FRONTE

© Copyright 2022 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema di gestione qualità certificato ISO 9001:2015

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggiolieditore.it

e-mail: clienti.editore@maggioli.it

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

L'Autore e l'Editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relativi alla elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione degli schemi e della modulistica allegati.

L'Autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenuti.
L'Editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Finito di stampare nel mese di agosto 2022
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna

Indice

Introduzione **9**

Capitolo 1. La composizione negoziata della crisi **23**
1.1 I presupposti della composizione negoziata e l'adozione dello strumento telematico 23
1.1.1 Interoperabilità tra la Piattaforma telematica nazionale e le altre banche dati 37
1.1.2 L'accesso alla composizione negoziata e l'esperto .. 38
1.1.3 Le imprese sotto soglia 46
1.2 Le misure protettive 48
1.3 La gestione dell'impresa 54
1.4 La conclusione delle trattative 60
1.4.1 Le trattative concluse con le soluzioni idonee al superamento della crisi 62
1.4.2 Le soluzioni possibili all'esito delle trattative 63
1.4.3 La conduzione delle trattative in caso di gruppi di imprese 63
1.4.4 Gli effetti civili penali e tributari della composizione negoziata della crisi 68
1.5 Le misure premiali 69
1.6 Le autorizzazioni del Tribunale 70
1.7 Il compenso dell'esperto 76
1.8 La composizione negoziata e la soluzione stragiudiziale ... 78

Capitolo 2. Il concordato semplificato **85**
2.1 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio 85

Capitolo 3. Le segnalazioni dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati per l'anticipata emersione della crisi **89**
3.1 Le segnalazioni interne ed esterne 89

Capitolo 4. Piani di risanamento e ristrutturazione dell'impresa 93
4 L'attestatore nella crisi di impresa e dell'insolvenza 93
4.1 La nomina dell'attestatore 96
4.2 La base informativa dell'attestatore 97
4.3 L'attestazione della veridicità dei dati aziendali 100
4.4 L'attestazione della fattibilità del piano 105
4.5 L'attestazione nel piano attestato di risanamento 113
4.5.1 Gli effetti degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento 117
4.6 L'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva delle società 118
4.6.1 Le classi dei debitori 121
4.7 L'attestazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti .. 122
4.7.1 La transazione sui crediti tributari e contributivi .. 127
4.7.2 L'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti 128
4.7.3 Gli effetti civili fiscali e penali degli accordi di ristrutturazione dei debiti 131
4.7.4 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa .. 132
4.7.5 Gli accordi di ristrutturazione agevolati 134
4.8 L'attestazione nella convenzione di moratoria 134
4.9 L'attestazione nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione 135
4.10 L'attestazione nel concordato preventivo 138
4.10.1 L'attestazione nel concordato in continuità 146
4.10.1.1 Le cause legittime di prelazione la finanza esterna la finanza interna 151
4.10.1.2 L'attestazione nelle proposte concorrenti 153
4.10.1.3 L'attestazione nelle offerte concorrenti 155
4.10.1.4 L'attestazione nel concordato di gruppi di imprese 156
4.10.1.5 I contratti pendenti 160
4.10.1.6 La prosecuzione dell'attività di impresa e la prededuzione 162
4.10.2 L'attestazione nel concordato liquidatorio 166
4.10.3 La procedura nel concordato preventivo: la proposta, l'apertura della procedura, l'omologazione, la risoluzione, l'annullamento 168
4.10.4 Gli effetti civili penali e fiscali 174
4.10.5 L'attestazione per Il trattamento dei crediti tributari e contributivi 176

4.10.6 L'attestazione del professionista indipendente e l'Agenzia delle Entrate 180
4.10.7 L'attestazione del professionista indipendente e gli Enti previdenziali 189
4.11 Le autorizzazioni del Tribunale e del giudice delegato..... 190
4.11.1 L'attestazione riferita ai finanziamenti prededucibili..... 192
4.11.2 L'attestazione per i contratti con le pubbliche amministrazioni..... 195
4.11.3 L'attestazione riferita al pagamento dei crediti pregressi..... 195
4.12 Il commissario giudiziale l'attestatore il collegio sindacale 196
4.14 La continuità aziendale dell'impresa in stato di crisi o di insolvenza 203

Capitolo 5. Le funzioni dei professionisti coinvolti e responsabilità 209
5.1 L'esperto e l'attestatore e il comune requisito di indipendenza 209
5.2 Le distinte attività dell'esperto e dell'attestatore 216
5.3 Le responsabilità dei professionisti interessati alle procedure: responsabilità civili e penali..... 220
5.4 Le azioni di responsabilità..... 225
5.4.1 Le responsabilità dell'esperto..... 231
5.5 Nuovi profili di responsabilità degli organi societari alla luce del CCI per la violazione dell'adeguatezza degli assetti 234
5.5.1 Le azioni risarcitorie verso gli organi amministrativi e di controllo. L'onere probatorio 246
5.5.2 La responsabilità. Natura e limiti..... 252
5.5.3 L'onere della prova a carico dei convenuti 262

Introduzione

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza abroga il R.D. 16 marzo 1942, n267 (legge fallimentare) e giunge al termine di un percorso avviato fin dal novembre 2001 dalla Commissione presieduta dall'Avv. Sandro Trevisanato, istituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia.

Alcune norme della legge fallimentare sono state modificate da interventi legislativi, conseguenti a sentenze della Corte Costituzionale e a decisioni giudiziali e a significativi apporti dottrinari.

In precedenza, il D.Lgs. 9 gennaio 2006 n.5 è, fra l'altro, intervenuto sui diritti civili del fallito in relazione alla corrispondenza diretta al fallito, all'abrogazione del Pubblico registro dei falliti e alle disposizioni abrogative in materia di limitazioni personali del fallito.

Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza integra e modifica l'originario D.Lgs. 14/2019, attuativo della legge delega 19 ottobre 2017, n.155, per la quale la commissione presieduta dal Prof. Renato Rordof ha impostato le linee guida del successivo decreto legislativo., a conclusione di un processo talvolta avversato anche sul piano dottrinario.

