente sulle possibilità di utilizzo degli stessi, sia in termini di *ammontari* disponibili che di altre limitazioni di operatività.

Il mancato rispetto dei doveri invocati dalle norme sopra richiamate potrebbe infatti comportare potenziali responsabilità a titolo risarcitorio in caso di un fallimento (*rectius* liquidazione giudiziale) che si dovesse aprire in conseguenza del reprensibile comportamento del creditore che avrebbe determinato inopinatamente, con il proprio operato non cooperativo e ingiustificato, il naufragio del tentativo di risoluzione della crisi.

Compito del legale banche sarà quindi - per riassumere - anche quello di *guidare* gli istituti di credito assistiti perché si conformino a un comportamento secondo buona fede affinché vi sia una effettiva "*collaborazione delle parti chiamate al tavolo delle trattative"* senza dare luogo a "*comportamenti ostruzionistici, le* [cui] *conseguenti responsabilità potranno essere oggetto di accertamento giudiziale"* (v. Relazione Illustrativa al Dl 118/2021).

Riprendendo quindi il quesito iniziale, non sembra essere azzardato sostenere che nel contesto della composizione negoziata il ruolo del legale banche, che *prima facie* potrebbe sembrare ridotto nei suoi ambiti di intervento dalla figura dell'esperto, possa al contrario assurgere ad un ruolo di ancora maggiore centralità rispetto a quanto registrato nelle esperienze maturate ai tavoli delle trattative impresa-creditori finanziari prima dell'introduzione di tale nuovo strumento di composizione della crisi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 16

Il controllo istituzionale del commissario giudiziale

Michele Monteleone, Alessia Viscillo

SOMMARIO: 16.1 L'adeguamento del CCII alla "Direttiva Insolvency": il contesto del concordato preventivo riformato – 16.2 Il ruolo e le funzioni del commissario giudiziale: la funzione di vigilanza – 16.3 Il controllo nella funzione consultiva – 16.4 La funzione di segnalazione o informazione: la relazione particolareggiata – 16.5 Il nuovo concordato semplificato: la figura dell'ausiliario – 16.6 Conclusioni

Storicamente le tre direttrici di marcia che orientano le funzioni del commissario giudiziale (vigilanza, consulenza, informazione o segnalazione), apparentemente, non presentano significative modifiche nel CCII rispetto ai compiti tradizionali. Di fatto, il ruolo, in concreto, risulta comunque modificato e ampliato, perché differente ne è l'oggetto delle sue verifiche. Infatti, se da un punto di vista squisitamente definitorio la figura del Commissario Giudiziale è delineata all'articolo 92 del CCII, senza particolari modificazioni rispetto alla previgente disciplina, la norma non esaurisce affatto tutte le prerogative ed i compiti di questa figura, che andranno desunti dalla disciplina nel suo complesso, avuto riguardo ai diversi momenti, endoprocedimentali, in cui è previsto l'intervento di questo organo essenziale. Infine, con le sue similitudini e divergenze, viene effettuato un confronto con il ruolo dell'ausiliario, introdotto dall'istituto di nuovo conio del concordato semplificato, integralmente recepito dal CCII, finalmente al varo.

Il ruolo del commissario giudiziale, quale soggetto che esercita il controllo istituzionale sulla procedura di concordato preventivo, a un primo e sommario esame del tenore letterale delle norme introdotte nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza, come definitivamente licenziato, parrebbe non essere stato significativamente modificato rispetto a quello disegnato dalla legge Fallimentare; già, infatti, a seguito delle numerose modifiche introdotte a partire dall'anno 2005, si era fortemente rafforzato e potenziato il ruolo del commissario giudiziale, non come mero ausiliario del giudice, ma come e vero proprio protagonista e "*sentinella regale*" del buon funzionamento della procedura.

Questa linea è certamente confermata, perché, come si vedrà, le norme sul commissario giudiziale, nella sostanza, ricalcano le omologhe già contenute nella legge attualmente vigente, con le dovute eccezioni, che si avrà cura di rilevare.

Se però si procede a un esame un po' più attento e "di insieme" del Codice, anche alla luce delle modifiche apportate dal decreto legislativo, recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

(c.d. Direttiva "*Insolvency*"), approvato, in esame definitivo, il 15 giugno 2022, dal Consiglio dei Ministri, di fatto, il commissario risulta ulteriormente "responsabilizzato", al pari di tutti gli altri soggetti che operano nell'ambito della crisi.

16.1 L'adeguamento del CCII alla "Direttiva *Insolvency*": il contesto del concordato preventivo riformato

Dall'esame complessivo delle novità introdotte con il Codice traspare la volontà o quanto meno l'ambizione del legislatore di sollecitare un vero e proprio *"mutamento culturale"* nel mondo della crisi e dell'insolvenza, che definitivamente spazzi via dall'ordinamento il portato stigmatizzante che si è tradizionalmente accompagnato al concetto di "fallimento" (lemma sostituito con "liquidazione giudiziale"), per fare spazio al convincimento che la crisi e l'insolvenza – soprattutto in un mondo complesso come il nostro – possono ben essere fasi, oramai fisiologiche, della vita della impresa.

Tanto risponde a un nuova concezione dell'impresa, da tempo accarezzata, che rispecchia l'inquadramento della stessa nel solco di una rilevanza sociale, fatto proprio anche dalla Direttiva Europea 2019/1023 del 26 giugno 2019[1], in cui tutti i soggetti che a vario titolo possono essere coinvolti nel fenomeno della crisi di impresa facciano con rigore e responsabilità la "loro parte", sul presupposto condiviso (e condivisibile) che una impresa "*in default*" va tolta dal mercato, perché la sua patologia spiega effetti negativi sulla collettività, mentre una impresa sostanzialmente sana (o con residua apprezzabile vitalità) va conservata e aiutata a reinserirsi nel contesto economico, poiché la sua conservazione porta beneficio alla collettività intera.

Un mutamento culturale fortemente accelerato dall'emergenza sanitaria e, da ultimo, anche bellica: la rivalutazione della continuità aziendale, quale valore e obiettivo specifico, è divenuta indispensabile per la salvaguardia degli interessi socio - economici.

L'incalzare dell'epidemia da Covid-19 ha imposto, improvvisamente, in difetto di rimedi sanitari capaci nell'immediato di arginare il contagio, il blocco di quasi tutte le attività produttive, determinando, così, una crisi generale che rapidamente ha investito l'intera economia mondiale, con conseguenze, ancora oggi, difficilmente stimabili nei più disparati settori merceologici (industria, commercio, servizi bancari, finanziari, assicurativi, di trasporto ecc.).

Nel clima rovente dei mesi immediatamente successivi al diffondersi della pandemia, il Governo ha perciò emanato una nutrita serie di disposizioni dirette sia a contenere il più possibile la diffusione del contagio che a fronteggiare le conseguenze economiche "dell'arresto forzoso" della maggior parte delle attività imprenditoriali.

Conseguentemente, alcune di tali disposizioni hanno interessato il diritto societario ed il diritto concorsuale e, tramite la legislazione di urgenza, si è andata sviluppando, anche e soprattutto nel settore economico, quello che parte della dottrina ha definito "diritto dell'emergenza".

Le tante disposizioni emanate a tal proposito (alcune destinate a durare un battito di ali) hanno riguardato, *in primis*, il rifinanziamento delle "*imprese covidizzate*", nel tentativo di superare la

1 "Direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione, le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione".

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

fase della crisi più acuta; altre, invece, hanno mirato a sospendere talune disposizioni di diritto societario e di diritto concorsuale la cui applicazione avrebbe rischiato di essere controproducente, tutte, comunque, finalizzate a far sì che eventuali prospettive di risanamento, non fossero irreversibilmente compromesse.

Il "*fattore tempo*" e i connessi strumenti di moratoria del debito, l'alleggerimento degli adempimenti di legge volti a preservare il capitale e il patrimonio imprenditoriale, alcuni rimedi ausiliari nella gestione del rapporto tra l'impresa e i suoi creditori, hanno permeato la legislazione emergenziale.

È emersa, quindi, nella prima fase di gestione degli effetti del *lock-down*, la necessità di allontanare nel tempo la sottoposizione alla procedura concorsuale liquidatoria delle imprese fallibili. Come successivo passo, il legislatore ha cercato di evitare il naufragio delle procedure preventive in corso.

Con il Dl 118 del 24/08/2021, convertito in legge 147/2021, da ultimo, ha arricchito il menù degli strumenti di regolazione delle crisi di impresa, nella consapevolezza che, se affrontate tempestivamente ed in una fase precoce, possano trovare soluzione non necessariamente attraverso dispendiosi procedimenti giudiziali, bensì attraverso una fase di "*negoziazione stragiudiziale rafforzata*".

Una scelta generata dall'esigenza di inserire nell'ordinamento delle misure in grado di affrontare eventuali "*alert*" in epoca anticipata al degenerare della crisi, in un contesto socioeconomico, quale quello attuale, caratterizzato da una generalizzata recessione, in cui la crisi dell'impresa da evento episodico è divenuta situazione endemica. Di conseguenza, in prossimità della scadenza delle misure emergenziali assunte dal governo, per rimediare alle falle che si erano improvvisamente aperte nel sistema delle attività produttive a causa del *lock-down*, diveniva pressante l'esigenza di una disciplina concorsuale efficace ma "leggera" che potesse "invogliare" le attività economiche in crisi ad intraprendere tempestivamente una soluzione, preferibilmente negoziale, per mantenere la continuità diretta o indiretta.

Il recente approdo legislativo rivela che la crisi economica, già in corso nel 2019 e aggravata dalla pandemia e successivamente dagli eventi bellici in atto, ha indotto il legislatore verso un ancor più nuovo approccio con ribaltamenti di prospettiva, ulteriori e almeno parimenti rilevanti, rispetto a quelli provocati dalle riforme susseguitesi dal 2005 fino ad oggi.

Muovendo dal principio del monopolio dell'iniziativa dell'imprenditore (il Dl 118, significativamente, non utilizza mai il termine debitore) è stato, infatti, introdotto uno strumento stragiudiziale che può essere utilizzato in presenza di probabilità di crisi o di insolvenza e che è sussumibile in un nuovo particolare contenitore relazionale che costituisce il luogo sicuro in cui le parti, sedute al tavolo di una trattativa, giocano, secondo regole prestabilite (correttezza e buona fede *in primis*), la partita della crisi.

Sempre nell'ottica di consentire ai debitori un risanamento precoce dell'impresa che possa prevenire l'insolvenza ed evitare la liquidazione, si pone, da ultimo, il recente decreto legislativo, approvato, in via definitiva nella seduta del 15 giugno 2022 dal Consiglio dei Ministri recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva "*Insolvency*").

Le innovazioni incidono sulla disciplina della composizione negoziata della crisi, in sostituzione delle procedure di allerta e di composizione assistita, ritenute poco flessibili e capaci di portare a rilevanti difficoltà applicative, soprattutto nell'attuale congiuntura economica; sulla determinazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, in funzione della tempestiva

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

rilevazione della crisi e dell'assunzione di idonee iniziative per il suo superamento; sulla valorizzazione della continuità aziendale nel concordato preventivo; sulla previsione dello strumento del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (PRO); sul venir meno con l'esdebitazione delle cause di ineleggibilità e decadenza, collegate all'apertura della liquidazione giudiziale.

Non è casuale che nell'assetto complessivo di questa nuova revisione della disciplina concorsuale, richiesta a livello europeo, vi siano gli articoli in cui sono opportunamente delineati, espressamente, gli "obblighi" delle parti e cioè:

- il dovere dell'imprenditore individuale e collettivo di adottare specifici comportamenti finalizzati non solo a riscontrare ma anche a reagire con tempestività allo stato di crisi. L'imprenditore individuale deve, infatti, adottare misure idonee a rilevare, tempestivamente, lo stato di crisi ed assumere, senza indugio, le iniziative necessarie per farvi fronte. L'imprenditore collettivo è, in termini analoghi, tenuto ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, ai sensi dell'articolo 2086 Cc, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative. L'articolo 3, comma 3, CCII descrive poi le caratteristiche delle misure e degli assetti organizzativi e il comma 4 fornisce, inoltre, un elenco dei segnali di allarme. Il legislatore ha, pertanto, non solo chiarito la funzione delle misure e degli assetti organizzativi, ma anche ha, altresì, espressamente esplicitato i segnali di allarme ritenuti più significativi rispetto ad una possibile situazione di difficoltà in cui può venirsi a trovare l'impresa. Il Decreto Legislativo definitivamente licenziato, innovando l'articolo 3 del Codice della Crisi, enuncia con precisione, per un verso, le finalità cui devono mirare le misure e gli assetti per potersi ritenere adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi e, per altro verso, i segnali di allarme rilevanti in rapporto agli stessi;
- il dovere del debitore e dei soggetti con cui egli si interfaccia nella gestione della crisi di comportarsi, secondo correttezza e buna fede, anche nei confronti dei lavoratori dipendenti (articolo 4). Il nuovo comma inserito nel corpo dell'articolo 4 del CCII stabilisce l'obbligo di consultazione sindacale in capo al datore di lavoro che occupi più di quindici dipendenti e che intenda adottare le misure previste nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva. In tale contesto i soggetti sindacali sono informati delle rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni. È qui maggiormente evidente la forte tendenza del legislatore ad apprestare maggiori tutele ai lavoratori nel contesto degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in linea con i principi inspiratori della *Direttiva Insolvency*.

Sono confermati i presidi di allerta esterna: le segnalazioni che i creditori pubblici qualificati (Inps e Fisco, ed ora anche Inail) inviano all'imprenditore in presenza dei già noti livelli di esposizione debitoria dallo stesso maturato nei loro confronti e gli obblighi di comunicazione all'organo di controllo posti in capo a banche e intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 TUB, in caso di variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti all'impresa.

Nella procedura di concordato preventivo questo approccio si è tradotto con l'introduzione di una disciplina più funzionale, finalizzata ad assicurare procedure di ristrutturazione in continuità aziendale rapide e snelle nelle quali è limitato l'intervento dell'autorità giudiziaria al momento dell'apertura della procedura.

Significativo, infatti, è l'intervento sulla normativa disciplinante il concordato preventivo in continuità aziendale, risultando solo marginali i ritocchi al concordato meramente liquidatorio,

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

anche con assuntore. In generale, le modifiche ambiscono a garantire maggiore libertà di azione dell'imprenditore, a valorizzare il consenso dei creditori e a ridurre, in un'ottica di efficienza e rapidità del processo di ristrutturazione, il ruolo del tribunale. Sono state modificate, altresì, le regole di maggioranza e le regole di distribuzione dell'attivo concordatario, affiancando alla regola della priorità assoluta quella della priorità relativa.

Il concordato preventivo si colloca quindi fra gli "*strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*" (articolo 2 lettera *m-bis*), nozione che comprende le misure e le procedure volte al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale.

Viene in apice il tema unionale della *viability*, ossia della sostenibilità economica, che diviene il baricentro dell'ordinamento concorsuale.

In un precedente scritto, si era avuto modo di segnalare come il Codice avesse rivisitato l'intera disciplina concorsuale per alcuni aspetti innovando completamente la materia, per altri aspetti, recependo le prassi e i più recenti orientamenti giurisprudenziali, al fine proprio di consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese, per salvaguardarne la capacità imprenditoriale, contemperando l'interesse dei creditori con l'esclusione dell'impresa dal mercato, riconosciuto al concordato preventivo un posto di rilievo tra le procedure concorsuali, oggetto di rimodulazione nel nuovo Codice. In tale sede era stato evidenziato come tale istituto potesse "muoversi in molte direzioni": dalla liquidazione (aggregata o anche atomistica dei beni) in via residuale, alla conservazione della gestione dell'impresa in capo allo stesso debitore e al suo risanamento (con il connesso mantenimento dei livelli occupazionali) e come la sua funzione precipua, tuttavia, restasse sempre il miglior soddisfacimento del ceto creditorio, interesse costantemente tutelato dal legislatore e più volte richiamato nell'ambito della disciplina a esso riservata, a cominciare dall'articolo 84 CCII, laddove venivano indicate le finalità del concordato preventivo.

Il nuovo Codice, così, nel raccogliere le insistenti spinte della dottrina e della giurisprudenza volte a tutelare l'interesse dell'imprenditore in stato di crisi, opportunamente, *«manifesta, un evidente apprezzamento per il concordato con continuità aziendale, per una soluzione della crisi che consenta la salvaguardia dell'azienda e la tutela dei posti di lavoro e una chiara avversione per soluzioni concordatarie meramente liquidatorie»*

Così, nell'ottica del contemperamento delle esigenze di tutela del credito con quelle della sostenibilità economica, volta alla salvaguardia dei valori aziendali, si è proceduto ad una ulteriore rimodulazione in tale angolazione visuale.

L'articolo 47 CCII, in relazione all'apertura del concordato, subordina l'inammissibilità della domanda alla manifesta inidoneità della proposta alla soddisfazione dei creditori e al perseguimento dell'obiettivo della conservazione dei valori aziendali. Come hanno fatto notare i primi commentatori, il concordato sembra poter superare il vaglio del tribunale, non sulla scorta di una valutazione positiva, ma sulla base di una valutazione non negativa, tanto da meritare l'*imprimatur*, *"non in quanto sia idoneo ad assorbire la crisi, ma in quanto non sia palesemente inidoneo a regolarla".*

La continuità è semplicemente volta alla "tutela dell'interesse dei creditori": non è più posposta a quest'ultimo, ma con esso, almeno tendenzialmente, si uniforma, preservando, inoltre, solo "nella misura possibile, i posti di lavoro". È stata, infatti, espunta, la temuta norma sui livelli occupazionali dell'ultimo biennio, con l'annessa presunzione di continuità, di cui alla originaria stesura del CCII.

Allo stesso modo va letta la compressione dello spazio di intervento del tribunale sia nella fase

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

di apertura che nella fase di omologazione, laddove le norme di riferimento non contengono più il richiamo alla verifica della ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, ma l'analisi è confinata entro margini più ristretti: si parla, *tout court,* della regolarità del procedimento e della non manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi del piano, che nel giudizio di omologa del concordato in continuità si traduce nelle "ragionevoli prospettive" di impedire o superare l'insolvenza e nell'assenza, per gli eventuali nuovi, necessari, finanziamenti, di un pregiudizio ingiusto degli interessi dei creditori.

In un simile contesto, allora, se anche le norme che riguardano il commissario giudiziale non presentano significative modifiche rispetto alla originaria versione del CCII, il ruolo, in concreto, risulta, come si vedrà, modificato perché differente è l'oggetto delle sue attribuzioni e verifiche, avuto riguardo ai nuovi obblighi posti a carico del debitore e degli altri soggetti che intervengono nella procedura di concordato.

16.2 Il ruolo e le funzioni del commissario giudiziale: la funzione di vigilanza

La figura del Commissario Giudiziale, dal punto di vista squisitamente definitorio, all'interno del nuovo Codice della Crisi è delineata dai commi 1 e 2 dell'articolo 92 CCII, senza particolari modificazioni rispetto alla previgente disciplina contenuta all'articolo 165 L.Fall., così come riformato nel 2015.

In continuità con il passato, il ruolo e le funzioni di questo organo continuano ad essere disciplinate in gran parte attraverso il richiamo alle norme relative al curatore. In particolare, in virtù del rimando espresso, al Commissario Giudiziale si applicano le disposizioni del Codice in materia di nomina (articolo 125), accettazione dell'incarico (articolo 126), di reclamo contro gli atti e le omissioni (articolo 133), in materia di revoca (articolo 134), sostituzione (articolo 135), di responsabilità (articolo 136), nonché in materia di compenso (articolo 137). L'estensione delle richiamate disposizioni è rimasta, in ogni caso, subordinata alla loro compatibilità con il ruolo dell'organo commissariale. In tal senso, anche il sistema dei rinvii previsto dal Codice, sebbene renda imprescindibile l'esame della disciplina dettata per il curatore, non può, comunque, annullare le innegabili differenze tra le funzioni dei due organi. Resta fermo che, sebbene il commissario giudiziale sia una figura analoga a quella del curatore, a differenza di costui, non ricopre poteri di amministrazione del patrimonio, né di rappresentanza del debitore e dei creditori. Riguardo a questo punto, come in passato, non deve trarre in inganno la previsione di cui all'articolo 118, comma 4, CCII, circa la natura squisitamente tutelare e non anche gestoria dell'attività svolta dal commissario giudiziale. Tale disposizione, parimenti alla sua norma omologa contenuta all'interno della legge Fallimentare (articolo 185, comma 4), nell'assegnare al commissario la facoltà di amministrazione attiva, in caso di "inerzia" del debitore, esclusivamente ai fini dell'esecuzione del concordato (fase successiva alla conclusione della procedura), conferma, *a contrariis*, che durante la procedura, ed in particolare nella fase prenotativa, il ruolo del commissario giudiziale resta privo di qualunque attività gestoria o di direzione nei confronti del debitore concordatario. Orbene, l'attività primariamente imputabile all'organo commissariale è pur sempre quella di vigilanza in quanto – a differenza della liquidazione giudiziale che determina lo spossessamento dei beni, ovvero il subentro del curatore nella gestione del patrimonio del debitore – nel concordato preventivo l'imprenditore in crisi conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la sorveglianza del commissario giudiziale, con l'eccezione riguardante il

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

compimento degli atti di straordinaria amministrazione, o comunque gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, disciplinati rispettivamente dagli articoli 46, comma 1 e 94, comma 2, CCII. Ciò posto, bisogna continuare ad escludere che le disposizioni richiamate possano applicarsi ogni qualvolta esse presuppongano l'esecuzione di un'attività gestionale simile a quella del curatore. Pertanto, ancora oggi, appare evidente che, nonostante il commissario giudiziale rivesta la qualifica di pubblico ufficiale e sia un soggetto indipendente, la diversità delle sue funzioni rispetto a quelle del curatore rimane profonda.

NORME A CONFRONTO

Articolo 92 CCII	**Articolo 165 della legge Fallimentare**
1. Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.	1. Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.
2. Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 125, 126, 133, 134, **135**, 136 e 137, in quanto compatibili, nonché le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4 bis, e 35.1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del predetto decreto	2. Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 36, 37, 38 e 39.
3. Il commissario giudiziale vigila sull'attività del debitore e fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. **Nel concordato in continuità aziendale, nel termine concesso ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera a), il commissario giudiziale, se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive di cui all'articolo 54 comma 2, affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione**.	3. Il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. In ogni caso si applica il divieto di cui all'articolo 124, comma primo, ultimo periodo.
4. La disciplina di cui al comma 3 si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte concorrenti.	4. La disciplina di cui al terzo comma si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163 bis.
5. Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.	5. Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.

Va da sé che la disciplina prevista per il curatore deve essere adattata alla figura dell'organo commissariale e, quindi, l'accertamento della responsabilità del commissario, rispetto alle sue funzioni, continua a dover essere condotto senza considerare compiti di natura gestoria, tenendo, invece, conto esclusivamente delle violazioni dei doveri del proprio ufficio.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

L'organo commissariale può ritenersi responsabile soltanto in presenza di un comportamento omissivo o commissivo che si traduca in un'inosservanza di tali doveri, in relazione all'esatto adempimento dei precetti del piano concordatario, così come confezionato dal debitore.

Secondo la stessa logica, per ricorrere contro gli atti del commissario (per il quale l'articolo 92 rinvia all'articolo 133 CCII), il debitore concordatario e ogni altro interessato (tenendo conto dell'estraneità di quegli atti rispetto ad attività amministrative), possono proporre reclamo al giudice delegato, nei termini e nelle forme previste per l'impugnazione degli atti del curatore, esclusivamente per violazione di legge. Parimenti, al commissario giudiziale, senza soluzione di continuità rispetto al passato, non si applicano le previsioni relative all'obbligo di tenuta del registro né quella relativa all'obbligo di rendiconto, di cui rispettivamente ai commi 1 e 4 dell'articolo 136 CCII.

Il nuovo Codice tratteggia all'articolo 92 le nuove linee essenziali di tale organo, non più considerato come un mero ausiliario del giudice delegato, bensì come figura necessaria, a partire dall'apertura del concordato preventivo (anche "con riserva" così come concepito dall'articolo 44 CCII, completamente rimodulato) fino alla sua omologazione.

In effetti la norma non esaurisce affatto tutte le prerogative e i compiti del commissario giudiziale (che possono essere sintetizzati in termini di vigilanza, consulenza e informazione), che dunque andranno ricavati, con analisi sistematica, dalla disciplina nel suo complesso, avuto riguardo ai momenti – nelle varie fasi in cui si articola il procedimento – in cui è previsto l'intervento di questo organo, tanto importante.

Le tradizionali funzioni del Commissario giudiziale, ad un'attenta lettura dei precetti normativi del nuovo Codice, in linea generale sono rimaste invariate: "vigilanza", "consultazione" (mediante l'assunzione di pareri) e "informazione o segnalazione" (agli organi della procedura, ad altri organi giudiziari o ad altri soggetti, fra i quali soprattutto i creditori) continuano ad integrare, in continuità con il passato, il c.d. "nocciolo duro" delle attività assegnate a questo organo.

Orbene, la ultima riformulazione dell'articolo 92 del CCII, introduce una interessante previsione innovativa riferita al concordato in continuità aziendale, assegnando al Commissario, oltre ai tradizionali compiti di vigilanza, anche un ruolo propulsivo, non solo limitato all'affiancamento delle parti nel procedimento di concordato, ma, anche partecipativo nella predisposizione ed elaborazione del piano, mirando ad una regolazione efficace della crisi, dovendo, se del caso, assumere un ruolo propositivo nel momento gestorio del risanamento aziendale.

A tutto ciò va, esemplificativamente, aggiunto che il CCII avendo apportato, in via generale rilevanti integrazioni alla disciplina del concordato (richiedendo che il contenuto della domanda concordataria sia più completo e analitico) per effetto riflesso, anche certe funzioni del Commissario giudiziale risulteranno, di fatto, più ampie.

La funzione di vigilanza, oggi, è evocata primariamente dall'articolo 44, comma 1, lettera *b)*, CCII. Tale disposizione prevede che il commissario giudiziale deve riferire immediatamente al Tribunale – per le opportune conseguenze – *"su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda, ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi".*

Le successive disposizioni, di cui alla lettera *c)* e *d)* dell'articolo in commento, contemplano, invece, per il commissario il compito di verifica del rispetto dell'assolvimento degli obblighi informativi periodici, in merito alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, nonché sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria corrente e la verifica del deposito delle spese della procedura (articolo 44, lettera *d*, CCII).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il contenuto della funzione si arricchisce, inoltre, in virtù della previsione dell'articolo 46 CCII che prescrive, in caso di atti di straordinaria amministrazione, la necessità di acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Sul punto, apparentemente, l'oggetto dell'attività di vigilanza non sembrerebbe divergere così tanto da quello indicato nelle disposizioni contenute all'interno della legge Fallimentare.

Infatti, l'articolo 161, comma 7, L.Fall., prevedendo che il commissario doveva verificare che il debitore non ponesse in essere una delle condotte previste dall'articolo 173 L.Fall. (che disciplinava la revoca dell'ammissione al concordato), già obbligava, di fatto, tale organo a vigilare sulle eventuali condotte fraudolente del debitore concordatario, ovvero sugli atti straordinari che quest'ultimo avesse compiuto senza l'autorizzazione, in una fase successiva alla presentazione della domanda di concordato. Allo stesso modo, la previgente disciplina già prescriveva una funzione di vigilanza rispetto agli obblighi informativi periodici imposti all'imprenditore nella c.d. fase prenotativa. In fin dei conti, i nuovi articoli 44 e 46 CCII, prescrivendo l'estensione della vigilanza "commissariale" agli atti in frode o agli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati, nonché agli obblighi informativi periodici, sembrerebbe non abbiano fatto altro che esplicitare ciò che la dottrina e la giurisprudenza avevano già inteso rispetto alle disposizioni previgenti.

In realtà, ad un'analisi più approfondita, che tenga conto dell'intero impianto normativo di riferimento, potrebbe arrivarsi a concludere che l'oggetto della vigilanza, come concepita dal CCII, non sarebbe del tutto coincidente con quello previsto dalla legge Fallimentare, finendo per essere più ampio. Prima di tutto sembrerebbe che la funzione di vigilanza del commissario giudiziale, a differenza del passato, già al momento della c.d. fase prenotativa, dovrà essere espletata, non solo riguardo alle attività e ai comportamenti del debitore concordatario successivi alla presentazione della domanda, ma anche riguardo alle condotte poste in essere dall'imprenditore anteriormente. All'interno dell'articolo 44, comma 1, lettera *b),* CCII, il legislatore infatti, prescrivendo l'obbligo di segnalazione del commissario verso il tribunale, fa riferimento sia a tutte le condotte pregiudizievoli per l'efficace risoluzione della crisi (come tali riferibili al momento successivo all'ammissione) sia alle condotte fraudolente che il debitore concordatario non abbia dichiarato all'interno della domanda (riferibili invece al momento antecedente alla presentazione dell'istanza).

Contrariamente al passato, dunque, verrebbe in rilievo una differenza, sul piano temporale, tra le condotte del debitore anteriori all'ammissione al concordato preventivo, e le condotte poste in essere in corso di procedura, ai sensi dell'articolo 106 CCII.

Allo stato attuale della disciplina, pare fondato ritenere che il commissario sia tenuto ad accertare non solo l'esistenza di quelle condotte successive al decreto di ammissione, che hanno l'effetto di frodare i creditori perché vanno ad incidere sul patrimonio dell'impresa e sulla tenuta del piano prospettato, ma anche di tutti quei comportamenti anteriori da cui risulti l'eventuale intenzione del debitore di ingannare i creditori, proponendo ad essi un concordato che non tenga conto del reale, effettivo, attivo e passivo dell'impresa.

In questo modo l'attuale disciplina anticipa il momento dell'attività accertativa da parte del commissario, che esamina le attività pregresse sin dalla presentazione della domanda con riserva consentendo, chiaramente, di risparmiare tempo e risorse, altrimenti superflue per una procedura "immeritevole", sin dalla sua primogenitura.

Inoltre, l'attività di vigilanza prevista appare diversa rispetto al passato in quanto, sembrerebbe che tra le condotte fraudolente, che necessitano di essere monitorate, ora vi rientrino anche le attività di occultamento o di dissimulazione di parte dell'attivo. A differenza della disciplina

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

ricavabile dalla legge Fallimentare previgente: il CCII in più parti richiede che ci sia il deposito, da parte del debitore concordatario, anche dei documenti relativi alla propria situazione patrimoniale, che, invece, non erano richiesti.

Pertanto, in conclusione, si può affermare che le condotte rilevanti sulle quali l'esercizio dell'attività di vigilanza dovrà espletarsi, riguardano nel complesso sia l'occultamento e la dissimulazione di parte dell'attivo, la omissione dolosa della denuncia di uno o più crediti, la prospettazione di passività insussistenti, la commissione di altri atti in frode, sia il compimento di atti non autorizzati, a norma dell'articolo 46 CCII o, comunque, diretti a frodare i creditori, nonché la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità.

Senza soluzione di continuità rispetto al regime previgente, il CCII collega trasversalmente la funzione di vigilanza del commissario giudiziale anche al rispetto degli obblighi informativi periodici imposti all'imprenditore nella fase prenotativa, di cui all'articolo 44, comma 1, lettera *c),* CCII; l'unica novità che qui potrebbe rilevarsi, in conformità a quanto già detto, riguarda l'oggetto dei suindicati obblighi: confrontando l'attuale testo della norma con il proprio omologo all'interno della legge Fallimentare (articolo 161, comma 8), si ravvisa il dovere del debitore concordatario di rendicontare, non solo la propria gestione finanziaria e l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, ma anche la propria situazione patrimoniale, la quale, quindi, diventa a sua volta oggetto di indagine dell'attività del commissario.

Occorre precisare che, ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui sopra, il commissario giudiziale, conformemente al regime previgente, potrà avvalersi non solo dei documenti depositati dal debitore con il ricorso introduttivo – obbligatoriamente i bilanci/ dichiarazioni dei redditi relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione –, ma anche delle note informative periodicamente depositate dal debitore medesimo, impregiudicata la necessaria valutazione della ingente mole documentale, laddove si acceda al concordato preventivo all'esito del percorso di composizione negoziata di cui agli articoli 13 e ss CCII.

Per completezza di trattazione vanno riportate due considerazioni conclusive: la prima relativa al rapporto tra la funzione di vigilanza e la responsabilità del commissario e la seconda, invece, pertinente al *modus operandi* del commissario nell'espletamento del suo compito, alla luce del "*diktat*" di cui al comma 1 dell'articolo 94 CCII. In *limine*, alla luce di quanto detto, ben può ritenersi che la violazione di uno dei doveri di vigilanza normativamente previsti, non integra, automaticamente, un profilo responsabilità del commissario giudiziale in termini risarcitori. Infatti, per accertare una responsabilità del commissario derivante da negligente vigilanza andrà, certamente, valutata anche l'incidenza causale di tale negligenza in relazione alla produzione del danno. In definitiva, rimane invariato il principio per il quale alla violazione dell'obbligo di vigilanza può ricondursi un danno risarcibile soltanto dimostrando che, laddove, il commissario giudiziale avesse correttamente vigilato, il danno non si sarebbe prodotto.