Il decreto legislativo 14/2019 intende, recependo le linee essenziali della Direttiva Ue 1023/2019, rendere fattibile il precoce rilevamento della crisi di impresa e l'adozione degli strumenti idonei al recupero della continuità aziendale dell'impresa, attuando, nel contempo, il principio comunitario della migliore soddisfazione dei creditori.

La continuità aziendale sussiste, nella terminologia anglo-sassone di *going concern*, allorché l'impresa è in grado di esercitare, come un'entità in funzionamento, l'attività con la liquidità generata dalla gestione e con mezzi propri o di terzi, in entità sufficiente per onorare le obbligazioni gestionali. Si tenga presente che la tradizione contabile italiana ha considerato preminente l'aspetto patrimoniale; ora il legislatore, con la stessa definizione di *crisi*, riferita all'inadeguatezza dei flussi finanziari prospettici, accentua l'inversione di tendenza in corso, per cui in aderenza alla Direttiva comunitaria, pone in assoluta preminenza l'aspetto finanziario.

La riforma rappresenta un significativo passaggio culturale, diretto non solo agli operatori individuali o collettivi, ma anche al mondo professionale che, oltre alla visione e competenza in termini economici e aziendali, deve

anche disporre di idonee competenze giuridiche. Il presidente della Commissione di studio per la riforma[1] rileva *"che la tendenza espansiva del diritto ingloba nozioni appartenenti a discipline diverse: discipline dinanzi alle quali il giurista un tempo si ritraeva, mentre oggi è costretto a farle proprie, o comunque a misurarsi con esse in modo assai più diretto e ravvicinato"*.

L'obiettivo della continuità aziendale è presente nel nostro ordinamento. In particolare, l'art. 2423-bis C.C., comma 1, punto 1), in attuazione della Direttiva comunitaria recepita dal D.Lgs. 127/1991, prevede la valutazione delle voci di bilancio disposta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività.

Gli amministratori hanno l'obbligo, ai sensi dell'articolo 2428 C.C., di esporre nella relazione sulla gestione

l'evoluzione prevedibile della stessa, con la descrizione dei principali rischi e delle incertezze cui la società è esposta.

Il bilancio può essere redatto secondo il criterio della continuità solamente se le incertezze non sono considerate significative. Al contrario, nel caso in cui emergano incertezze significative, l'organo amministrativo dovrebbe esporre, previa analisi approfondita della situazione finanziaria, le programmate politiche gestionali, idonee per superare la temporanea criticità. Pertanto, la continuità aziendale oltre a richiedere l'equilibrio economico-finanziario in una visione prospettica dell'attività di impresa, costituisce la finalità che vincola l'operato degli amministratori e dell'organo di controllo.

L'entrata in vigore dell'originario decreto legislativo originariamente prevista per il 14 agosto 2020, è stata ritardata non solo a causa della pandemia, ma da resistenze di varia provenienza, contrarie ad una riforma che presenta un carattere liberista e orientato al mercato.

D'altra parte, la pregressa legge fallimentare è stata adottata ad un contesto economico assolutamente diverso dall'attuale, con contenuti punitivi nei confronti dell'imprenditore dichiarato fallito e senza alcuna considerazione dello stato dell'impresa e dei valori che essa può conservare in caso di positiva soluzione della crisi o dell'insolvenza.

Il Codice della crisi d'impresa sposta l'attenzione dalla figura soggettiva dell'imprenditore a quella oggettiva dell'attività d'impresa, al fine di limitare il danno economico e sociale conseguente alla cessazione dell'attività di impresa. Infatti, il Codice prende atto che la continuità aziendale costituisce, oltre che un bene intangibile, anche un'esigenza sociale, perseguibile con il

---

1 Renato Rordof in "La continuità aziendale tra disciplina del bilancio e diritto della crisi" (2), nella relazione tenuta in occasione del convegno in ricordo di Bernardino Libonati, svoltosi a Roma il 4 aprile 2014, in Le Società 8-9/2014 fasc. 8.9.

concorso degli imprenditori e dei professionisti nelle diverse funzioni che possono assumere.

Una parte del Codice, relativa al nuovo strumento della composizione negoziata e ad alcuni significativi aspetti introdotti nei quadri di ristrutturazione preventiva, particolarmente graditi al mondo economico, è già entrata in vigore, mentre l'entrata in vigore del corpo principale del Codice è prevista per il 15 luglio 2022.

Il fine prioritario del legislatore di limitare le dichiarazioni di liquidazione giudiziale e di evitare la liquidazione di aziende potenzialmente sane, seppure in crisi, è attuabile tramite la prevenzione dell'insolvenza dell'impresa. In tal modo, è impedita la perdita di posti di lavoro, di conoscenze e competenze e, nel contempo, è assicurata ai creditori un'utilità maggiore rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di successiva liquidazione giudiziale dell'impresa.

Il nuovo Codice, come emerge dalla relativa relazione illustrativa, oltre a superare la legge fallimentare, intende recepire la Direttiva UE 1023/2019 (1) e le finalità che la stessa intende attuare, al fine di rendere agevole il risanamento dell'impresa del debitore che responsabilmente assume la tempestiva iniziativa di avviare il procedimento negoziale o giudiziale di composizione della crisi. In effetti, come rileva la stessa Direttiva "*quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto è maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione*".

La *ristrutturazione*, prosegue la Direttiva, *dovrebbe consentire ai debitori in difficoltà finanziaria di continuare ad operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o parti dell'impresa e, se previsto dal diritto nazionale, dell'impresa nel suo complesso, come anche apportando cambiamenti operativi.*

I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero 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.

È costante, in tutte le procedure, negoziali o giudiziali, di composizione della crisi di impresa, il confronto fra quanto è proposto a beneficio dei creditori con la proposta del debitore, rispetto a quanto sarebbe conseguibile in una liquidazione giudiziale. Quest'ultimo obiettivo come definito dalla Direttiva UE 1023/2019, *prevede il superamento della verifica della migliore soddisfazione dei creditori che dovrebbe essere intesa in modo tale che nessun credi-*

tore dissenziente esca dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione, sia essa una liquidazione per settori o una vendita in regime di continuità aziendale.

Il **CAPITOLO 1** tratta la composizione negoziata della crisi di impresa che non è limitata alle imprese in stato di crisi come era previsto nella composizione assistita della crisi, ma è estesa alle imprese che, seppure in uno stato di insolvenza, sono nelle condizioni di recuperare ragionevolmente la continuità aziendale, quindi in uno stato di insolvenza definibile reversibile.