Quanto al secondo aspetto, si noti che la vigilanza del commissario, anche nella fase prenotativa, non può che esplicarsi secondo quanto disposto dall'articolo 94, comma 1, CCII con riferimento alle sue funzioni a regime, laddove viene espressamente previsto che "*durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale*". L'effetto è che, posta la conservazione di gestione e titolarità dell'impresa in capo all'imprenditore ricorrente, ove questi sia una società, permangono in carica tutti gli organi societari, compreso il collegio sindacale, che continuerà ad espletare le sue funzioni di controllo anche nel corso del concordato con riserva e, anche, nelle fasi successive. In

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

tali ipotesi, pertanto, "si verifica [ancora] una sorta di convivenza necessaria fra organi societari e organi della procedura: la condotta dei primi continuerà ad essere orientata dalle prescrizioni del diritto societario secondo quanto previsto in ordine alle tipiche funzioni ad essi riconosciute, la condotta dei secondi sarà improntata ai criteri sanciti nel CCII ed esclusivamente orientata alla tutela delle ragioni dei creditori".

Il quadro, si qui tratteggiato, si arricchisce con la previsione dell'articolo 55, comma 5 CCII che onera il commissario di attivare il meccanismo di revoca o modifica delle misure protettive concesse ai sensi dell'articolo 54. È doveroso ricordare che, ai fini della inevitabile armonizzazione con la normativa di promanazione europea, la disciplina degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore nel Codice è stata radicalmente modificata.

Tradizionalmente, infatti, si era abituati a ricollegare alla semplice pubblicazione della domanda di concordato (ovvero della domanda prenotativa) gli effetti protettivi tipici della procedura concorsuale: primo tra tutti il divieto di azioni esecutive individuali (e l'improcedibilità di quelle eventualmente pendenti).

Nel nuovo sistema gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore:

- non si producono in forma automatica, poiché è necessario che il debitore faccia espressa richiesta delle misure protettive nella propria domanda e che il tribunale le disponga;
- hanno una durata limitata nel tempo;
- possono venire meno in corso di procedura.

Ed è proprio con riguardo a tale ultimo profilo che si configura un nuovo e certo inedito, ambito di controllo da parte del commissario giudiziale, cui è attribuito il potere di sollecitare la revoca o la modifica delle misure protettive.

La novità ha portata dirompente nel nostro sistema, nel quale la procedura "concorsuale" è tradizionalmente intesa come una procedura esecutiva collettiva, che tiene luogo delle procedure esecutive individuali, poiché il patrimonio del debitore è destinato al soddisfacimento della totalità dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum* (sia pure annacquata per effetto delle molteplici novità introdotte nel corso degli ultimi tre lustri, quali, esemplificativamente, *in primis*, la previsione delle classi ovvero delle regole che consentono il pagamento di debiti pregressi): non è dunque semplice riuscire a immaginare quali possano essere le ragioni (diverse da quelle che impongano in generale l'arresto della procedura, ai sensi dell'articolo 106, che ha preso il posto dell'articolo 173 legge Fallimentare) che giustificano la modifica o la revoca di misure protettive sul patrimonio del debitore.

16.3 Il controllo nella funzione consultiva

La funzione consultiva del commissario giudiziale, storicamente, è stata sempre individuata, primariamente, nell'espressione dei "pareri obbligatori" (ma non vincolanti) sugli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, che il G.D. era chiamato ad autorizzare. La nuova disciplina su questo punto sembrerebbe non aver apportato nessuna rilevante modifica, constatato che gli articoli 94, comma 2, e 46, comma 2, CCII, hanno lasciato impregiudicata la tecnica regolamentatrice del controllo degli atti di straordinaria amministrazione (come originariamente prevista dagli articoli 161, comma 7 e 167, comma 2, L.Fall.). Oltre che nell'ipotesi sopraindicata, la prassi, tradizionalmente, ha evidenziato come la funzione consultiva tendesse ad esplicarsi anche in ipotesi specifiche, nelle quali, tuttavia, non si è mai rinvenuta un'indicazione normativa espressa in merito.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il riferimento è:

- ai casi di autorizzazione del tribunale (o del giudice delegato) al pagamento dei creditori anteriori;
- alla risoluzione o sospensione dei contratti pendenti;
- alla proroga del termine di presentazione di piano, proposta e documentazione completa;
- all'ammissione alla procedura. Per essi, l'attuale legislatore agli articoli 44, lettera a), 97 e 100, CCII, ha continuato a non prendere posizione, potendosi ritenere ancora valida, così, la legittimità dell'opinione, già espressa in precedente scritto [M. Monteleone, "Il Commissario e Liquidatore Giudiziale", (Parte I Capitolo 6), Wolters Kluver] secondo cui la partecipazione dell'organo commissariale, in questi casi, rappresenta una indispensabile attività consultiva.

Per contro, opportunamente, il CCII espressamente ha previsto l'intervento consultivo preventivo della figura in esame, rispettivamente nelle seguenti ipotesi:

- nell'articolo 47, comma 1 – apertura del concordato preventivo – (in precedenza all'articolo 163 LF);
- nell'articolo 95, comma 3, (prima *ex* articolo 186 *bis*, comma 4, L.Fall.), laddove la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale (dopo il decreto di apertura, invece, dal G.D.) acquisito il parere del commissario giudiziale;
- nell'articolo 99, comma 3, (in precedenza articolo 182- quinquies, comma 3, L.Fall.), in materia di finanziamenti prededucibili, laddove il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro 10 giorni.

16.4 La funzione di segnalazione o informazione: la relazione particolareggiata

Essa appare, senza dubbio, tra le più incisive di quelle esercitate dall'organo commissariale, in quanto costituisce il "termine finale" della vigilanza compiuta. Risulta invero presumibile che, tanto la declaratoria di inammissibilità per violazione degli obblighi informativi, quanto la revoca dei termini concessi per la predisposizione del piano e della proposta avverranno su segnalazione dell'organo commissariale. Va, tuttavia, chiarito che il commissario giudiziale non ha una vera e propria legittimazione attiva ad avviare i suddetti procedimenti, limitandosi, viceversa, a segnalare le situazioni che, peraltro, potrebbero essere rilevate d'ufficio dal tribunale, valutate le quali, procederà con i relativi provvedimenti.

La funzione in esame trova la sua massima consacrazione nella previsione di cui all'articolo 106 CCII (che riproduce l'articolo 173 L.Fall.), prendendo dunque in considerazione: "atti in frode" (che in via esemplificativa vengono indicati, al comma 1 della suindicata norma, in occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo; dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti; esposizione di passività insussistenti); *"il mancato deposito delle spese di procedura, come quantificata dal tribunale con il decreto di apertura del concordato"* e *"atti non autorizzati* - n.d.r. *a norma dell'articolo 94 CCII -"* (vale a dire, secondo il comma 2, comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori); o mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato risultanti in qualunque momento. La disamina effettuata in relazione all'articolo 106 CCII, focalizza l'attenzione dell'interprete sulla necessità di un "*continuo controllo*", in funzione di garanzia degli interessi del ceto creditorio, in ordine alla corretta prospettazione ed esecuzione del

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

concordato preventivo, stante la permeante esigenza di tutela dell'interesse generale (dei valori aziendali da disgregazioni evitabili) sottesa alla procedura concorsuale; infatti, quale "norma di chiusura", mira ad elidere, in radice, il rischio di "legalizzare" condotte abusive e di approfittamento in danno dei creditori e dei loro interessi. Il commissario giudiziale, quale *longa manus* del tribunale, è l'organo a cui è demandato l'impulso di parte, in quanto, dal suo "*osservatorio privilegiato*" ha la possibilità, più di altri, di accorgersi di eventuali attività distrattive o fraudolente poste in essere dal debitore in precedenza, ovvero nel corso della procedura e, quindi, in tali ipotesi, deve riferire immediatamente al tribunale, affinché, fatte le opportune indagini, proceda alla revoca del concordato. Nell'ottica della disciplina dell'istituto "pensato" per la negoziazione (privata) della crisi d'impresa, i creditori sono chiamati ad assumersi il rischio insito in ogni operazione economica, purché la "contrattazione" avvenga nel rispetto del principio di buona fede (la cui tutela è affidata univocamente all'articolo 106 CCII, così come previsto dall'articolo 173 LF), di cui il commissario giudiziale ne è "custode".

La questione più importante concerne, tuttavia, l'individuazione degli atti in frode rilevanti ai fini della attivazione della segnalazione a base del procedimento di revoca *ex* articolo 106 CCII. Va subito detto che la norma non presenta sostanziali novità rispetto all'articolo 173 L.Fall.; tuttavia, il ruolo del commissario giudiziale risulta certamente amplificato, per effetto delle altre modifiche introdotte nella disciplina del concordato.

Infatti, a valle dell'entrata in vigore, al 15 luglio 2022, sarà inevitabilmente necessario confrontarsi con la circostanza che il CCII delinea in modo molto più analitico il contenuto della domanda di concordato; di conseguenza, ogni omissione o insufficiente rappresentazione dei contenuti della domanda, per come precisamente delineati all'articolo 87 CCII, potrebbe essere astrattamente configurabile come "atto in frode", nel senso chiarito dalla giurisprudenza, ovvero come difetto di un requisito di ammissibilità.

In quest'ambito, rappresenta tema particolarmente sensibile l'introduzione, all'articolo 87, comma 1, lettera *h),* CCII dell'obbligo per il debitore di specificare *«le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di realizzo»:* si tratta di comprendere se la giurisprudenza avrà un approccio rigoroso o meno nella interpretazione di questa norma, se, cioè, la mancata chiara indicazione della sussistenza di presupposti per l'utile esperimento di azioni risarcitorie e/o recuperatorie, sarà ritenuta omissione rilevante ai fini dell'arresto della procedura.

L'articolo 106, comma 2, ultima parte, CCII, così come già l'articolo 173, comma 3, ultima parte L.Fall., dispone che la revoca del concordato preventivo può essere legittimamente pronunciata dal tribunale *"se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88".* La previsione di nuovi contenuti e presupposti di ammissibilità della domanda di concordato, assume evidentemente rilievo anche con riguardo alla necessità per il commissario di verificare, durante tutto il corso della procedura concordataria, il venir meno delle condizioni per l'apertura e comunicarlo al tribunale, che, svolte le opportune indagini, può decidere di revocare il concordato preventivo. La *ratio* sottesa a tale norma è la tutela dei creditori e del loro soddisfacimento, ma anche quella di evitare che venga portata a termine una procedura pubblica, laddove manchino le condizioni prescritte dalla legge: è, dunque, una misura prevista anche a tutela dei "profili pubblicistici" che permangono tutt'ora nel concordato (e che, anzi, sembrano destinati a prevalere sui caratteri privatistici, stando al *trend* degli ultimi interventi normativi). Il concordato preventivo, pur avendo un impianto

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

generale prevalentemente contrattualistico, è retto da una disciplina che prevede una serie di regole procedurali che non sono nella stretta disponibilità del debitore: queste costituiscono uno strumento di tutela di coloro che, pur non aderendo alla proposta concordataria, risultano destinatari degli effetti della stessa. Ciò significa che, nel concordato liquidatorio, come oggi ridisegnato, il commissario giudiziale dovrà stabilmente verificare che non risulti incisa la soglia minima del 20% di soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza nel loro ammontare complessivo e la ulteriore soglia, che potremmo definire "incrementale", di apporto di terzi (articolo 84, comma 4, CCII).

Decisamente più complicata, seppur certamente doverosa, sarà la verifica da parte del commissario giudiziale della sussistenza e permanenza dei requisiti di ammissibilità nel concordato con continuità (diretta o indiretta): al commissario giudiziale competerà, certamente, il gravoso compito di verifica della sussistenza e permanenza dei requisiti che consentono al debitore di qualificare un concordato come "in continuità" (articolo 84, comma 3, CCII).

Permane, tuttavia, il dubbio se questi ultimi requisiti debbano essere ritenuti tali, a pena di inammissibilità, in mancanza di una espressa previsione normativa.

Sostanzialmente analoga a quella contenuta nell'articolo 173 L.Fall. è la disciplina dell'articolo 106, comma 2, CCII con riferimento agli atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori. L'articolo disciplina gli atti pregiudizievoli ai creditori compiuti dal debitore durante la procedura di concordato. Gli atti che richiedono un'autorizzazione sono prevalentemente i c.d. atti di straordinaria amministrazione: il debitore che, come noto, conserva l'amministrazione dell'impresa nel corso della procedura di concordato preventivo (c.d. spossessamento attenuato) può compiere tali atti, se autorizzato. Qualora manchi l'autorizzazione e il commissario se ne avveda, si dà luogo alla revoca del concordato, perché si presume che gli atti non autorizzati rappresentino un mezzo con il quale il debitore altererebbe l'assetto patrimoniale sottoposto ai creditori e li defraudererebbe nelle aspettative di soddisfo promesse. Tuttavia, si dovrebbe escludere l'applicabilità della sanzione della revoca, laddove lo stesso imprenditore compia in buona fede attività previste nel piano. Dunque, prima di pronunciare la revoca per il compimento di atti non autorizzati, ai sensi dell'articolo 106, comma 2, CCII, si dovrà valutare se quell'atto risponde alle esigenze patrimoniali previste dal piano e se è funzionalmente utile in ragione del soddisfacimento dei creditori. Soccorre, sul punto, il richiamo alla recentissima giurisprudenza della S.C. di Cassazione, che ha ribadito il principio secondo cui "*i pagamenti eseguiti dall'imprenditore, ammesso al concordato preventivo in difetto di autorizzazione del giudice delegato, non comportano, ai sensi dell'articolo 173, comma 3, LF, l'automatica revoca della suddetta ammissione, la quale consegue solo all'accertamento, da compiersi ad opera del giudice di merito, che tali pagamenti, non essendo ispirati al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, siano diretti a frodare le ragioni di questi ultimi, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato*".

16.5 Il nuovo concordato semplificato: la figura dell'ausiliario

Come ha avuto modo di osservare acuta dottrina, una delle "*cifre*" della disciplina del Codice della Crisi in tema di concordato preventivo è costituita da un forte ridimensionamento, non esente da critiche, del concordato liquidatorio, come disciplinato dall'articolo 84 CCII, che prevede una duplice condizione di ammissibilità, sebbene rimodulata rispetto alla versione originaria

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

del Dlgs 14 del 2019[2]. Con il Dl 24 agosto 2021, n. 118 attraverso il disposto degli articoli 18 e 19, il legislatore ha proceduto, invece, ad una sua valorizzazione, che ha fatto supporre il convincimento che l'istituto continuasse a rappresentare un'alternativa alla continuità aziendale, troppo ardua da perseguire.

Il Decreto Legislativo definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 15 giugno 2022 prevede l'innesto della composizione negoziata nel Codice della Crisi, in attuazione della Direttiva *Insolvency* del giugno 2019.

La composizione negoziata nel Codice della Crisi prende il posto della composizione assistita, in cui l'OCRI, era l'organismo propulsivo. Con il Dl 118/2021, il Legislatore ha elaborato uno strumento paraconcorsuale, più rapido e meno oneroso dell'allerta prevista dal Codice della Crisi, al fine di agevolare il risanamento di imprese, la cui crisi non fosse profonda: la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Percepita da molti come una vera svolta nei percorsi di risanamento - in assenza di limiti dimensionali ai soggetti che vi possono accedere - si presenta come un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà (di natura volontaria, negoziale e stragiudiziale) imperniato sulle figure imprenditoriali che mantengono la libera iniziativa di avvalersi dello strumento conservando la gestione dell'impresa e dell'esperto indipendente, che supporta l'imprenditore nella identificazione di possibili soluzioni nonché nelle trattative con i creditori. La composizione negoziata sostituisce, dunque, le misure di allerta e di composizione assistita della crisi nell'ambito di un nuovo Titolo II della parte prima del Codice della Crisi.

Nell'opera di trasposizione della disciplina del Dl 118/2021, sono state apportate alcune modifiche volte a razionalizzare gli istituti, anche tenendo conto del dibattito sviluppatosi nei primi mesi di applicazione della disciplina.