L'introduzione del nuovo strumento per risolvere la crisi di impresa, di carattere essenzialmente negoziale, rappresenta un atto di politica economica che richiede il concorso del sistema imprenditoriale e professionale nelle molteplici funzioni che possono essere assunte.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza utilizza nel corso della procedura di composizione negoziale, esclusivamente il termine imprenditore in luogo del termine debitore, quale unico soggetto che avvia la procedura e persegue il risanamento dell'impresa nel confronto con i creditori, quasi a significare la ritenuta ordinarietà della crisi che si può verificare nella conduzione dell'attività d'impresa.

L'operatività della procedura ha come soggetto di riferimento la Camera di Commercio, per la quale è previsto un innovativo ruolo istituzionale con l'ausilio del supporto tecnico operativo, costituito dalla Piattaforma telematica nazionale, gestita dal sistema delle Camere di Commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico.

La Piattaforma presenta un'area pubblica accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese e un'area riservata agli utenti autorizzati che contempla la presentazione delle istanze per la composizione negoziata e il successivo iter, inoltre, è prevista un'area secretata per la ricezione delle offerte in caso di cessione dell'azienda o di uno o più rami di essa.

La composizione negoziata, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, è disposta su richiesta esclusiva dell'imprenditore commerciale e agricolo, a prescindere dalle segnalazioni per l'anticipata emersione della crisi, previste ai sensi degli articoli 25-octies e 25-novies, rispettivamente dall'organo di controllo o dai creditori pubblici qualificati.

L'imprenditore può chiedere con l'istanza di nomina dell'esperto, oppure con un'istanza successiva, l'applicazione delle misure protettive sul patrimonio, dirette ad evitare che determinate operazioni dei creditori possano pregiudicare, fino dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative avviate per la definizione della crisi o dell'insolvenza.

Dal giorno della pubblicazione dell'istanza per la nomina dell'esperto e fino alla conclusione delle trattative o l'archiviazione dell'istanza di compo-

sizione negoziata, non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza.

La composizione negoziata prevede l'intervento di una nuova figura, rappresentata dall'esperto indipendente e l'utilizzo per molteplici funzioni della Piattaforma telematica nazionale, ivi compresa l'interoperabilità con le altre banche dati di cui all'articolo 14, l'accesso alle informazioni e liste di controllo di cui all'articolo 5-bis, al programma informativo di verifica della sostenibilità del debito di cui all'articolo 25-undecies.

La nomina dell'esperto, iscritto in un apposito elenco, è effettuata dalla Commissione di nomina posta nel comune capoluogo di regione, composta da tre membri, dei quali uno designato dal presidente della sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale capoluogo di regione nel cui territorio si trova la Camera di commercio che ha ricevuto l'istanza, un membro designato dal presidente della Camera di commercio presso cui è costituita la commissione e il terzo designato dal Prefetto del capoluogo di regione nel cui territorio si trova la Camera di commercio che ha ricevuto l'istanza.

L'esperto è un soggetto terzo che deve essere indipendente, competente e in grado di assicurare l'assoluta disponibilità di tempo per le trattative fra l'imprenditore ed i creditori.

Si ritiene che la richiesta indipendenza non debba essere limitata a quanto letteralmente previsto dal D.Lgs. 14/2019, in quanto l'indipendenza non è intesa in senso puramente formale, ma deve essere assicurata da un punto di vista sostanziale.

La procedura prevede tempi di attuazione rapidi, per cui l'esperto, verificate le condizioni per l'accettazione dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica l'eventuale l'accettazione all'imprenditore e inserisce la dichiarazione di accettazione nella piattaforma telematica, in caso contrario dà comunicazione alla Commissione di nomina.

L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore, né di rifiuto di adempimento di contratti pendenti, di risoluzione o modifiche in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori.

La gestione dell'impresa nel corso delle trattative deve essere costantemente monitorata, sia per gli atti di amministrazione ordinaria che straordinaria, in modo da evitare che la prosecuzione dell'attività comporti conseguenze negative che possono causare l'assorbimento di risorse, sottratte alla disponibilità dei creditori.

L'esperto nell'espletamento della funzione, dall'accettazione dell'incarico fino all'inserimento della relazione finale nella Piattaforma telematica, è solo e non ha la possibilità come il curatore, il commissario giudiziale o il liqui-

datore di ricorrere ad alcun soggetto istituzionale per approfondimenti o pareri, espressi anche in modo informale; è consentito all'esperto di avvalersi, a proprie spese, di soggetti dotati di specifiche competenze.

L'esperto se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete, ai sensi dell'articolo 17, comma 5, incontra le parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa, con esclusione degli effetti di cui all'articolo 2560 C.C. In quest'ultima situazione è richiesta l'autorizzazione del Tribunale che verifica la funzionalità della stessa rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. Il trasferimento richiede un procedimento competitivo per la scelta dell'acquirente, con l'utilizzo dell'area secretata della Piattaforma telematica nazionale per la ricezione delle offerte da parte dei concorrenti, preceduta dal *data room virtuale*.

Infatti, è concessa all'imprenditore, come auspicato dalla Direttiva UE 1023/2019, la possibilità di accedere a finanziamenti prededucibili o alla cessione dell'azienda o di uno o più rami della stessa, previa autorizzazione del Tribunale.

L'esperto ha la possibilità, nel corso delle trattative e nel confronto con i singoli creditori, di verificare l'esattezza delle informazioni ricevute, inoltre, ai fini della redazione della relazione finale, acquisisce la conoscenza dell'ambiente in cui opera l'imprenditore, l'atteggiamento degli *stakeholders*, l'immagine e il ruolo dell'impresa sul mercato.

L'esperto deve essere sempre disponibile a fornire ai creditori le informazioni inerenti alle trattative in corso e le risultanze della verifica documentale sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa. Inoltre, allo stesso è richiesto il controllo della gestione dell'imprenditore con le opportune sinergie con l'organo di controllo, se esistente.

L'esperto può anche invitare le parti, ai sensi dell'articolo 22, comma 2, a rideterminare 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.