Ulteriore novità introdotta dal Dl 24 agosto 2021, n. 118, recepita dal CCII, è il concordato semplificato, che non è una nuova figura di concordato autonomo cui il debitore può accedere liberamente, ma una procedura utilizzabile, ad esclusiva iniziativa del debitore, solo come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad altre soluzioni. Tanto si deduce dall'intera intelaiatura del nuovo intervento riformista e, in particolare, dalla previsione del primo comma dell'articolo 25 *sexies* del CCII, che ha riprodotto l'articolo 18 Dl 118/2021 (così come emendato dalla legge di Conversione 147/2021). È chiaro, pertanto, che questa nuova procedura è utilizzabile soltanto dall'imprenditore che abbia seguito il percorso della composizione negoziata, sempre che le trattative siano state avviate e che, all'esito delle stesse, non sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che ne rendevano probabile la crisi o l'insolvenza.

---

2 Con l'intervento correttivo del CCII datato 15 giugno 2022, il concordato liquidatorio è regolato dall'articolo 84, comma 4; la procedura rimane pur sempre sottoposta ad una duplice condizione di ammissibilità. Sebbene non vi sia nessuna divergenza rispetto alla versione originaria in relazione alla prima condizione (di ammissibilità), costituita dalla (obbligatoria) soddisfazione dei creditori chirografari nella misura di almeno il 20% del complessivo ammontare dei loro crediti, l'elemento di novità è rappresentato dalla seconda condizione. La norma, sempre nell'ottica della sostenibilità economica volta ad agevolare le soluzioni della crisi, richiede la sussistenza di un apporto di risorse esterne idoneo ad incrementare di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda. L'aumento incrementale del 10%, riguardante appunto le risorse esterne, non è più quindi riferito, come nella previgente formulazione, al soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, bensì all'attivo presente al momento del deposito della domanda e distribuibile dopo il pagamento delle prededuzioni e delle prelazioni. Con il risvolto pratico che non si dovrà più tener conto, oltre che dell'attivo, anche del passivo da soddisfare.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Il concordato semplificato è, cioè, costruito dalla legge come la procedura cui l'imprenditore ricorre dopo il fallimento delle trattative della negoziazione, per cercare un regolamento del dissesto, al di fuori della liquidazione giudiziale, secondo il modello classico della cessione dei beni, in cui manca qualsiasi interesse alla continuità dell'impresa da parte sua o di terzi o, per meglio dire, manca quella componente, di qualsiasi consistenza, di prosecuzione dell'attività aziendale che, secondo l'interpretazione elaborata dalla Suprema Corte, rende applicabile la disciplina speciale prevista dall'articolo 186 *bis*, L.Fall.[3].

Il concordato semplificato, pertanto, è ascrivibile, per qualificazione normativa, alla categoria dei concordati liquidatori, seppur indirettamente possa favorire la continuità, come lascia intendere il già citato articolo 25 *septies* del CCII, allorquando disciplina la cessione dell'azienda o di ramo della stessa già prima dell'omologa, che è un dato relativamente valorizzato dal nuovo legislatore, ai fini della continuazione (indiretta) dell'attività.

Tale istituto non può ritenersi una sottospecie del concordato preventivo ordinario, ma una vera e propria figura giuridica a sé, retta da una autonoma disciplina, che contiene disposizioni e specifici richiami alle norme dettate per l'ordinario concordato preventivo, ma non un rinvio generalizzato alle stesse. Ne deriva che le uniche norme del concordato preventivo applicabili alla nuova figura di concordato semplificato sono quelle espressamente richiamate, con conseguente inapplicabilità delle regole non richiamate; né, è stato ritenuto, che gli spazi vuoti possano essere riempiti con l'applicazione analogica della ordinaria normativa, in quanto detti vuoti normativi non sono da colmare, ma sono le caratteristiche della nuova figura, che lo differenziano dal concordato liquidatorio ordinario[4].

Il nuovo concordato è definito semplificato proprio perché non richiede una serie di requisiti e comportamenti che onerano il debitore, che intende accedere all'ordinario concordato; per cui applicare al primo le norme del secondo significherebbe vanificare la portata del nuovo istituto. Le caratteristiche del concordato semplificato sono, come la stessa denominazione manifesta, la semplicità ed essenzialità del rito attraverso cui si sviluppa, sebbene il presupposto oggettivo su cui si fonda sia il medesimo di quello che regge l'ordinario concordato liquidatorio, ossia lo stato di crisi o di insolvenza, come precisa il primo comma dell'articolo 84 CCII, laddove sono indicate

3 Tale norma, infatti, spiega la Corte, non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnato una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori. A sua volta, il legislatore del codice della crisi e dell'insolvenza, ben conscio del travaglio interpretativo intorno alla figura di quei concordati che prevedono la prosecuzione dell'attività aziendale, mediante l'utilizzazione di una parte soltanto del complesso aziendale, con previsione di una liquidazione dell'altra parte, pur proponendo come regola il criterio distintivo della prevalenza, ha temperato lo stesso con un criterio qualitativo che valorizza la conservazione del valore dell'azienda, favorendo contemporaneamente la prosecuzione dell'attività d'impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali, intesa come preservazione, nella misura possibile, dei posti di lavoro (articolo 84, comma 2).

4 Di contrario avviso è altra tesi dottrinaria, formatasi agli albori della introduzione del Dl 118/2021, che intravede nel nuovo istituto una vera e propria procedura concorsuale desunta da alcuni indizi: l'intervento dell'autorità giudiziaria, il necessario rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e, dunque, della par condicio creditorum (evocata a contrario anche dal riferimento alle classi di creditori), il necessario concorso dei creditori, stante il richiamo delle norme del concordato preventivo agli articoli 168, 184 e 111 LF, quali elementi sufficienti ad attribuire la natura concorsuale al concordato semplificato, con il risvolto pratico di poter invocare l'applicazione dei principi in materia, qualora si renda necessaria l'analogia juris per colmare le lacune normative.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

le finalità del concordato preventivo. È vero, infatti, che il concordato semplificato costituisce uno degli sbocchi della procedura della composizione negoziata e che con questo strumento si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario, tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa, ma, qualunque sia il significato da attribuire all'espressione *"condizioni di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza",* che condiziona l'accesso alla procedura stragiudiziale, è pacifico che al concordato semplificato il debitore può accedere, come già detto, "*quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 23, commi 1 e 2, non sono praticabili, essendosi svolte secondo correttezza e buona fede*". Qui l'uso della congiunzione "e" (e non della disgiunzione "o") tra le due condizioni (che le trattative non abbiano avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 23, commi 1 e 2, CCII non siano praticabili), sta a significare che la situazione in cui versa il debitore è talmente deteriorata che, non solo non si è trovata, in astratto, una soluzione capace di portare l'impresa verso il risanamento, ma che non sussiste, in concreto, la possibilità di uno degli accordi di cui parla il primo comma dell'articolo 23 (con le connesse misure premiali), né di pervenire ad un accordo di ristrutturazione nelle sue varie forme, ossia che lo stato in cui si trova (o già si trovava inizialmente) il debitore non è quello di una crisi o insolvenza probabile, ma di una crisi o vera e propria insolvenza irreversibile in atto.

La proposta di concordato semplificato va presentata entro sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto, resa all'esito del tentativo di composizione negoziata e con la quale si è certificata l'impossibilità di individuare una soluzione idonea al superamento della crisi; termine evidentemente decadenziale non essendo previste proroghe o eccezioni. Tale proposta, unitamente al piano di liquidazione e alla documentazione richiesta dalla legge, va presentata al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha l'impresa (il proprio centro degli interessi principali), con un ricorso con il quale si chiede, contestualmente, la omologazione del concordato. La formulazione testuale della norma consente di ritenere il superamento della fase della ammissibilità del concordato, ma, quanto alla individuazione del giudice competente, riprende quella dell'articolo 27 CCII, ovverosia, si fa riferimento al centro principale degli interessi del debitore secondo la definizione fornita dalla norma; tuttavia, nella nuova fattispecie, tale condizione viene in considerazione solo al momento della presentazione della domanda, non rilevando l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente, a cui fa riferimento l'articolo 28 CCII, perché tale norma non è richiamata e la nuova legge rinvia, esclusivamente, al criterio del centro degli interessi principali, senza ulteriori precisazioni in merito.

Tralasciando gli ulteriori aspetti procedurali dell'istituto in commento, elemento di novità, ai fini della presente trattazione, è costituito dalla introduzione della figura dell'ausiliario e dai suoi profili di collateralità e contiguità con quella del commissario giudiziale.

A seguito della presentazione della richiesta di omologazione del concordato, come risultante dalla allegata proposta e piano di liquidazione, "*il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura Civile, assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4*", (cfr. terzo comma dell'articolo 25 *sexies*, che sostanzialmente ripropone il contenuto del terzo comma dell'articolo 18 del Dl 118/2021, come integrato dalla legge di Conversione 147/2021).

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Per la verità non è chiaro, né la Relazione di accompagnamento al Dl 118/2021 aveva fornito lumi in proposito, il perché dell'introduzione di questa nuova figura, invece di richiamare, *sic et sempliciter* quella del commissario giudiziale, posto che l'ausiliario ha gli stessi compiti, seppur con raggio di azione più ridotto, di quest'ultimo, al punto che il comma ottavo dell'articolo in commento, rende applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 106, 117, 118, 119, 324 e 341 del CCII, specificando "*sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario*".

La ragione di tale innovazione, secondo una certa scuola di pensiero, andrebbe ricercata nella volontà di evitare duplicazioni di centri decisionali e di concentrare tutta la procedura nelle mani del tribunale, con l'assistenza dall'ausiliario, ovvero nella circostanza desunta dal fatto che alla procedura di concordato semplificato possano accedere le imprese non fallibili, laddove non è prevista la figura del commissario giudiziale.

Come noto, la nomina dell'ausiliario, di cui al codice di rito, rientra nella facoltà del giudice che si avvale di un esperto in una determinata arte o professione o, comunque, sia idoneo al compimento di atti che il giudice stesso non può compiere da solo[5].

A stretto rigore interpretativo, la nomina dell'ausiliario nel concordato semplificato è, nonostante il richiamo dell'articolo 68 Cpc, obbligatoria in quanto egli è un organo della procedura concordataria, che non può proseguire senza l'attività di ausilio di tale figura. Questa distinzione è presente nel Dl 118/2021, come integralmente recepito nel CCII, in quanto la figura dell'ausiliario nominato a norma dell'articolo 68 Cpc è opportunamente richiamata nel comma quarto dell'articolo 19 CCII, per assistere il giudice nel "*procedere agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del comma 1 e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive*", ove appunto si fa ricorso a un organo non necessario e occasionale, che presta assistenza al giudice in un particolare frangente ed è destinato ad esaurire il suo incarico col deposito di una relazione riassuntiva del compimento degli atti di sua competenza, onde assicurare il migliore svolgimento possibile della procedura.

Nell'articolo 25 *sexies* CCII, per contro, si prevede la nomina obbligatoria di un organo che partecipa alla gestione (controllo), seppur in una misura più attenuata di quanto faccia il commissario giudiziale, di una procedura concordataria, in modo da fornire al tribunale uno strumento certo di sindacato sull'operato dell'imprenditore in concordato, rapportato alla semplificazione del rito. Il che non esclude che il commissario possa, a sua volta, farsi coadiuvare da un ausiliario perché le due figure non sono sostitutive e confliggenti tra loro, ma possono coesistere. Il richiamo espresso dell'articolo 68 Cpc allontana la figura dell'ausiliario da quelle degli organi tipicamente deputati alla gestione o al controllo delle procedure concorsuali e da quelle regolate dallo

5 Non a caso, alla figura di un organo ausiliario ex articolo 68 Cpc, la giurisprudenza (cfr., ex multis, Tribunale Benevento 25.09.2012) fece ricorso immediatamente dopo la riforma del 2012 con l'introduzione del concordato con riserva, per il fatto che all'epoca non era prevista la nomina di un commissario o "precommissario", neppure in via facoltativa, all'atto della concessione del termine, per cui si doveva sopperire alla carenza collaborativa e di controllo, "per decidere sulle istanze di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione e/o relativi allo scioglimento o alla sospensione di contratti in corso di esecuzione, oppure dalla domanda medesima siano desumibili profili di complessità della procedura in ragione della prevista e dichiarata continuazione dell'attività di impresa, su istanza del ricorrente, o motu proprio al fine assicurare una costante vigilanza sull'attività di impresa"; nel caso in esame, invece, la legge prevede la nomina di un organo che svolga più o meno queste attività, per cui non vi era bisogno di richiamare la figura dell'ausiliario ex articolo 68 Cpc, sussistendo il modello del commissario del concordato pieno.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

stesso Dl 118/2021, come trasfuso nel CCII. Anche l'ausiliario va scelto tra gli iscritti negli albi presso i tribunali (articoli 22 e segg. disp. att. Cpc) ma il giudice è libero di individuare tra questi chi ritiene più idoneo al compito specifico che gli assegna, di modo che l'ausiliario è l'unico organo che compare nelle procedure di composizione negoziata e di concordato per la cui nomina non sono richiesti requisiti professionali specifici indicativi di una competenza nelle materie della crisi di impresa, posto che gli esperti devono essere scelti negli elenchi istituiti presso le Camere di Commercio, l'iscrizione ai quali richiede determinate caratteristiche professionali e per il liquidatore, che viene nominato all'atto dell'omologa, viene richiamato l'articolo 114 CCII, che, a sua volta, richiama l'articolo 358.

Questi ultimi non prestano giuramento, nel mentre l'ausiliario nominato ai sensi dell'articolo 68 Cpc è un consulente del giudice soggetto al giuramento e non ha il limite dettato per l'esperto di non poter ricevere più di due incarichi contemporaneamente (articolo 13, co. 7 CCII).

Infine, l'ausiliario nell'espletamento del suo incarico, può incorrere sia in responsabilità disciplinare, ma principalmente in quelle penali, indicate dall'articolo 64 Cpc, e civili, dato che la stessa norma fa salvo il risarcimento dei danni causati alle parti. "*L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione*", dispone ancora il terzo comma dell'articolo 25 *sexies*. Benché la nuova normativa non richiami il primo comma dell'articolo 92 CCII, che attribuisce al commissario giudiziale la qualifica di pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni (né l'articolo 127 CCII che attribuisce la stessa qualifica al curatore), tale qualifica va comunque riconosciuta a tale organo, sia perché è espressamente qualificato quale ausiliario, ai sensi dell'articolo 68 Cpc, sia perché l'articolo 357 Cp - che offre la definizione di pubblico ufficiale, a seguito delle leggi n. 86/1990 e n. 181/1992, - ha focalizzato l'attenzione sulla funzione del soggetto e non più sul ruolo, per cui tale qualifica va attribuita a tutti quei soggetti che concorrono a formare la volontà di una pubblica amministrazione, che sono muniti di poteri decisionali, di certificazione, di attestazione, di coazione, anche se si tratta di collaborazione saltuaria.

Pertanto, l'ausiliario è tenuto alla denuncia dei reati di cui abbia conoscenza in ragione del suo incarico. La figura dell'ausiliario corrisponde, come già si è detto, a quella del commissario giudiziale, ma i suoi compiti sono più limitati in quanto non svolge alcuna attività di controllo sulla veridicità dei dati contabili, né verifiche prodromiche al giudizio di ammissibilità attribuite al commissario dall'articolo 47 CCII, né è tenuto alle incombenze di cui all'articolo 105 CCII, per cui non è obbligato a redigere l'inventario del patrimonio del debitore, né a svolgere le indagini per la redazione della relazione, che non è prevista, anche perché alcune di queste informazioni sulla condotta del debitore e sulle cause del dissesto sono, o dovrebbero essere, contenute nella relazione dell'esperto.

L'ausiliario, per il richiamo dell'articolo 94 CCII, contenuto nel secondo comma dell'articolo 25- *sexies*, esercita la vigilanza sull'attività del debitore, come in un qualsiasi concordato preventivo e rileva eventuali fatti e circostanze interessanti ai fini del sub-procedimento di cui all'articolo 106 CCII, espressamente richiamato dal comma ottavo dell'articolo 25- *sexies* CCII e, quando il piano di liquidazione prevede una offerta di acquisto dell'azienda, di rami della stessa o di singoli beni, che deve essere accettata prima della omologazione, dà esecuzione all'offerta e, quindi alla vendita, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (cfr. comma terzo articolo 25 *septies* CCII).