L'imprenditore nel corso delle trattative conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, con l'obbligo di informare l'esperto, per iscritto del compimento di atti di straordinaria amministrazione e per l'esecuzione di pagamenti non coerenti con le trattative in corso.

Si rileva, a beneficio dei terzi, che gli atti autorizzati dal Tribunale, per i finanziamenti e la cessione di azienda, conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologa-

to, un concordato preventivo omologato, la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

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.

Dalla relazione dell'esperto può risultare che è individuata una soluzione idonea al superamento della crisi. Per quanto riguarda i contenuti della relazione, è opportuno il riferimento alla relazione finale del commissario giudiziale, per cui l'esperto dovrebbe rilevare l'origine e la storia dell'attività dell'impresa, espressa anche dai bilanci degli esercizi pregressi, le cause della crisi, la situazione dell'impresa, evidenziando lo stato di crisi o di insolvenza reversibile, gli effetti finanziari, economici e patrimoniali conseguenti all'eventuale accordo con i creditori.

La soluzione idonea per il superamento della crisi, qualora sia espressa nella relazione dell'esperto, dovrebbe assicurare la continuità aziendale. Non è prevista alcuna opposizione formale alla relazione, ma, i creditori aderenti all'accordo o meno, nel caso in cui si manifesti una successiva situazione di insolvenza dell'imprenditore possono ricorrere alle azioni ordinarie per la tutela del proprio credito, ivi compreso il ricorso per la dichiarazione di liquidazione giudiziale.

Le funzioni dell'esperto non possono essere definite di mediazione, in quanto, a prescindere dall'elevato livello dell'apporto professionale richiesto, la continuità aziendale non è conseguibile con una semplice falcidia di carattere transattivo delle ragioni creditorie, ma richiede, sulla base delle caratteristiche dell'impresa, un'attenta valutazione di carattere prognostico sul piano di risanamento e sulla migliore soddisfazione dei creditori.

Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, ai sensi dell'articolo 24, comma2, non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 166, comma 2, alla condizione che siano coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono compiuti.

La composizione negoziata è preferibile al tentativo stragiudiziale condotto senza alcuna regola nel corso delle trattative fra il debitore e i creditori, non solo per le riconosciute misure premiali, ma per gli effetti della procedura che si ripercuotono positivamente anche sui terzi che intrattengono rapporti economici con l'imprenditore, sia nel corso della procedura che alla cessazione della stessa.

All'imprenditore, che ha avviato la composizione negoziata della crisi, alla conclusione delle trattative sono riconosciute altre opportunità. In particola-

re, nel caso in cui sia individuata una soluzione idonea al superamento della crisi, con un contratto o con un accordo con i creditori o con una domanda di ristrutturazione dei debiti, sono previste le riduzioni degli interessi e delle sanzioni sui debiti tributari. Inoltre, all'atto della pubblicazione nel Registro delle imprese, nei casi di contratti o di accordi con i creditori, l'Agenzia delle entrate può concedere un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposta sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto di imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive e relativi accessori.

Per quanto riguarda le imposte dirette, dalla pubblicazione nel registro delle imprese del contratto o dell'accordo di cui all'articolo 23, comma 1, lettere a) e c) o degli accordi di cui all'articolo 23, comma 2, si applicano gli articoli 88, comma 4-quater e 101, comma 5 del DPR 917/1986. Pertanto, la riduzione dei debiti per l'impresa debitrice, in conseguenza della positiva conclusione delle trattative, non è considerata sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite pregresse e di periodo. Nel contempo, è riconosciuta al creditore la perdita sui crediti, con decorrenza dalla data di pubblicazione nel Registro delle imprese.

Il **CAPITOLO 2** tratta il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, previsto dall'articolo 25-sexies, procedura che non ha alcun precedente nell'ordinamento, concessa all'imprenditore nei casi in cui le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede. 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, nei sessanta giorni successivi all'inserimento della relazione finale dell'esperto nella Piattaforma, pubblicato, a cura del cancelliere, entro il giorno successivo al deposito nel registro delle imprese.

Il Tribunale, acquisita la relazione finale e il parere dell'esperto, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 cpc. I creditori sono informati dell'avvio della procedura, in quanto il Tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, sia comunicata, a mezzo posta elettronica certificata, a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato unitamente al ricorso. I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione costituendosi dieci giorni prima della fissata udienza.

Non è previsto il voto dei creditori e il Tribunale omologa il concordato, quando verifica la regolarità del contradditorio e del procedimento, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, la fattibilità del piano di liquidazione e che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e che assicura un'utilità a ciascun creditore.

Le parti possono proporre opposizione al decreto di omologazione entro trenta giorni alla Core d'Appello, il cui decreto è ricorribile per Cassazione entro trenta giorni.

Il Tribunale con il decreto di omologazione, ai sensi dell'articolo 25-septies, nomina un liquidatore per la liquidazione dei beni del debitore; il piano può comprendere un'offerta da parte di un soggetto individuato, in tal caso, il liquidatore, verificata l'assenza di soluzioni migliori, dà esecuzione, previa autorizzazione del Tribunale.

Il **CAPITOLO 3** prende in esame le segnalazioni che, ai sensi degli articoli 25-octies e 25-novies, riguardano le iniziative dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati finalizzate all'anticipata emersione della crisi.

Le segnalazioni, definite interne ed esterne, hanno il presupposto esposto all'articolo 3, in relazione all'adeguatezza degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e ai segnali di allarme conseguenti all'indebitamento dell'impresa.

Le segnalazioni all'organo amministrativo, sono considerate *light*, in quanto da esse, valutate ai fini della responsabilità, non deriva alcun obbligo immediato per l'imprenditore, la cui inerzia potrebbe ragionevolmente comportare, in caso di successiva liquidazione giudiziale, il reato di bancarotta semplice.

I creditori pubblici qualificati, Agenzia delle entrate, Agenzia della riscossione, INPS e INAIL assumono l'obbligo di segnalazione, anche all'organo di controllo, allorché sono superate, entro determinati termini, le soglie previste per i versamenti dei contributi o per debiti scaduti e non versati delle imposte risultanti dalle dichiarazioni periodiche o per debiti definitivamente accertati.

Il **CAPITOLO 4** prende in esame il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria, gli accordi sui crediti tributari e contributivi, il concordato preventivo, ponendo in evidenza le funzioni e le responsabilità assunte dal debitore e dal professionista indipendente, relativamente ai contenuti e alle previste attestazioni dei piani di risanamento dell'imprese in crisi o insolventi, finalizzati ad assicurare, con valutazioni prognostiche, il riequilibrio economico finanziario dell'impresa.

L'attestatore è definito dal Codice all'articolo 2, lett. o), come il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno dei quadri di ristrutturazione preventiva che soddisfa congiuntamente tutti i requisiti di legge.

L'attestatore è un professionista indipendente, seppure incaricato dal debitore nell'ambito di uno dei quadri di ristrutturazione preventiva, indipendente e in possesso dei requisiti di legge.

L'assoluta indipendenza dell'attestatore dovrebbe essere esposta in una auto valutazione da inserire nella relazione depositata unitamente al piano

di risanamento, a tutela dei terzi che continuano ad operare nel corso della procedura con l'impresa debitrice e dei creditori del concorso, in modo che questi ultimi siano in grado di esprimere il proprio voto sulla base di una corretta e completa informazione.

La finalità del legislatore è quella di consentire all'impresa, in stato di crisi o di insolvenza, di recuperare la continuità aziendale, in stretta correlazione con il migliore soddisfacimento dei creditori; quest'ultima condizione richiede il costante confronto prognostico fra quanto realizzabile con la procedura di ristrutturazione preventiva a quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale dell'impresa. Quest'ultimo raffronto, posto in risalto dal confronto competitivo fra le procedure di ristrutturazione preventiva e la liquidazione giudiziale, costituisce un aspetto di fondamentale importanza nelle valutazioni prognostiche dell'attestatore.

Il Codice attribuisce un ruolo rilevante all'obiettivo della continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, anche in conformità alla più recente giurisprudenza, prevedono la gestione dell'impresa in una visione allargata, tanto da consentire la prosecuzione dell'attività (a conferma della centralità dell'impresa rispetto al debitore), anche ad altro imprenditore che può intervenire con diverse modalità organizzative per recuperare l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa. Né è richiesto che nel concordato in continuità aziendale i crediti vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità diretta o indiretta dell'impresa.

La continuità aziendale tutela, ai sensi dell'articolo 84, comma 2, l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro, per cui nella continuità indiretta non è previsto, come nelle precedenti disposizioni, il mantenimento o la riassunzione di una parte dei dipendenti.

Una significativa novità, assai apprezzata dal sistema economico, è costituita dalla norma con la quale il Tribunale può omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo anche in assenza di adesione dell'amministrazione finanziaria o degli enti che gestiscono forme di previdenza obbligatorie, quando l'adesione è decisiva al fine del raggiungimento delle percentuali minime di adesione, a condizione che il professionista indipendente attesti che la proposta di soddisfacimento ai suddetti creditori sia conveniente rispetto a quanto conseguibile in sede di liquidazione giudiziale.

La disposizione non penalizza le ragioni creditorie dei creditori pubblici, in quanto la neutralizzazione del diniego, espresso o tacito, costituisce un interesse della comunità, come rileva Enrico De Mita sul Sole 24 Ore, per cui l'interesse fiscale, costituzionalmente inteso, non è un interesse proprio dell'Ufficio che lo rappresenta. È un interesse della comunità, per cui la Pubblica amministrazione deve avere-e ora ha-legalmente al suo interno la risorsa per

effettuare, in via suppletiva ed in attuazione del medesimo interesse fiscale, la cui funzione valutativa si compie in via giurisdizionale. In passato, il punto nodale è stato rappresentato dalla indisponibilità del responsabile dell'Ufficio ad assumere la responsabilità del voto.

Le suddette considerazioni si ripetono per il trattamento dei crediti degli Enti previdenziali, in quanto il Decreto Ministeriale del 4 agosto 2009 che comporta un oneroso limite minimo per l'accettazione della proposta del debitore, ha cessato di avere vigore per espressa disposizione della L. 159/2020, articolo 3-bis, comma 1-ter.

Un particolare rilievo assume l'ordinanza della Corte di Cassazione Sezione U civile del 25/03/2021, n.8504 che, in aderenza a quanto esposto dalla dottrina, ha definito che nell'ambito del concordato preventivo l'Ente impositore non si esprime con un atto autonomo di accoglimento ovvero rigetto della proposta del debitore, ma semplicemente con il voto dell'Ufficio territoriale; in tal modo la proposta di transazione diviene di competenza del Tribunale.

L'Agenzia delle Entrate, su di un argomento innovativo e particolarmente delicato, è intervenuta con la Circolare 34/E del 29/12/2020, dettando le indicazioni agli Uffici dipendenti affinché sia esercitata la dovuta vigilanza in merito agli effetti della norma. L'Agenzia delle Entrate preliminarmente pone in evidenza il richiesto requisito di indipendenza dell'attestatore, inteso non solo formalmente, ma in senso sostanziale, così da garantire l'autonomia di giudizio e l'indipendenza economica dell'attestatore rispetto al debitore e a qualunque altro soggetto interessato alla procedura.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate sottolinea l'ulteriore assunzione di responsabilità dell'attestatore in merito al confronto, fra i prevedibili esiti delle ipotesi alternative del concordato e della liquidazione giudiziale, in riferimento al grado di soddisfazione dei crediti tributari e previdenziali. Il contenuto suddetto è condiviso dalla dottrina, ma è emersa una discordanza significativa, in quanto la Circolare espone che l'attività aziendale gestita in sede concordataria, non produce una risorsa nuova, poiché in relazione all'articolo 2740 C.C., l'imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri.

Inoltre, i Principi di attestazione dei piani di risanamento del CNDCEC del 16/12/2020 espongono che "un intervento solo finanziario, tramite ricorso a nuova finanza, senza modifiche dell'assetto produttivo, organizzativo, commerciale e competitivo generalmente non integra gli estremi di una strategia di risanamento E' utile che l'attestatore focalizzi la propria analisi sui fattori che si prevede determinino miglioramenti delle marginalità positive".

La pregressa legge fallimentare prevede che il trattamento previsto per ciascuna classe dei creditori non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, per cui era necessario l'integrale pagamento

del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore.