Per la verità quest'ultima disposizione, come è stato evidenziato dai primi commentatori del Dl 118/2021 (la cui norma di riferimento è stata integralmente riprodotta nel CCII), appare di-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

scordante rispetto ai compiti dell'ausiliario in quanto si attribuisce a questi il potere di procedere alla vendita, qualificata espressamente come coattiva con il richiamo degli articoli da 2919 a 2929 Cc, come se avesse la disponibilità del patrimonio del debitore, nel mentre egli, a norma del richiamato articolo 94 CCII, esercita solo una attività di vigilanza sulla gestione dei beni e dell'esercizio dell'impresa, che rimane pur sempre in capo al debitore.

L'equivoco nasce dalla circostanza che il terzo comma dell'articolo 25 - *septies* CCII, ha richiamato la disposizione del comma secondo, riferita al liquidatore, richiedendo l'autorizzazione del tribunale nel caso di piano di liquidazione che preveda che il trasferimento, contemplante l'offerta di acquisto, debba essere eseguito prima della omologazione: di fatto, nulla cambia sotto il profilo in esame.

Infatti, anche nel concordato ordinario per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione nel corso della procedura è richiesta l'autorizzazione del giudice delegato (figura che manca nel concordato semplificato, per cui correttamente si parla di autorizzazione del tribunale), ma, come si desume dal secondo comma dell'articolo 94 CCII - espressamente richiamato dall'articolo 25 *sexies* CCII - è il debitore che chiede l'autorizzazione e provvede a dare esecuzione all'atto autorizzato, rispetto al quale il commissario esprime il proprio parere.

Il richiamo all'articolo 106 CCII, in mancanza di un provvedimento di apertura della procedura, ha fatto sì che nell'ultima parte del comma ottavo dell'articolo 25 *sexies* fosse previsto che "*ai fini di cui all'articolo 106, il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato*".

Problemi interpretativi derivano dal richiamo di questa norma del CCII, che dovrebbe consentire la revoca del concordato semplificato per gli stessi motivi per i quali può essere revocato il concordato ordinario. Tuttavia, può ritenersi che il suddetto precipitato normativo sia depotenziato nella sua portata in quanto, nell'ambito della procedura semplificata, consente di colpire i comportamenti fraudolenti precedenti, ma non il compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti che non appaiono coerenti rispetto alle trattative.

Infatti, qualora l'imprenditore abbia preventivamente informato degli stessi l'esperto e questi abbia ritenuto tali atti non pregiudizievoli per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, andranno considerati legittimi e quindi non potranno essere qualificati come atti idonei alla revoca del concordato, *ex* articolo 106 CCII, a meno che non siano stati fraudolentemente compiuti.

Apparentemente l'ausiliario non sembra avere altri compiti durante la procedura, tuttavia considerato che il tribunale in sede di omologa deve svolgere una serie di valutazioni che investono la fattibilità e la convenienza del concordato per i creditori (cfr. articolo 25 *sexies*, comma 5), va fortemente rivalutato il contenuto di quel parere, richiesto all'ausiliario dal comma quarto dell'articolo 25 *sexies* CCII, nel senso che, se tale parere non può, per i motivi esposti, essere rilasciato all'atto della nomina e della comunicazione della proposta ai creditori, può diventare il *"fulcro principale"* dell'attività dell'ausiliario, in modo da consentire al tribunale di adottare una decisione basata non solo sulla documentazione acquisita, sugli esiti dei mezzi istruttori assunti, richiesti dalle parti o disposti d'ufficio ma, soprattutto, in relazione alle eventuali opposizioni spiegate in sede di omologazione.

La suddetta interpretazione normativa risulta suffragata dal secondo comma dell'articolo 48 CCII, a mente del quale, nel termine di almeno cinque giorni prima dell'udienza fissata "*il commissario deve depositare il proprio motivato parere*", sul presupposto che anche nel concordato semplificato "*i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata*". In questa sede non è

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

prevista la richiesta del parere motivato dell'ausiliario, ma tale atto non è estraneo alla procedura medesima, dal momento che è espressamente previsto nel quarto comma dell'art 25 *sexies* CCII.

Così, in una ricostruzione di sistema, il parere dell'ausiliario non solo assume una funzione coerente e rilevante in quanto non è riferibile solo ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, ma è anche e soprattutto utile per la finalizzazione dello svolgimento di attività di indagine che, partendo dall'esame dell'andamento storico dell'impresa, in una prospettiva di stretta realizzazione del piano proposto dal debitore, confrontato con gli esiti di una liquidazione giudiziale alternativa (da scongiurare per aggravio di tempi e costi), consenta, di fatto, al tribunale di verificare se la proposta arrechi o meno un pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria.

Entra, pertanto, in gioco, in maniera dirompente, la disamina da parte dell'ausiliario dei comportamenti di *mala gestio*, eventualmente tenuti dal debitore, che potrebbero dare ingresso ad azioni di responsabilità, a carico degli organi di gestione e di controllo, e/o revocatorie, esperibili nel corso di un eventuale procedimento di liquidazione giudiziale, che, con caratteri di tutela indennitaria o reintegratoria, andrebbero a rimpinguare l'attivo fallimentare (*rectius* liquidatorio).

Né in tale giudizio di prognosi potranno essere non considerati, come visto, i costi e i tempi di una procedura di liquidazione giudiziale rispetto a quella semplificata proposta.

Infine, il richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'articolo 25 *sexies* all'articolo 118 CCII (ivi compresa la locuzione "*sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario*"), consente di ritenere – analogamente al concordato ordinario - che l'ausiliario non cessa la sua attività con l'omologa, giacché in forza della norma richiamata egli deve sorvegliare l'adempimento del concordato e, quindi l'opera del liquidatore, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione e deve riferire al giudice ogni circostanza dalla quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Il richiamo in questione appare oltremodo opportuno, in quanto di questa ulteriore attività non v'è traccia in altra parte della normativa, attesa la decisività di questo residuo potere di controllo (diretto dell'ausiliario ed indiretto del tribunale) finalizzato a garantire l'interesse dei creditori al rispetto degli impegni assunti dal debitore proponente, quasi sempre, come dimostrato dalla prassi, vanificato, in concreto nelle modalità esecutive della liquidazione come dettate nel piano.

16.6 Conclusioni

Sia consentito richiamare una recentissima, illuminata e condivisibile, dottrina che ha evidenziato come "*l'introduzione di una procedura stragiudiziale di prevenzione delle crisi meno farraginosa rispetto all'allerta è quanto mai opportuna ed è giustificato che il legislatore adotti anche strumenti per favorirla, ma con la composizione negoziata è stato costruito un meccanismo che si autolegittima come modello preferenziale non solo per prevenire la crisi di impresa, ma anche per risolvere una crisi in atto in via privatistica al di fuori delle aule giudiziarie. Alla fine di questo percorso non riuscito, quando il debitore può accedere alle varie forme di procedure di regolamentazione della crisi offerte dal nostro ordinamento, è stata data allo stesso la possibilità di ricorrere ad una nuova procedura liquidatoria, che produce esattamente gli stessi effetti del concordato preventivo ordinario con cessione dei beni, ma non richiede una valutazione di ammissibilità, lascia al debitore una grande libertà di organizzare la proposta, ed ora anche la possibilità di dividere i creditori in classi, non è soggetta alla votazione dei creditori ed il controllo del giudice interviene solo al momento dell'omologa ed è inquadrato in un perimetro legislativamente delineato.*

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

La creazione di una procedura, così incongruamente asimmetrica in favore del debitore e sfacciatamente lesiva dei diritti dei creditori, che peraltro segue ad una fase in cui hanno già subito notevoli limitazione all'esercizio dei loro diritti di credito, non può che avere la funzione di operare, nel corso delle trattative per la composizione negoziata, una pressione per vincere eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori. E, a mio avviso, non è etico che lo Stato offra al debitore, che già tanti danni ha procurato ai suoi creditori a causa della sua crisi o insolvenza, una ulteriore arma per "costringere" costoro ad accettare le sue proposte; evidentemente il legislatore sovrano la pensa diversamente"[6].

Queste riflessioni consentono di ritenere l'indispensabilità della verifica, attuale, delle condotte di tutti coloro che si muovono nel circuito della crisi di impresa, fondate su variegate professionalità, fisiologicamente contrapposte.

Così, in un momento tanto delicato, sicuramente ancor più difficile e complesso risulterà l'assolvimento delle funzioni, tutte, richiesto al Commissario Giudiziale e alla nuova figura dell'Ausiliario.

La tenuta dei profili di indipendenza e responsabilità degli organi (gestori e di controllo) sarà lo specchio del più tortuoso tema dell'etica e legalità nella gestione della crisi.

Indispensabile uno "*scatto culturale*", che consenta di rifuggire da antiche consuetudini.

Certamente "*nulla sarà più come prima*".

"*Chiunque salga sul proscenio della crisi dovrebbe farlo con umiltà e non con arroganza, nel rispetto dei diversi ruoli; è proprio il rispetto dei ruoli che restituisce una legittimazione reciproca, unico antidoto per il superamento delle diffidenze. Etica dell'impresa in crisi significa innanzitutto affrontarla in modo trasparente e per tempo ... fare piazza pulita dei variegati conflitti di interesse... Dobbiamo brandire ogni arma lecita per reclamare che la tutela giurisdizionale sia elargita con immediatezza, posto che ogni ritardo, in economia, si traduce in qualche scorciatoia illegale*"[7].

6 Così. G. Bozza, Il concordato semplificato introdotto dal Dl n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

7 Così M. Fabiani, Etica, Legalità e Crisi di Impresa tra Diritto ed Economia al tempo delle riforme (una postilla), in Crisi d'impresa e Insolvenza del 13 novembre 2019.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 17

L'avvocato: facilitatore e negoziatore

Gianluca Leotta

SOMMARIO: 17.1 La riforma delle procedure concorsuali e il Codice della crisi e dell'insolvenza – 17.2 Consulente professionale e figura chiave nell'individuazione della governance societaria – 17.3 "Facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa – 17.4 Profili di responsabilità – 17.5 Conclusioni

Nel contesto dell'attuale legge Fallimentare, ove è attribuita al debitore un'ampia discrezionalità in merito all'individuazione dei diversi istituti giuridici per il superamento della crisi d'impresa, assume un ruolo fondamentale la figura professionale dell'avvocato. L'avvocato, infatti, costituisce una vera e propria risorsa per la società, ovvero il consulente il cui ruolo assume rilevanza sia nella vita quotidiana dell'attività societaria sia nell'eventuale fase patologica della stessa, la cui attività involge competenze stragiudiziali e giudiziali. È in tale contesto che l'avvocato costituisce la figura di "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa, ovvero il professionista che affianca il debitore nell'adozione di tutti quegli strumenti atti a prevenire ed evitare la crisi d'impresa e, laddove quest'ultima non si possa evitare, nell'individuazione e nella scelta dello strumento di regolazione della crisi medesima.

17.1 La riforma delle procedure concorsuali e il Codice della crisi e dell'insolvenza

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a differenza della legge Fallimentare previgente, imperniata principalmente su istituti di natura giudiziale quali il concordato preventivo e il fallimento[1], [1] è caratterizzata da istituti giuridici aventi natura privatistica, attivati su base volontaria, che sono sottratti, almeno in prima battuta, a un controllo giudiziale, ma rimangono, di contro, nella disponibilità del debitore, il quale mantiene la piena gestione dell'impresa.

Il legislatore nazionale con il CCII ha introdotto un quadro normativo improntato, da un lato, a prevenire ed anticipare la crisi d'impresa mediante la previsione del dovere per l'imprenditore di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni della società, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (*cfr.* articolo 2086 Cc), e, dall'altro, a regolamentare ed evitare lo stato d'insolvenza e di disequilibrio economico- patrimoniale della società, attraverso

1 G. Sancetta-A.I. Baratta-C. Ravazzin, La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, Milano 2022.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

il dovere dell'imprenditore 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 (*cfr.* articolo 2086 del Codice civle).

La *ratio* della nuova normativa fallimentare è dunque quella di attribuire all'iniziativa del debitore il diritto-dovere di adottare tutte le misure atte a prevenire ed evitare la perdita della continuità aziendale e di scegliere lo strumento ritenuto più opportuno, anche in base alle peculiarità e alle dimensioni della propria impresa, per regolamentare la crisi e salvaguardare l'attività societaria, consentendo alla società che si trovi in difficoltà economiche di continuare ad operare e svolgere la propria attività commerciale e, prevedendo, di contro, l'esclusione della stessa dal mercato come soluzione estrema, operante solo nel caso in cui lo strumento scelto per la regolamentazione della crisi non abbia sortito effetti positivi[2].

In tal modo, il legislatore nazionale, in attuazione della disciplina europea, ha voluto far fronte alle nuove esigenze degli imprenditori, che sempre più numerosi optano per soluzioni di tipo negoziali, che prevedono la rinegoziazione delle condizioni contrattuali con i fornitori e/o gli istituti di credito, al fine di fronteggiare la crisi, talvolta temporanea, e lo stato d'insolvenza delle società.

La fotografia dei dati più recenti rileva, infatti, che nel corso del triennio 202-2022 si è registrato una diminuzione dei fallimenti e dei concordati preventivi, ma è aumentato il numero degli imprenditori che ricorrono agli strumenti alternativi, come gli accordi di ristrutturazione *ex* articolo 182 *bis* Rd 16 marzo 1942 n. 267[3] .

È in tale contesto, dunque, che l'imprenditore non può agire da solo, ma dev'essere necessariamente affiancato da professionisti, primi fra tutti l'avvocato, inteso quest'ultimo come consulente legale per la società che riveste il ruolo di "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa, ovvero un vero e proprio mediatore tra gli interessi dell'impresa da ristrutturare e quelli del ceto creditorio, il cui unico obiettivo è quello di ripianare e risolvere la crisi aziendale.

17.2 Consulente professionale e figura chiave nell'individuazione della governance societaria

Come poc'anzi anticipato, il nuovo assetto normativo e, più in generale, la nuova disciplina in tema di procedure concorsuali determina l'assoluta necessità per l'imprenditore di farsi affiancare da un professionista legale nell'ambito della vita quotidiana della società.

In quest'ottica, la figura professionale dell'avvocato non dev'essere percepita dall'imprenditore come necessaria solo in presenza di un contenzioso, potenziale o attuale, bensì dev'essere intesa come figura professionale che, operando sulla base di alti livelli di specializzazione, deve accompagnare l'imprenditore durante la vita quotidiana dell'attività societaria.

La funzione dell'avvocato dev'essere innanzitutto quella di affiancare l'imprenditore nell'attività di individuazione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, ovvero nell'adozione delle procedure, direttive e prassi operative, finalizzate a garantire

2 L. Rutolo, Organizzazione di impresa e prevenzione del rischio insolvenza: dai modelli 231 ai sistemi di allerta del CCII, in Le Società n. 11, 1° novembre 2020, p. 1195.

3 Cfr: Cerved Group osservatorio 4Q marzo 2021 n. 43.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che la *governance* societaria eserciti correttamente e in modo efficace il proprio *business* commerciale[4].

A tale riguardo, infatti, l'articolo 2086 Cc dispone espressamente che "*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*", configurando, in tal modo, un assetto societario in cui l'attività di controllo assume importanza centrale nella vita dell'impresa.

L'avvocato, infatti, deve suggerire e coadiuvare l'imprenditore, mediante scelte informate e consapevoli, nell'adozione di un sistema di *governance* efficace, adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e idoneo, tra le altre cose, ad evitare, o comunque a prevenire, il rischio di transazioni con società a rischio di insolvenza, il rischio di insoluti e/o contenziosi relativi a rapporti commerciali, e ad intercettare tempestivamente i segnali di crisi ed il rischio di perdita della continuità aziendale.

Inoltre, assumono particolare rilievo anche le attività di rilevazione e monitoraggio dei rischi espletate in relazione al pericolo di un'eventuale crisi finanziaria cui potrebbe incorrere l'impresa, le cui attività di controllo si affiancheranno agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società e potranno essere svolte in maniera adeguata e corretta solo mediante l'operato armonico di un apparato societario, ovvero organi e funzioni aziendali, ben strutturato.

In tale contesto, dunque, deve maturare l'approccio culturale e professionale sia dell'avvocato che del cliente-imprenditore, il cui rapporto di collaborazione deve, o quantomeno dovrebbe, sorgere già durante la fase di "salute" della società, in modo da individuare le strategie societarie più opportune per lo sviluppo del *business* commerciale e per la prevenzione di possibili fattori di rischio per la continuità aziendale.