Nei quadri di ristrutturazione preventiva è rilevante, tanto da essere oggetto di controllo giudiziale, la formazione delle classi dei creditori, definite dalla giurisprudenza come l'insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei. La formazione delle classi incide sul trattamento economico riservato ai creditori e sulla maggioranza per l'approvazione dei quadri di ristrutturazione preventiva, come nel concordato in continuità aziendale e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza supera gli opposti orientamenti dottrinari, compresi quelli sui flussi della gestione di impresa nel corso della procedura, per cui l'articolo 84, comma 6, per il concordato in continuità aziendale dispone:

a) il valore di liquidazione da distribuire nel rispetto delle cause legittime di prelazione;
b) il valore eccedente quello di liquidazione da distribuire in modo 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.

La suddetta disposizione si discosta, in conformità alla Direttiva UE 1023/2019 e alla dottrina orientata a criteri aziendali e economici, dal principio della priorità assoluta e recepisce il principio della priorità relativa sulla parte del valore del patrimonio generato dalla continuità aziendale, per cui le risorse prodotte dalla continuità consentono pagamenti anche non integrali per le classi di rango superiore, ma almeno pari a quelli attribuiti alle classi di rango inferiore.

Nel concordato liquidatorio sono considerate esterne, ai sensi dell'articolo 84, comma 4, 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.

La continuazione dell'attività aziendale nel corso della procedura comporta dei rischi, in quanto la soddisfazione dei crediti prededucibili, sorti durante la procedura, potrebbe ridurre, anziché aumentare, l'entità di quanto disponibile per i creditori pregressi, conseguente ad atti gestionali di ordinaria o straordinaria amministrazione. Pertanto, la funzione dell'attestatore, con la relativa responsabilità, non è limitata all'originaria attestazione del piano di risanamento, ma prosegue, eventualmente anche con altri professionisti indipendenti, nelle attestazioni richieste per i finanziamenti prededucibili, autorizzati prima dell'omologazione e per l 'autorizzazione al pagamento di crediti pregressi. Le suddette autorizzazioni, concesse solamente in presenza di un'idonea attestazione prognostica, sono fondamentali per consentire la prosecuzione aziendale nel corso della procedura.

È posto in evidenza il confronto fra le funzioni dell'attestatore e del commissario giudiziale, che è essenzialmente documentale, nel quale entrambi tendono ad assicurare la corretta informazione ai creditori che devono esprimere il voto sulla proposta del debitore. In tal modo, i creditori hanno la possibilità, al fine della manifestazione del voto, di raffrontare le valutazioni espresse dall'attestatore e dal commissario giudiziale, per valutare la realizzabilità della proposta economica presentata dal debitore nell'alternativa con quanto possono fondatamente realizzare con il fallimento del debitore.

Nel **CAPITOLO 5** sono esaminate le distinte funzioni dell'esperto e dell'attestatore che, pur avendo punti di contatto, sono profondamente diverse nelle modalità operative che, in particolare, coinvolgono i rapporti con i terzi creditori. Il punto di contatto più significativo è rappresentato dal requisito dell'indipendenza che deve sussistere, anche se diverse sono le modalità di nomina dell'esperto e dell'attestatore. L'indipendenza dell'esperto è maggiormente percepita dai terzi, in quanto la nomina è affidata alla commissione regionale, mentre l'attestatore, nominato dal debitore, deriva anche da un rapporto di fiducia professionale.

Il professionista, sia esso esperto che attestatore, in occasione dell'accettazione dell'incarico deve considerare il presupposto dell'indipendenza, intesa non solamente in senso formale in aderenza alla disposizione di legge, ma in senso sostanziale, in quanto non deve sussistere alcun interesse professionale o personale, sia esso diretto che indiretto, all'esito della procedura.

Per quanto riguarda la responsabilità penale dell'esperto, nulla è esposto nel D.L. 118//2021, per cui è opportuno richiamarsi alla responsabilità dell'attestatore per falso in attestazioni e relazioni, come disposto dall'articolo 342.

La disposizione di legge prevede una diversa valutazione fra le "informazioni false" e "l'omissione di informazioni rilevanti", in quanto le informazioni false costituiscono in ogni caso un reato, mentre il reato per omissione riguarda le informazioni definite "rilevanti" in ordine ai contenuti del piano di risanamento e dei documenti allegati.

Nell'aggettivazione "rilevanti", in relazione alle informazioni, è evidente l'analogia con quanto giudicato dalla Corte di Cassazione Sez. Unite Penali del 27/05/2016, in tema di false comunicazioni sociali, che ha ritenuto l'informazione rilevante, allorché la sua omissione o errata indicazione può ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori.

I procedimenti civili e penali, sia per i reati di "false comunicazioni sociali" che di "falso in attestazioni", talvolta trascurano, come rilevato dalla più autorevole dottrina, anche per effetto di perizie redatte dai consulenti d'ufficio, la contestualizzazione degli eventi. Nel caso di risoluzione del concordato per inadempimento, costituito dal mancato soddisfacimento dei creditori nella misura promessa, occorre tenere conto di eventi successivi e impre-

vedibili, anche riferiti al mercato, al fine di valutare l'eventuale responsabilità dell'attestatore.

In effetti, come rileva Mauro Bini, la massa dei contenziosi è alimentata dal confronto ex post, fra ciò che si è realizzato rispetto a ciò che era stato assunto nelle valutazioni compiute in precedenza, senza tenere conto che le valutazioni si riferiscono ad una determinata data e riflettono le attese e le aspettative a quella data, per cui il confronto non può derivare dal senno di poi.

In merito alla responsabilità civile è opportuno richiamarsi ai Principi di attestazione dei piani di risanamento del 16/12/2020 del CNDCEC che considerano, come regola generale, la diligenza richiesta dall'articolo 1176, comma 2 C.C., in considerazione della natura dell'incarico che impone di agire con particolare perizia e attenzione in virtù dello stato professionale.

La disposizione suddetta è applicabile anche all'eventuale situazione di responsabilità assunta dall'esperto.

Una particolare responsabilità è assunta dall'esperto quando, individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi con la conclusione di un contratto, con uno o più creditori, assicura nella relazione finale la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. L'assicurata continuità aziendale rappresenta la più elevata conclusione delle trattative fra l'imprenditore e i creditori, obiettivo prioritario della composizione negoziata. La responsabilità dell'esperto, in caso di successiva insolvenza dell'imprenditore, potrebbe essere rilevata da terzi che, in dipendenza del risultato finale della composizione negoziata della crisi, hanno avviato rapporti commerciali con l'imprenditore. La suddetta condizione, non deve, comunque, condizionare l'esperto nel riconoscimento della recuperata continuità aziendale dell'impresa.

L'elaborazione del piano prospettico di risanamento e la relazione del professionista indipendente non possono rappresentare verità assolute, in quanto la previsione economico-aziendale in una situazione in evoluzione e dipendente da fattori interni e di specifici settori di mercato, non assicura certezze.

La fattibilità economica è strettamente dipendente da valutazioni prognostiche, fisiologicamente opinabili e implicanti un certo margine di errore, con il limite esposto nella sentenza della Corte di Cassazione del 1° marzo 2018, n.4790 , per cui "il controllo sulla fattibilità economica, quale realizzabilità in concreto del piano proposto dal debitore, può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta sua inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati".

Capitolo 1
La composizione negoziata della crisi

1.1 I presupposti della composizione negoziata e l'adozione dello strumento telematico

La procedura di composizione negoziata, come definita dall'articolo 12[1], è riservata all'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza. L'imprenditore può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. Prima di analizzare il contenuto della nuova normativa è opportuno prendere in esame la terminologia utilizzata dal legislatore nel C.C.I.I., laddove "crisi" ed "insolvenza" vengono in esame ripetutamente[2]. La difficoltà di inquadrare e circoscrivere con precisione il concetto di insolvenza si è registrata in tema un'importante produzione giurisprudenziale, ovvero la Cassazione[3] ha chiarito da tempo la differenza tra inadempimento e insolvenza, definendo l'inadempimento un fatto non uno stato *"si caratterizza solamente quale fatto esteriore attraverso cui può manifestarsi l'insolvenza"*[4].

---

1 Ai sensi dell'art 12: *"L'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8. 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. 3.Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38"*.

2 Un primo indizio, circa i concetti in esame, si percepisce dall'analisi della l. n. 51/2006 che ha aggiunto un secondo comma, il quale definisce che *"per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza"*. Ne consegue che l'insolvenza rappresenti una delle forme in cui può manifestarsi lo stato di crisi con la conseguenza che la linea di demarcazione fra crisi e insolvenza sia spesso sovrapposta.

3 Cassazione Civile 20 novembre 2018, n. 29913 in Giustizia Civile Massimario 2019.

4 Si può ragionare anche a contrario in quanto la Cassazione ha osservato che lo stato di

Circa il rapporto che intercorre tra i due concetti vi è copiosa giurisprudenza di merito, le cui pronunce[5] conducono a definire lo stato di crisi come quella situazione che può ricorrere tanto nello stato di insolvenza[6] quanto nelle diverse situazioni di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromiche allo stato di insolvenza"[7].

Nel vigente sistema concorsuale, crisi d'impresa e l'insolvenza sono fenomeni presi in considerazione da una serie di fonti normative venute progressivamente ad esistenza nel tempo, l'ordinamento attuale si caratterizza per una diversificazione degli strumenti e delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza. La normativa non definendo in modo chiaro il concetto di crisi manteneva di fatto un unico presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza che diveniva criterio di identificazione della stessa crisi. La mancanza di

---

insolvenza non presuppone necessariamente la presenza di inadempimenti. Si rimanda in tal senso a Cassazione 15 dicembre 2017, n. 30209, la quale definisce che "*sussiste lo stato di insolvenza in base al riscontro di rilevanti passività, di numerose procedure esecutive e dell'omesso deposito di bilanci relativi ai due esercizi antecedenti la data del fallimento*".

5 Pronunce che conducono a definire lo stato di crisi come quella situazione che può ricorrere tanto nello stato di insolvenza quanto nelle diverse situazioni di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromiche allo stato di insolvenza.

6 Per una definizione si V. Corte appello Milano sez. IV, 16 luglio 2021, n.2268, Redazione Giuffrè 202: "*Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza consiste in una situazione di impotenza patrimoniale definitiva e irreversibile, dunque nell'incapacità dell'impresa di produrre risorse necessarie a fronteggiare il proprio indebitamento*".

Cass. Civile sez. VI 10 giugno 2019 n.15572 in Diritto&Giustizia 2019: "*Lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione d'impotenza strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività*".

7 Tribunale Milano sez. II, 07/11/2005 in Fallimento 2006, 1, 51 con nota di Bonfatti.

"*In materia di presupposto oggettivo di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo lo «stato di crisi» può ricorrere tanto nella situazione di stato di insolvenza dell'imprenditore quanto nelle diverse situazioni di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromiche allo stato di insolvenza*".

Si veda inoltre Tribunale Palermo, 17 febbraio 2006, in Fallimento, 2006, p. 570 secondo cui "lo stato di crisi comprende l'insolvenza, ossia quella situazione d' impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima".

Si veda inoltre Tribunale Palermo, 17 febbraio 2006, in Fallimento, 2006, p. 570 secondo cui "lo stato di crisi comprende l'insolvenza, ossia quella situazione d' impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima".

una previsione descrittiva della fattispecie provocò incertezze, a partire da cosa dovesse intendersi per crisi e quale fosse il rapporto tra tale condizione e l'insolvenza. Si ritenne la crisi come una situazione temporanea che può essere risolta oppure che può sfociare nello stato di insolvenza.

Il legislatore italiano con Il nuovo codice[8] della crisi ha accolto le richieste degli operatori circa l'esigenza di una definizione precisa del concetto di crisi per cercare di colmare il dibattito presente tra gli operatori circa il concetto di crisi d'impresa.

La crisi è definita dal Codice della crisi e dell'insolvenza all'articolo 2, lett. a), 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*", mentre l'insolvenza, alla lettera b), è definita "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*"[9].

Pertanto, la pregressa definizione di crisi è modificata, come rileva la relazione illustrativa, da una situazione che tiene conto anche della modifica dell'articolo 3, relativo all'adeguatezza degli assetti[10] in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa. Essa ricomprende situazioni di squilibrio economico-finanziario e patrimoniale che inquadra in una prospettiva più ampia di quella presente negli originari indicatori di crisi.