17.3 "Facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa

Nel caso in cui la crisi non è percepita in tempi utili e si manifesta con tutti i suoi effetti, la figura professionale dell'avvocato assume invece il ruolo di coordinatore dei consulenti e collaboratori dell'imprenditore, affiancando quest'ultimo nella migliore individuazione dello strumento giuridico per il superamento della crisi d'impresa.

In tal caso, il professionista è chiamato a proporre soluzioni per la gestione della crisi, individuando gli strumenti giuridici più adeguati a ridurre l'esposizione debitoria, interfacciandosi con il ceto creditorio e predisponendo la contrattualistica necessaria per la formalizzazione delle convenzioni volte a far fronte all'esposizione debitoria della società.

L'avvocato diviene un "facilitatore" e "negoziatore" nell'ambito delle trattative tra imprenditore, creditori e parti coinvolte, la cui attività professionale si sostanzia in primo luogo nella fase di analisi e studio della situazione fattuale e giuridica della società in crisi.

Il professionista, infatti, in ossequio al generale principio di professionalità e diligenza, è chiamato *i)* ad eseguire un'attenta analisi sulla posizione debitoria complessiva della società e ad informare l'imprenditore in modo veritiero e completo[5] in ordine agli strumenti giuridici messi

4 L. Rutolo, Organizzazione di impresa e prevenzione del rischio insolvenza, cit.

5 Cfr. Articolo 27 Codice Deontologico Forense.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

a disposizione dal legislatore per gestire la crisi d'impresa e *ii)* ad individuare lo strumento più adatto per regolamentare e superare la crisi nel caso di specie[6].

In questo caso, è essenziale l'attenzione, tra le altre cose, alla tutela degli amministratori e dei sindaci nella gestione delle attività ordinarie e straordinarie in tempo di crisi, al fine di evitare possibili comportamenti, delibere o attività che possano, successivamente, dar avvio ad azioni di responsabilità civile e/o penale nei confronti del *Management* societario o, per di più, ad azioni revocatorie volte a ricostituire il patrimonio societario, in vista della tutela della *par condicio creditorum*.

In secondo luogo, il professionista dovrà agire sulla base di un alto livello di specializzazione e della diligenza del caso specifico, mediante un grado di competenza che presuppone lo studio e l'applicazione delle *best practice* del settore[7], nell'adozione dello strumento negoziale migliore per la gestione della crisi di impresa.

In tal caso, l'avvocato è chiamato a negoziare i termini e le condizioni atte, da un lato, a soddisfare le ragioni creditorie nella misura e percentuali previste *ex lege* e, dall'altro, a consentire la ripresa dell'equilibrio economico- finanziario della società, in modo da garantire e salvaguardare la continuità aziendale, anche attraverso le richieste di provvedimenti protettivi del patrimonio aziendale, i tentativi di ottenere finanza prededucibile, nonché di accedere, all'esito delle negoziazioni, a un ventaglio di soluzioni agevolate rispetto alla disciplina ordinaria[8].

In quest'ottica, quindi, l'avvocato rappresenta il mediatore tra gli interessi della società in crisi e quelli del ceto creditorio, il cui unico obiettivo è quello di consentire la continuità aziendale, mediante il recupero dell'equilibrio economico- finanziario della società e la permanenza della società medesima sul mercato.

17.4 Profili di responsabilità

L'avvocato come "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa rappresenta dunque una delle figure professionali chiave nell'ambito della prevenzione e gestione della crisi, la cui figura, però, è connotata da peculiari profili di responsabilità.

Ed infatti, la delicatezza e la complessità dell'incarico professionale attribuito al legale, espongono quest'ultimo a profili di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore[9], che discendono da una prestazione professionale inadeguata, mentre sembra escludersi la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale.

Sul punto, occorre rilevare che il rapporto professionale che si instaura tra l'avvocato e il cliente – debitore è quello del contratto di prestazione d'opera professionale, la cui fonte negoziale è individuata nell'accordo scritto che regolamenta l'attività richiesta in capo al legale e i costi per la propria opera intellettuale.

---

6 G. Beti, Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza, in Il Fallimento n. 5, 1° maggio 2019, p. 655.

7 G. Beti, Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza, in Il Fallimento n. 5, 1° maggio 2019, p. 655

8 A. Guiotto, La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi, in Il Fallimento n. 12, p. 1527.

9 G. Beti, Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza, cit.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Premesso che lo stesso Codice Deontologico Forense impone a ciascun professionista di svolgere la propria attività con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza (*cfr.* articolo 9 Codice Deontologico Forense), occorre evidenziare che l'avvocato nell'esercizio del proprio incarico è tenuto ad osservare il generale principio di buona fede e correttezza e ad improntare la propria condotta ai criteri della diligenza richiesta dal ruolo svolto *ex* articolo 1176 comma 2 Cc e 2236 Cc, attenendosi altresì alle *best practice* ovvero alle regole specialistiche che contraddistinguono la normativa in tema di crisi d'impresa.

Ne consegue che, qualora il professionista si rendesse inadempiente alle proprie obbligazioni professionali, l'eventuale inadempimento, previo accertamento dei presupposti necessari, sarà sanzionabile alla stregua dei rimedi previsti dall'articolo 1453 Cc.

17.5 Conclusioni

Con il CCII il legislatore nazionale riforma l'intera disciplina della crisi d'impresa e delle procedure concorsuali, segnando in tal modo un'importante svolta nella tutela dell'impresa, del debitore e delle ragioni creditorie.

La riforma, allo stesso tempo, segna un passo importante anche nel rapporto tra professionisti e società in crisi, ove l'avvocato dovrà essere percepito come una vera e propria risorsa per l'imprenditore, la cui figura può essere fondamentale anche in assenza di situazioni critiche ovvero nell'operatività quotidiana della società.

L'avvocato diviene dunque un collegamento tra imprenditore e i collaboratori, al fine di individuare e supportare l'imprenditore nell'adozione dei sistemi di *governance* più adeguati all'impresa e, in caso di crisi, tra imprenditore, i collaboratori e il ceto dei creditori, al fine di individuare la soluzione migliore per regolamentare e risolvere la crisi, "facilitare" le negoziazioni e trovare "il punto di incontro" tra gli interessi della società in crisi e le ragioni creditorie, in modo da recuperare l'equilibrio gestionale e favorire la continuità aziendale.

L'assetto dell'attuale legge Fallimentare si arricchisce dunque di strumenti giuridici messi a disposizione del debitore e di regole volte a disciplinare la vita dell'impresa in momenti di difficoltà, valorizzando conseguentemente il ruolo dei professionisti, ma ampliandone inevitabilmente le loro responsabilità.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Capitolo 18

Il ruolo del giudice (delegato)

Alberto Crivelli

SOMMARIO: 18.1 L'interlocuzione nel procedimento unitario. La domanda di regolazione della crisi "in bianco". Provvedimenti cautelari e protettivi. La composizione negoziata

18.1 L'interlocuzione nel procedimento unitario. La domanda di regolazione della crisi "in bianco". Provvedimenti cautelari e protettivi. La composizione negoziata

Il tema del ruolo di interlocuzione del (e col) giudice delegato (o del Tribunale, o in alcuni casi del giudice relatore, ma la tematica è di interesse e portata analoghi in tutti questi casi) non può che essere limitato ai casi di domanda di concordato in continuità e ad alcune ipotesi di liquidazione giudiziale. Non può riguardare infatti il concordato liquidatorio non avendo tale istituto lo scopo di rilanciare l'impresa, neppure tramite la cessione dell'azienda che infatti costituisce una forma di continuità, seppur indiretta (articolo 84, comma 2 CCII). La nuova disciplina del CCII poi, non prevedendo più il criterio della prevalenza come discriminante fra concordato liquidatorio e in continuità, nel senso che è sufficiente una continuità anche non tale da costituire fonte prevalente di soddisfacimento perché il concordato sia qualificabile come tale, esclude definitivamente ogni rilevanza dell'argomento in caso di concordato liquidatorio. Può in parte riguardare l'ipotesi di accordo di ristrutturazione in quanto sebbene per tale procedura la figura del g.d. non sia prevista, un qualche ruolo potrebbe avere il giudice relatore nella fase giudiziale ai sensi degli articoli 54 e 55 CCII. Spazi si aprono peraltro in ipotesi di omologa di accordo ad efficacia estesa e di piani di ristrutturazione omologati.

A proposito dell'accordo di ristrutturazione poi va anche precisato che, a seguito delle modifiche apportate al testo dell'articolo 44 CCII, la fase c.d. "con riserva" in realtà sarà più in generale riferita non necessariamente alla presentazione di una domanda di concordato, ma in base alle esigenze ad uno degli strumenti di regolazione della crisi tra quelli possibili nell'ambito dell'ormai ricchissimo (forse troppo) panorama offerto dal legislatore della riforma, e anche sulla relativa scelta l'interlocuzione in parola avrà un ruolo non indifferente.

In generale questa interlocuzione, questo passaggio di argomenti, informazioni, atti, può essere di carattere formale (tramite atti ed udienze, di norma rispettivamente rivolti e tenute dal giudice) od informale (come solitamente avviene tra commissario e imprenditore e soprattutto *staff* professionistico dello stesso); quest'ultimo poi sarà diretto (in genere professionisti e commissario) od indiretto (giudice-professionisti). In altri termini essa presuppone una completa informazione, rivolta prima al commissario e poi da questo riversata, munita del suo parere e

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

comunque del suo filtro, al giudice. L'interlocuzione poi trova un limite nella natura anche solo parzialmente contenziosa della fase in cui si inserisce, o meglio in tali casi deve essere impostata su binari di rigido formalismo, incanalata insomma in regole processuali, come accade ad esempio in tema di misure cautelari o di autorizzazione allo scioglimento di contratti pendenti.

Cominciando così dalla fase del "procedimento unitario", è evidente che i momenti di emersione dell'interfaccia di cui s'è detto sono vari, ed alcuni veramente cruciali.

Intanto la situazione è piuttosto complessa se si tratterà di un concordato c.d. "in bianco". Qui in particolare le situazioni che impongono contatti e interlocuzioni con il giudice sono essenzialmente due: *a)* necessità di misure protettive e/o cautelari; *b)* predisposizione di un piano che possa agevolmente superare il vaglio del Tribunale.

Sotto il primo profilo, l'articolo 54 CCII prevede la possibilità per "le parti" (quindi non necessariamente solo il debitore, ma essenzialmente lui in caso di domanda di concordato e sicuramente in caso di domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione) di chiedere misure cautelari. Si tratterà di misure che siano tali, come dice la norma, in gran parte peraltro rifacendosi al testo dell'articolo 700 Cpc, da assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza. Ora la decisione sulla misura spetta al giudice relatore, e dunque lo stesso – specie in caso di domanda di omologa di un concordato – non potrà assumere una decisione se non saprà almeno nelle grandi linee quali saranno il piano e la proposta di concordato. L'interfaccia, qui rigorosamente formale trattandosi di un subprocedimento sostanzialmente contenzioso, spetterà sicuramente al debitore e al suo legale, ma un supporto essenziale sarà dato anche dall'*advisor*. Questi soggetti dovranno quindi predisporre delle linee di piano e proposta che siano coerenti con la richiesta di misura cautelare. A sua volta il legale non potrà predisporre una richiesta che non tenga conto dei limiti delle misure, in particolare del fatto che le stesse non potranno avere una portata prettamente anticipatoria della sentenza, che avrà pur sempre efficacia di accertamento costitutivo.

Allo stesso modo dovranno agire tali attori nei confronti del giudice nel momento in cui chiedessero una misura protettiva, ai sensi dell'articolo 54, comma 2 (misure peraltro la cui richiesta è riservata questa volta in via esclusiva al debitore, e il cui automatismo è drasticamente limitato dalla nuova disciplina rispetto all'articolo 161, L.Fall.). Tali misure, che consistono essenzialmente nel blocco delle azioni esecutive e cautelari, dovranno a loro volta conformarsi al contenuto del piano e della proposta (o dell'accordo), che quindi andranno anche qui anticipati. Pertanto non si potrà chiedere ad es. il blocco delle istanze di sequestro conservativo relativamente a beni dei quali il piano prevede la liquidazione, ma senz'altro lo si potrà chiedere per i beni considerati strumentali nel piano in continuità. Il ché tra l'altro non significa solo rappresentare al giudice che un certo bene sarà considerato strumentale, ma anche giustificare tale qualificazione in relazione alla continuità stessa.

Qui peraltro, attesa la natura sostanzialmente contenziosa del *sub*-procedimento, ogni difficoltà, incongruenza o carenza di rappresentazione dovrà essere risolta in sede di udienza. Non senza sottolineare questa particolarità, che mentre per le misure cautelari il passaggio d'udienza è senz'altro previsto dall'articolo 55, comma1, CCII, nel caso delle misure protettive il successivo articolo 55, comma 2, CCII prevede degli "accertamenti" sommari ma non necessariamente la fissazione di un'udienza.

Peraltro dietro questi "accertamenti" si cela l'opportunità di un passaggio in contraddittorio (anche scritto) se sorgono problematiche di comprensione e di effettiva *disclosure*, e qui il compito dei professionisti che ausiliano il debitore, se non l'hanno fatto prima, sarà quello di chiarire

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

in maniera inequivocabile il contenuto essenziale del piano e della proposta, in modo da far comprendere al giudice la necessità delle misure richieste.

È vero che il sistema (più che la norma) per le misure cautelari, e lo stesso articolo 55, comma 2 per quelle protettive, riconoscono lo strumento del reclamo, ma è evidente che l'efficacia di una misura passa essenzialmente per la sua tempestività, e quindi una non chiara indicazione degli scopi e delle modalità del piano e della proposta potrebbero scontare un rifiuto, che potrebbe divenire un accoglimento solo in sede di reclamo (quindi ben dopo), e anche qui sempre che finalmente ci si rassegni a operare un'adeguata *disclosure* (peraltro nei limiti di quanto consentito dall'articolo 124 CCII nel caso delle misure protettive, o di quelli dell'articolo 669 *terdecies* Cpc nel caso delle misure cautelari).

Vale la pena di chiarire che l'interlocuzione non può che essere strettamente formale nel caso delle misure cautelari o protettive di cui agli articoli 18 e 19 CCII, in tema di composizione negoziata della crisi, visto che tale istituto non costituisce neppure una procedura concorsuale, ma appunto una procedura su base negoziale esterna alla giurisdizione se non appunto per la fase della conferma, modifica o revoca delle misure. Ciò salvo quanto si dirà appresso con riferimento alla fase successiva alla conferma delle misure stesse. Entro tali limiti l'interlocuzione sarà non dissimile da quella che si è vista con riferimento alle misure protettive e cautelari in tema di procedimento unitario, ma qui occorre tener presente due particolarità: da un lato che l'interlocuzione coinvolgerà di necessità anche l'esperto (e in alcuni casi è la normativa stessa a prevederlo); dall'altro che le misure protettive costituiscono qui un novero piuttosto ampio e variegato, ma le più significative (il divieto di apertura della liquidazione giudiziale e di rifiutare l'adempimento di contratti in corso) sono conseguenze della richiesta di misura. Piuttosto il confronto e l'interlocuzione, che peraltro non può non tener conto del fatto che alla conferma della misura corrisponderà quella delle misure appena citate, potrà aver riguardo al contenuto della documentazione, ivi incluso il progetto del piano di risanamento, il piano finanziario, e la strumentalità delle misure alla conclusione positiva della negoziazione.

Altro momento rilevante di interlocuzione sarà rappresentato dall'istanza di autorizzazione al trasferimento dell'azienda.

18.1.1 Interlocuzione strumentale al deposito del piano e della proposta

Chiaramente nella fase "con riserva" della procedura di concordato (nel senso precisato al paragrafo precedente) non è solo strumentalmente alle misure suddette che deve sussistere l'interlocuzione, e soprattutto non è solo con riferimento alla domanda di omologa.

Intanto i professionisti che ausiliano il debitore in questa delicatissima fase, e che si accingono a predisporre un piano ed una proposta, soprattutto il primo, devono sapere con precisione quali siano i poteri del Tribunale in fase di ammissione e di omologa, e del giudice delegato nella fase tra l'ammissione e l'omologa.

Ciò in quanto predisporre un piano che non consenta al Tribunale di verificare gli elementi per esso determinanti, val quanto condannare quantomeno ad una sequela di richieste di integrazioni, chiarimenti e modifiche che vanno a tutto detrimento della possibilità di presentare al voto dei creditori una proposta fattibile in tempi ragionevoli, sempre che lo scopo non sia solo dilatorio. Ma a tale ultima eventualità dovrebbe far fronte il commissario con i suoi poteri di indagine e vigilanza: non si dimentichi che il CCII all'articolo 44, comma1, estende al pre- commissario l'autorizzazione all'accesso alle banche dati di cui all'articolo 155 *quinquies* disp. att. Cpc, di

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

cui all'articolo 49, comma 3 lettera *f)*, CCII; e che egli deve riferire al Collegio al fine della revoca del termine di cui all'articolo 44 CCII tra l'altro anche nell'ipotesi di condotte che pregiudichino la soluzione efficace della crisi (v. il comma 2 della norma citata da ultimo), tra le quali quindi rientra quella meramente dilatoria; infine l'articolo 55, ° 5°comma, prevede che il commissario riferisca al Tribunale per la revoca delle misure cautelari e protettiva allorché il debitore svolga un'attività non idonea a soddisfare l'obiettivo di agevolare le trattative.

Di analogo tenore è poi la disposizione di cui all'articolo 19, comma 6, CCII; in tema di revoca delle misure o abbreviazione della relativa durata, per l'ipotesi in cui esse non soddisfano più l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative. Qui però iniziativa dell'interlocuzione è essenzialmente affidata alla segnalazione dell'esperto e, verosimilmente, ai creditori maggiormente interessati (anche se è prevista la legittimazione anche dell'imprenditore).

Analoga interlocuzione poi si avrà nel caso di richiesta di proroga di efficacia delle misure, prevista agli articoli 55, comma 4 (per le misure inerenti il concordato) e 19, comma 5 (per quelle inerenti la composizione negoziata).

Per evitare dunque che il piano concordatario sia destinato a sorte infausta, occorrerà che non solo il commissario vigili come sopra, ma anzitutto che lo stesso verifichi direttamente e interloquisca con i professionisti del debitore, e anche col suo *management,* al fine di conoscere la reale situazione dell'azienda. Un'importante fonte informativa sarà costituita dalle relazioni periodiche previste dall'articolo 44, 1° comma1, lettera *c),* CCII specialmente sotto il profilo della descrizione dell'attività svolta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che non dovrà limitarsi all'indicazione dello stato di avanzamento, ma dovrà analiticamente indicare anche il contenuto di quanto fatto, poiché solo così il commissario potrà interloquire efficacemente col giudice e decidere se esercitare o meno i suoi poteri di segnalazione allo stesso ai sensi dell'articolo 44, comma 2, CCII di cui s'è detto.

La conoscenza dei poteri del Tribunale e del giudice delegato dev'essere però anche riferita al contenuto del giudizio d'ammissione.

In particolare occorre tenere presente quanto stabilito dagli articoli 84-88 CCII, in ordine ai requisiti della domanda ed al contenuto del piano e della proposta. Non è certo questa la sede per analizzare tali elementi, tuttavia si può far capo a quelle che sono le principali problematiche che si riscontrano nella pratica, e cioè le carenze che generalmente presentano i piani e le proposte, che sarebbero facilmente evitate da un'efficace conoscenza di ciò che "serve" al giudice ed al Collegio per ammettere il concordato. Ciò al solito passa non solo attraverso un'approfondita conoscenza del dettato normativo, che si presuppone, ma anche tramite un altrettanto efficace interlocuzione col commissario e tramite il commissario, ed in ultima battuta direttamente col giudice.

A questo proposito, aldilà dei passaggi formali di udienza e di accertamento previsti dalle norme relative al procedimento unitario con riferimento alla concessione di misure cautelari o protettive, la prassi conosce soprattutto in questa fase dei momenti d'interlocuzione formale che sfociano in verbalizzazioni o in provvedimenti interlocutori assunti dallo stesso giudice relatore, in genere con destinatario diretto il commissario, ma di fatto destinati al presentatore, che chiariscono aspetti critici i quali vanno considerati e a cui si deve ovviare per evitare incertezze e diseconomie processuali.

Concentrando l'attenzione sulla materia del concordato in continuità, spesso le carenze e criticità attengono alle doverose precisazioni circa le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale (peraltro nell'ottica della finalità della continuità

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

che, accanto a quella di preservare i posti di lavoro "nella misura possibile", consiste nella tutela dell'interesse dei creditori, articolo 84, comma 2, aspetti che entreranno dunque anch'essi nell'ottica qui di interesse; tale esigenza appare esattamente declinata dall'articolo 87, comma 3, tramite l'attestazione ora si incentrerà sulla verifica della garanzia di un trattamento non deteriore di ciascun creditore rispetto all'ipotesi della liquidazione giudiziale) (oggi articolo 87, 2° comma,), CCII) che rischiano di rimanere sul vago o addirittura omesse come troppo spesso accade oggi per le stesse attestazioni circa l'obiettivo di miglior soddisfacimento.

Rilevanti saranno poi gli aspetti inerenti l'indicazione delle modalità di soddisfacimento, posto che la continuità non sarà più come detto caratterizzata dal criterio della prevalenza, come stabilito dall'articolo 84, comma 3, che infatti così qualifica il concordato anche se il soddisfacimento non avviene in via prevalente con il ricavato della continuità stessa. In effetti sarà comunque rilevante stabilire in termini di fattibilità le modalità con cui si ricaveranno le risorse (articolo 87, comma 1, lettera *d)* e, per quelle rinvenienti dalla continuità, è insita la necessità di stabilire le modalità e i tempi con cui si ristabilirà l'equilibrio finanziario ed economico ed il piano industriale (articolo 87, comma 1, lettera *e)* con le specifiche, in caso di continuità diretta, di cui alla successiva lettera *f).*

Così come oggetto delle suddette criticità sono spesso i **criteri di formazione delle classi** e soprattutto l'analitica individuazione dei costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie e delle modalità di copertura.

Tali aspetti in effetti assumono un'importanza fondamentale nel giudizio di ammissibilità, e la loro carente indicazione segna dunque il destino di un piano. Ma allo stesso tempo si tratta di elementi anche qui di difficile concretizzazione, e allora l'interlocuzione diventa fondamentale.

Ma dove si trovano poi le maggiori difficoltà è nell'individuazione degli elementi che assicurano la **fattibilità del piano**.

Va ricordato che la fattibilità rilevante, con la riforma, non è solo più quella giuridica (cioè la non contrarietà a norme imperative o comunque inderogabili degli atti che devono essere posti in essere per attuare il piano) e più in generale l'ammissibilità formale, ma anche quella economica, intesa come attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi di soddisfacimento prospettati, escludendo solo l'aspetto della convenienza economica, ben oltre quindi i ristretti limiti indicati da un filone giurisprudenziale peraltro non più pedissequamente seguito né maggioritario (e che infatti confinava sotto tal profilo il vaglio giudiziale alla verifica circa la sussistenza, o meno, di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi). Ciò ben può dirsi anche dopo l'eliminazione dal testo dell'aggettivo "economica", dal momento che il concetto di fattibilità è ormai ben distinto da quello di ammissibilità (articolo 87, 3° comma e 47, comma 1, lettera *b).* Tuttavia evidente appare come sotto altro aspetto il controllo giudiziale sia stato circoscritto, laddove si specifica che la (non) fattibilità andrà intesa a tali fini (quindi di ammissibilità e poi di omologa) come "manifesta inidoneità alla soddisfazione dei creditori proposta dal debitore, ed alla conservazione dei valori aziendali. L'interlocuzione dunque qui sarà particolare e se si vuole di nuovo conio, non solo perché dovrà riguardare e dare sostanza al concetto di "manifesta inidoneità", ovviamente *a contrario,* cioè basterà dimostrare una sommaria idoneità, sulla base di una prognosi *ex ante,* ma riguarderà ormai non solo più appunto le prospettive satisfattorie, ma anche la conservazione dell'azienda (in questo secondo caso ovviamente in caso di concordato in continuità).

Trattasi peraltro di elementi che, già rilevanti nella pregressa disciplina (ma con riferimento

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

alla fattibilità solo come nota informativa per il ceto creditorio ai fini del voto), sono addirittura oggetto di attestazione.

Chiaramente in base al codice della crisi altri elementi assumono rilevanza, come i tempi dell'adempimento che come noto rilevano sotto il profilo della prevedibilità (nel senso che solo ciò che è prevedibile può essere oggetto di un piano efficace, e sotto questo profilo potrà farsi riferimento ai risultati cui è giunta la scienza aziendalistica in tema di previsioni di piani finanziari e di sviluppo aziendale) e sotto quello dell'adeguato soddisfacimento dei creditori, nel senso che un piano troppo prolungato può parcellizzare l'adempimento a un punto tale da rendere il soddisfacimento stesso non economicamente valutabile o meglio irrisorio. Sarà poi, sempre a proposito della continuità, assolutamente indispensabile l'individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle modalità di sua copertura (specie attraverso l'indicazione di canali in prededuzione piuttosto che mediante finanziamenti a fondo perduto o con rinuncia al soddisfacimento prioritario), come previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera *f)*.

Complesso, e quindi particolarmente abbisognevole di interlocuzione attiva sarà poi il piano che preveda **il soddisfacimento non pecuniario**, ma indiretto, come pur è possibile in base all'articolo 84, comma 3 CCII (che ipotizza infatti il soddisfacimento attraverso ad esempio la prosecuzione o la rinnovazione di rapporti contrattuali). Certamente qui occorrerà distinguere l'aspetto della convenienza economica, sottratto al vaglio del giudice, da quello della concreta soddisfazione del credito, che dovrà essere dimostrato ai fini dell'ammissibilità.

È fin troppo evidente che problematiche come quelle sopra indicate, nei casi dubbi o più complessi, sarà bene siano affrontate a monte rispetto al momento del deposito del piano e della proposta definitivi, ed oggetto di attenzione sia a mezzo dei pareri dei commissari alle relazioni periodiche , o al piano ed alla proposta definitivi, sia attraverso l'esame diretto da parte del giudice relatore del materiale documentale acquisito, dando origine ad un'interlocuzione che non necessariamente passerà attraverso udienze fissate ai fini della revoca del termine (già citato articolo 44, comma 2, CCII) salvo gli elementi del piano noti fossero assolutamente contrastanti con i parametri cui essi devono confrontarsi.

Ma è evidente che l'interlocuzione in esame avrà il suo spazio essenziale in questa fase, soprattutto in caso di deposito diretto del concordato con piano e proposta (quindi senza il passaggio del termine di cui all'articolo 44 CCII), quando il Tribunale ritenga di chiedere integrazioni al presentatore, facoltà esplicitata, all'articolo 47, comma 4, CCII.

Un altro spazio per l'interlocuzione, con finalità qui grandemente semplificatoria, è offerta da una particolare modalità del piano, consistente nella previsione della cessione di beni o dell'azienda a un soggetto già individuato che abbia avanzato un'offerta irrevocabile o abbia stipulato in proposito un contratto preliminare.

Per quest'ipotesi l'articolo 91 CCII, (come già l'articolo 163 *bis* L.Fall.) prevede che il Tribunale disponga che dell'offerta sia data idonea pubblicità al fine di acquisire **offerte concorrenti.**

Si tratta come noto di un sistema predisposto dal legislatore con la riforma introdotta dalla legge 132/2015 al fine di impedire gli effetti distorsivi del c.d. "concordato blindato", cioè caratterizzato da offerte precedenti alla domanda e la cui presenza poteva essere strumentale alla sottrazione la cessione al principio di competitività. Ora è fin troppo evidente che la maggiore tempistica conseguente al meccanismo di cui all'articolo 163 *bis* L.Fall. e 91 CCII , norma espressamente richiamata dall'articolo 84, comma 9, - che dovrà scontare l'emissione, unitamente al decreto di apertura, anche di quello con cui si dispone l'acquisizione di offerte concorrenti, con i relativi termini e la relativa pubblicità - può essere agevolmente superata dal fatto che sem-

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

plicemente il presentatore sottoponga il bene oggetto dell'offerta o del contratto preliminare a procedura competitiva, con una espressa previsione di piano accompagnata dalla disponibilità dell'offerente o del contraente.

Un efficace confronto col giudice quindi sarà idoneo a risparmiare i tempi necessari alla raccolta delle offerte e ad evitare l'instaurazione del meccanismo suddetto. Volendo fare una considerazione (provvisoria) finale, traspare da quanto precede che il formarsi del piano e della proposta sotto gli occhi del *pre-* commissario e con l'interlocuzione sopra descritta col giudice, può costituire la ragione che ancor oggi giustifica meglio il mantenimento dell'istituto del concordato "in bianco", aldilà dei suoi effetti (limitatamente) protettivi.

18.1.2 L'interlocuzione negli altri procedimenti

Nondimeno l'informazione che deve fornire il presentatore e con esso la relativa attestazione è indispensabile anche in tema di **accordi di ristrutturazione**. Qui assume particolare interesse l'individuazione precisa delle risorse finanziarie che devono essere trovate per pagare integralmente i creditori estranei entro centoventi giorni rispettivamente dalla scadenza o dall'omologazione se già scaduti (articolo 57 CCII, che prescrive sul punto l'attestazione). Ma d'altronde il piano dev'essere comunque fattibile sia dal punto di vista giuridico che economico (attestazione prevista dall'articolo 56, comma 4, CCII, esattamente come previsto dall'articolo 87, comma 2, CCII, in materia di concordato, e direi sempre nell'accezione di cui all'articolo 47, comma 1, CCII). Anche in questo caso, con riferimento a tutta l'esposizione debitoria, e quindi per agevolare il giudice e la comprensione del piano da parte dello stesso, sarà bene accompagnare la relativa interlocuzione, eventualmente cartacea, attraverso un prospetto che evidenzi gli introiti divisi per anno (sia che pervengano dalla liquidazione dei beni, sia che pervengano dalla finanza esterna, sia infine che pervengano dai flussi garantiti dalla continuità) e le corrispondenti uscite sia per la gestione aziendale sia per il soddisfacimento dei debiti alle previste scadenze (di legge o di accordo).

Particolarmente delicata l'interlocuzione poi negli accordi ad efficacia estesa (articolo 61 CCII), con speciale riferimento anche qui al concreto contenuto delle informazioni sulla situazione patrimoniale da estendere ai creditori della categoria non aderenti; la determinazione del livello di soddisfacimento dei non aderenti in relazione al disposto di cui all'articolo 61, comma 2, lettera d) e l'esclusione delle prestazioni a carico sempre dei non aderenti ai sensi del successivo comma 4.

Particolarmente utile sarà poi l'interlocuzione in occasione della presentazione di un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, ai sensi dell'articolo 64 *bis* CCII, soprattutto nella fase dell'ammissione, soggetta ad una verifica di "mera ritualità", espressione piuttosto complessa nel suo significato, che non fa che rendere incerto un istituto di cui francamente si poteva fare a meno senza rimpianti.

La normativa qui prevede, al comma 6 dell'articolo 64 *bis* citato, un'interlocuzione informativa tra imprenditore e commissario in occasione di eventuali atti di straordinaria amministrazione o dell'esecuzione di pagamenti incoerenti, e in questi casi se ritiene la sussistenza di un pregiudizio per i creditori, il commissario a sua volta, ove gli atti vengano comunque posti in essere, ne fa segnalazione al tribunale.

Inutile sottolineare l'essenzialità qui di un'interlocuzione a monte che eviti una procedura di revoca ai sensi dell'articolo 106 CCII, prevista in tali casi.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infine, sempre nella fase "istruttoria", anche la domanda in proprio di **liquidazione giudiziale** può riguardare aspetti di continuità dell'impresa che coinvolgono necessariamente l'interlocuzione col giudice.

Alludo evidentemente all'ipotesi in cui lo stesso debitore prospetti la possibilità di proseguire l'attività imprenditoriale attraverso l'esercizio provvisorio ovvero l'affitto o la cessione dell'azienda.

È noto che il legislatore del codice della crisi punta, anche in caso di liquidazione giudiziale, a preservare l'azienda, con gli strumento in particolare di cui agli articoli 211 e 212 CCII.

Ed è evidente che presentando una domanda con cui si vuole segnalare il valore aziendale per preservarlo, normalmente da parte del debitore, la domanda stessa e le istanze cautelari avanzate debbano essere coerenti con tale prospettazione, fermo restando che l'esercizio provvisorio costituisce di per sé uno degli effetti della sentenza che pertanto non può essere oggetto di provvedimento anticipatorio in sede cautelare. Ma appunto tanti possono essere i provvedimenti cautelari e soprattutto le misure protettive che possono essere richieste a fronte di un'efficace rappresentazione circa la possibilità di proseguire con l'attività d'impresa pur con le cautele di cui al citato articolo 211 CCII, ovvero di affittare l'azienda. La prospettiva del giudice che emette i provvedimenti di natura cautelare e protettiva dev'essere dunque chiara in ordine alla situazione dell'azienda, cioè deve essere ben rappresentato il fatto, in maniera direi già in quella sede inequivocabile, che la continuazione dell'impresa non recherà pregiudizio alle ragioni dei creditori. In tutte queste ipotesi la circolarità delle informazioni seguirà di norma lo schema *management-advisor*-attestatore- commissario-giudice, e nell'ultimo caso più prettamente *management-advisor*-legale- giudice, ma non di rado le relazioni si intrecceranno saltando alcuni passaggi intermedi, sia tramite un passaggio formale d'udienza; sia tramite memorie e scritti o documenti.

18.1.3 L'interlocuzione in situazioni comuni alle fasi istruttoria e successiva all'apertura

In una posizione intermedia, o comune sia alla fase anteriore che posteriore all'apertura stanno i temi del pagamento dei debiti pregressi e della continuazione dell'attività prima dell'omologa.

Il **pagamento dei debiti pregressi nei confronti dei fornitori strategici** (già previsto dall'articolo 182 *quinquies*, comma 5 L.Fall., oggi articolo 100 CCII) presuppone un'autorizzazione del Tribunale (anche dopo l'apertura) che deve essere rilasciata sul presupposto che tali pagamenti siano funzionali alla continuità e quindi alla migliore soddisfazione dei creditori e ciò sulla base dell'attestazione di un professionista.

Significativamente la norma è estesa all'ultima retribuzione ai lavoratori per il mese precedente il deposito del ricorso nonché alle rate a scadere del mutuo relativo ai beni strumentali alla continuità (purché in questo caso si attesti altresì che il creditore sarebbe soddisfatto integralmente anche in caso di liquidazione).

Come si vede, presupposti piuttosto rigorosi ma con ampio spazio alle verifiche di ciò che risulterà essenziale alla prosecuzione (nonostante e forse proprio a causa dell'attestazione) e al contenuto delle "sommarie informazioni" che il Tribunale deve assumere.

Nella pratica poi sorgono ampie incertezze in ordine a ciò che in realtà costituisce un debito pregresso (si pensi ai contratti a prestazioni continuative o periodiche, anche se ora il disposto circa le retribuzioni chiarisce un po' meglio la questione), posto che ovviamente nessuna autorizzazione occorre per la normale attività d'impresa posta in essere successivamente al deposito della domanda ed all'adempimento delle relative obbligazioni.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Ed a questo proposito si apre un capitolo in cui l'interlocuzione giudice-commissario- imprenditore è quantomai essenziale: **l'attività successiva**.

Specie cioè quando la domanda è di concordato in continuità, è logico che l'impresa prosegua in maniera più o meno normale nella propria attività, pur sotto la vigilanza del commissario (articolo 94, comma 1, CCII). Ferma restando qui la necessità di autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione (sui quali *infra*) e ferma poi l'autorizzazione ai pagamenti di debiti pregressi nei termini di cui sopra, occorre verificare quali conseguenze possa avere la continuazione dell'attività, che senz'altro genera non solo possibili perdite, ma anche la stipulazione di contratti e quasi sempre la contrazione di nuovi debiti. Una forma di regolazione di quest'attività si impone, anche perché il suo svolgimento abnorme non solo influisce sulla fattibilità (anche in via sopravvenuta rispetto al quadro presente al momento del deposito della domanda) ma anche in termini di possibili presupposti per la revoca.

In caso soprattutto di aziende di notevoli dimensioni, sarà così utile un vero e proprio programma aziendale da sottoporsi all'esame del commissario e del giudice, dal quale emergeranno gli atti che richiederanno l'autorizzazione specie in casi dubbi (si pensi all'alienazione di beni immobili che però costituiscono il *core business* dell'azienda), e soprattutto le concrete prospettive della gestione che saranno impostati in maniera prospettica rispetto alle relazioni (peraltro previste solo in ipotesi di concordato "in bianco") di cui all'articolo 44, comma 1, CCII.

Può prevedersi poi, sia prima che dopo l'apertura, l'erogazione di **finanza funzionale** all'esercizio dell'impresa sino all'omologa (finanza provvisoria), il cui debito gode della prededuzione.

Di fatto si tratta di un onere straordinario proprio in relazione alla prosecuzione dell'attività di cui s'è detto sopra (o all'accesso alle varie procedure), e soggetto però ad ancor più rigorosi limiti, indicati all'articolo 99, comma 3, CCII, che mancando la possibilità (attesa l'urgenza) di ricorrere alla solita attestazione, divenuta ormai per il legislatore la panacea di ogni problema, comporta un giudizio ancor più ampio da parte del Tribunale che presuppone non solo, ovviamente, un parere del commissario, ma prima ancora uno stringente confronto fra questo e l'imprenditore.

Qui peraltro l'interlocuzione trova un canale diretto attraverso il passaggio previsto dall'articolo 99, comma 4, estendibile anche all'ascolto (all'udienza o a mezzo di scritti) dei principali creditori.

18.1.4 L'interlocuzione relativa agli atti di straordinaria amministrazione e allo scioglimento dei contratti pendenti - Con specifico riferimento al solo concordato, relativamente alle fasi anteriori all'omologazione

Le problematiche che riguardano queste fasi – e fermo restando quanto già detto a proposito del pagamento di debiti pregressi e di finanziamenti - sono essenzialmente attinenti, nei rapporti fra i soggetti che fin qui abbiamo preso in considerazione e senza pretesa di esaustività:

- dal punto di vista fisiologico all'autorizzazione da parte del giudice delegato ad atti di straordinaria amministrazione, primi fra tutti l'anticipazione di atti liquidatori che per regola generale andrebbero riservati alla fase posteriore all'omologa;
- alla sospensione o scioglimento dei contratti pendenti;
- dal punto di vista invece patologico, alla verifica dei presupposti per la "revoca" del concordato.

Per quanto riguarda gli **atti di straordinaria amministrazione**, qui non si saprebbe veramente immaginare l'assenza di un veicolo comunicativo fra gli attori più volte indicati. Tali atti, di cui

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

all'articolo 94, comma 2, CCII (già articolo 167, L.Fall.), ove posti in essere in difetto dell'autorizzazione del g.d. (o del Tribunale nel caso si riferiscono al periodo anteriore all'apertura), sono inefficaci. L'interlocuzione qui riguarderà l'opportunità di tali atti, considerazioni sulla relativa legittimità, e sulla loro strumentalità (qui con particolare riferimento all'esigenza di porli in essere in un momento anteriore all'omologa, condizione innovativa rispetto alla precedente disciplina come avverte la Relazione Illustrativa) al miglior soddisfacimento; e financo il fatto che quelli che si intende porre in essere siano o meno qualificabili come straordinari.

L'efficacia dell'interlocuzione quindi consentirà, a fronte di evidenti contraddizioni o difetti di impostazione, soprattutto nei casi dubbi o in cui il presentatore ritenga l'insussistenza della natura straordinaria dell'atto, di agire a monte senza correrSi il rischio di porre in essere atti appunto inefficaci, il ché poi avrebbe conseguenze a catena sulla stessa tenuta (e sui presupposti per la revoca).

Tra gli atti di straordinaria amministrazione di maggior momento si pone indubbiamente in rilievo **l'alienazione di cespiti o dell'azienda**, attività che di norma come ricordato andrebbe svolta dopo l'omologa.

Che essi possano essere posti in essere anteriormente (come già previsto dall'articolo 104-*ter,* comma 6, LF) lo si ricava dall'articolo 213, comma 3, richiamato con le altre disposizioni sulla liquidazione dei beni dall'articolo 114, comma 3 CCII (che non a caso allude alle vendite poste in essere dopo la domanda di omologa *o* in esecuzione di questa). Ma per essere autorizzati, non solo dovrà proporsi una modalità competitiva compatibile con le disposizioni sulla vendita in ambito di liquidazione giudiziale, ma altresì occorrerà giustificare la necessità di procedervi in via anticipata e la conformità dell'alienazione alla proposta ed al piano (con particolare riferimento, nel caso di continuità, alla non strumentalità del bene).

Interessante poi esaminare l'atteggiarsi dell'interlocuzione nel caso della richiesta di **sospensione o scioglimento dai contratti pendenti**.

Qui il legislatore (articolo 97, comma 2) ha sciolto il nodo presente nella vecchia disciplina di cui all'articolo 169 *bis* L.Fall., prevedendo che nella fase anteriore al deposito del piano e della proposta si può solo chiedere la sospensione, ammettendo però esplicitamente tale facoltà. È però ovvio che l'interlocuzione in questo caso è più difficile o meglio deve porsi su un piano prettamente formale, proprio perché si coinvolge qui un terzo soggetto, l'altro contraente (non a caso dal legislatore qualificato come "controparte") cui deve peraltro essere riconosciuto non solo un fascio di poteri processuali, ma anche un diritto sostanziale al cosiddetto "indennizzo".

Ma tutto questo non toglie, anzi impone ancor più, una completezza dell'informazione da parte dell'istante, una sua capacità di trasmettere al giudice e anche alla controparte, che in questo senso entra da protagonista anch'essa nell'interlocuzione formale, la convenienza dello scioglimento (o della sospensione) del vincolo.

E così vale per il commissario, che a sua volta dovrà essere efficace veicolo delle criticità come delle positività, per la massa ma anche per l'altro contraente, della richiesta.

Quanto alla nuova disciplina di cui all'articolo 94 *bis* in tema di contratti pendenti relativamente a concordati in continuità, qui l'interlocuzione ha poco spazio, nel senso che si tratta di deroghe alla disciplina dei contratti in relazione alla presentazione della domanda. Le ulteriori restrizioni (impossibilità di non adempiere, modificare o risolvere contratti essenziali per la continuazione della gestione aziendale) poste ai contraenti in caso di concessione di misure protettive, costituiranno solo una remora ulteriore, o un'attenzione particolare, che il giudice dovrà porre nella concessione delle misure richieste.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Infine, ma certo solo ai fini di questa parziale e limitata carrellata (si pensi a come l'interlocuzione potrà essere rilevante in tema di trattamento dei crediti fiscali, con riguardo alla nuova disciplina delle proposte concorrenti, ecc.), l'interlocuzione assume ampia rilevanza in tema di ***sub*-procedimento di "revoca"** (tra virgolette perché non è più prevista una tale declaratoria ma, ove non si giunga all'apertura della liquidazione, una mera improcedibilità della domanda).

Anche qui deve scontarsi un ampio margine di rigore formale, non foss'altro perché di fatto il procedimento (articolo 106, CCII) vede contrapposti non solo eventuali creditori o il PM che chiedono l'apertura della liquidazione, ma lo stesso commissario e l'imprenditore visto che il primo ha denunciato al Tribunale la condotta fraudolenta o violatrice degli obblighi di autorizzazione da parte del secondo.

Ma un'efficace capacità di interlocuzione da parte dello *staff* professionistico, basata su atti e documenti, potrebbe essere idonea a giungere non solo a sciogliere delle incomprensioni strutturali, ma anche a comprendere l'esito più corretto soprattutto nell'ipotesi del disinteresse del ceto creditorio (tutt'altro che raro) o della parte pubblica, attraverso un'immediata presentazione dell'istanza in proprio di apertura della liquidazione.

18.1.5 L'interlocuzione nella fase successiva all'omologa

Tradizionalmente l'apertura della procedura concordataria a mezzo della sentenza di omologazione costituisce di fatto la chiusura della fase giudiziale, ed il ruolo del giudice viene limitato all'aspetto dell'eventuale annullamento o risoluzione, fasi peraltro del tutto eventuali e costituenti appositi *sub*-procedimenti di natura contenziosa.

In base al codice della crisi la chiusura della procedura con la sentenza di omologazione è espressamente ribadita dall'articolo 113 CCII ma, alla luce della disciplina della fase esecutiva introdotta dal codice della crisi, non si può più dire che il Tribunale esca completamente di scena. Infatti l'articolo 118, comma 4, del Codice della crisi, stabilisce espressamente che, ove il debitore non stia provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o anche solo ne ritardi il compimento, il commissario deve riferirne al Tribunale, e questo sentito il debitore attribuisce al commissario stesso i poteri necessari per **compiere gli atti in luogo del debitore**.

Insomma è evidente che in un sistema in cui la posizione centrale è assunta dal concordato in continuità, per cui di norma l'esecuzione non vede di norma la presenza della figura del liquidatore ma, pur sotto la vigilanza del commissario, avviene tramite il debitore, il legislatore ha evidentemente voluto riservare all'Ufficio giudiziario la possibilità di intervenire per far fronte all'eventuale inerzia dell'imprenditore.

Peraltro il liquidatore, come confermato dalla dizione dello stesso articolo 119, comma 6, ben potrebbe esserci. Ma ritengo che si riferisca ai casi in cui la continuità sia solo parziale, cosa del tutto possibile tanto che come visto il soddisfacimento non deve necessariamente provenire più prevalentemente dalla stessa, per cui la parte "liquidatoria" potrà essere affidata appunto al liquidatore che, in caso di inadempimento, potrebbe essere chiamato ad estendere le sue funzioni anche all'esecuzione della porzione in continuità (soprattutto indiretta, che come noto può consistere anche nell'alienazione dell'azienda, ipotesi cui si riferisce il comma 8).

Esiste così una nuova, amplissima fattispecie in cui l'interlocuzione, che qui vede ormai come protagonisti debitore, commissario e giudice, (e l'autore della proposta concorrente approvata, come deriva dal 5° comma della disposizione in essame) è della massima rilevanza, e che passa

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

prima attraverso un serrato monitoraggio e una stretta informazione, con le relative repliche, documentazioni ecc.; poi, in caso di persistente inadempienza, previa una interlocuzione formale (anche scritta, laddove si deve "sentire" formalmente il debitore), si giunge all'attribuzione di compiti di gestione (specifici, ma verosimilmente essenziali) al commissario in surroga del debitore.

La lettera della norma (articolo 94, comma 3, del Codice della crisi, farebbe poi pensare ad un ulteriore intervento più ristretto, ma non da escludersi, in campo di **autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione**.

Di norma essi sono elencati nel piano, cioè fanno parte dello stesso costituendone parte integrante e pertanto sono contemplati con esso dalla sentenza che, omologando il concordato e quindi il piano e la proposta, legittima gli atti che essi contemplano.

Nulla impedisce che la necessità di atti straordinari, sempre che compatibili con piano e proposta, sorga successivamente, si pensi all'esigenza di transigere.

Interpretiamo però la norma nel senso che in tal caso ad essere coinvolti saranno i poteri di vigilanza del commissario (ed eventualmente le competenze del comitato dei creditori se necessario), ma non certo quelli del Tribunale che, dopo l'omologazione, può intervenire come visto a surrogare l'inadempienza del debitore, ma la chiusura della procedura con la sentenza dovrebbe escluderne il permanere di un potere autorizzatorio generalizzato.

RIPRODUZIONE RISERVATA - GRUPPO 24 ORE

Alessandro Danovi - Professore di Economia e Gestione delle imprese presso L'Università degli studi di Bergamo - Facoltà di Economia. Direttore Ocri - Osservatorio Crisi e Risanamento delle imprese. Dottore Commercialista. Presidente del Comitato Scientifico di Apri - Associazione Professionisti Risanamento. Autore di numerose pubblicazioni in materia di crisi d'impresa.

Giuseppe Acciaro - Dottore commercialista e Revisore legale. Ricopre incarichi di amministratore giudiziario, curatore, commissario e liquidatore giudiziale, consulente tecnico presso i Tribunali di Milano, Cagliari e Sassari.

RIPRODUZIONE VIETATA - GRUPPO 24 ORE

CRISI E RISANAMENTO D'IMPRESA

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, anche l'epoca della cesura netta tra il diritto dell'impresa in bonis e il diritto della crisi appare tramontata. Il sistema attuale prevede una commistione di regole improntate a due assunti fondamentali: il primo è che la crisi può costituire un evento fisiologico nella vita dell'impresa e non coincidere necessariamente con la fase terminale della stessa; il secondo è che la crisi dell'impresa sarà tanto più gestibile e superabile quanto più tempestivamente si intervenga.
Il presente volume, composto di sette sezioni distinte per principale argomento trattato, è un'opera completa che ha coinvolto numerosi autori tra i più noti studiosi, magistrati e professionisti e che chiarisce in maniera definitiva le principali innovazioni introdotte e tutte le regole che andranno ad incidere sensibilmente sulla vita delle imprese italiane.