---

8 Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nel dare una definizione dell'insolvenza, sul piano lessicale non ha portato infatti significative innovazioni e si è mosso in una ottica di continuità rispetto alla precedente disciplina fallimentare. Il CCII. ha disciplinato l'insolvenza, all'art. 2, primo comma lett. b), "come stato del debitore che si manifesta in inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali rivelano che questi non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

9 Si evidenzia l'eliminazione a qualunque riferimento sia allo "squilibrio" ed alle qualificazioni, oltre che "regolarmente e pianificate" con riferimento alle obbligazioni assunte. L'eliminazione al riferimento alle obbligazioni "pianificate", va in senso opposto, rispetto alle finalità appena analizzate, ovvero la fondamentale emersione preventiva della crisi. La modifica, infatti, sembra eliminare la tesi per cui crisi ed insolvenza costituiscono una sorta di squilibrio della pianificazione finanziaria dell'impresa.

Per un'analisi si rimanda D. Galletti, "*Una nuova definizione per la crisi d'impresa: bisogna che tutto cambi perché tutto resti com'è ora*", in IlFallimentarista.it, 2022, p.2.

10 Tema degli assetti organizzativi è oggetto di particolare attenzione soprattutto a seguito delle modifiche legislative intervenute in materia che intervengono definendo un nuovo approccio ispirato alla prevenzione della crisi e al risanamento delle imprese mediante la "*gestione anticipata del rischio*".

Per un approfondimento in materia V., G. Meruzzi, "*L'adeguatezza degli assetti,* in AA.VV., Adeguati assetti e modelli organizzativi", a cura di M. Irrera, Bologna, 2016; P. Scapolo, "*Gli adeguati assetti in relazione (anche) alla composizione negoziata e alla procedura di allerta*", In Ilfallimentarista.it, 2022; L. Panzani, "*L'obbligo di predisposizione degli assetti adeguati anche per la prevenzione della crisi*", in IlSocietario.it, 2022.

Lo «stato di crisi» costituisce il presupposto oggettivo per l'innesco degli strumenti di allerta e l'accesso ai po.rocedimenti definiti *"quadri di ristrutturazione preventiva"* ovvero per l'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi. Si tratta quindi di una particolare tipologia di insolvenza, non attuale né di imminente verificazione, ma prospettica in quanto diagnosticabile con una ragionevole probabilità[11].

L'esistenza dello stato di insolvenza è conforme ai contenuti dottrinari ed alle precedenti disposizioni. Si tenga altresì presente che la tradizione contabile italiana ha considerato preminente l'aspetto patrimoniale; ora il legislatore, accentuando l'inversione di tendenza in corso, in aderenza alle direttive comunitarie di ispirazione anglosassone, pone in assoluta preminenza l'aspetto finanziario.

In precedenza, agli effetti del rilevamento dello stato di crisi, la sostenibilità del debito era richiesta nei sei mesi successivi mediante i flussi finanziari liberi al servizio dello stesso. È stato rilevato che Il limitato tempo di riferimento è in contrasto con il principio di revisione ISA 570 che prevede la sostenibilità dei debiti per almeno i dodici mesi successivi, con la dottrina economica che considera più prossima all'insolvenza che alla crisi la non sostenibilità dei debiti per un periodo limitato a sei mesi.

In merito all'adeguatezza degli assetti in funzione della tempestiva rilevazione della crisi d'impresa rilevazione tempestiva della crisi, contemplata dall'articolo 3, la relazione al decreto legislativo espone che, ai fini della rilevazione tempestiva della crisi di impresa, la disposizione chiarisce che costituiscono segnali di allarme:

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 giorno del totale delle esposizioni;
d) L'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1.

La dottrina, ai fini delle strategie adottabili dall'imprenditore, conseguenti ad una situazione di insolvenza, ha elaborato il concetto, ora normativamente accolto, di insolvenza reversibile riferito alle imprese nelle quali risul-

---

11 Cfr. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in ilcaso.it,2019, p. 23.

ta ragionevolmente perseguibile il risanamento delle stesse.

Pertanto, il presupposto oggettivo[12] della composizione negoziata è costituito dallo stato di crisi o di insolvenza d'impresa, limitata, in quest'ultimo caso, a quelle in grado di realizzare il risanamento. Di conseguenza, la procedura non è riservata unicamente alle imprese in stato di crisi, come era originariamente previsto per la composizione assistita della crisi, ma è estesa anche alle imprese in stato di insolvenza[13] reversibile, per dare ad esse una prospettiva di risanamento. Tale considerazione è resa ancora più evidente alla luce del recente intervento normativo in cui si è modificato il concetto di crisi, per cui il riferimento alla situazione di crisi costituente una delle manifestazioni del presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata implica una necessaria distinzione logica rispetto al concetto di insolvenza. Sul requisito. Sul requisito oggettivo di accesso alla procedura si è espresso il Tribunale di Milano[14] stabilendo "*Quanto alle condizioni per l'accesso (condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, art.2, co.1), esse non devono esprimersi in uno stato di insolvenza bensì in una situazione che renda probabile la crisi o l'insolvenza, con evidente intento anticipatorio del momento rilevante, da valutarsi in termini finanziari quale inadeguatezza di flussi di cassa prospettici. A tal riguardo, la delibazione del giudicante non deve esclusivamente tendere all'esame delle "disponibilità finanziarie e debiti attuali, quanto invece al prevedibile rapporto tra liquidità e debiti futuri". La condizione di cui all art 2 c.1 D.L 118/2021' va intesa perciò "quale inadeguatezza dei flussi prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (incapacità di generare prospettivamente, attraverso la gestione caratteristica, sufficiente liquidità per il pagamento dei debiti)*".

Il suddetto principio è richiamato dal. Documento del Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti e Esperti Contabili del 14 giugno 2019, che espone nel piano in continuità la diagnosi sulle cause della crisi e sulle prospettive di mercato permette l'elaborazione di un piano tale da dare una credibile prospettiva di risanamento, anche mediante interventi radicali.

I contenuti prognostici richiedono nuovi modelli operativi che dovranno tenere conto anche dell' insolvenza prospettica[15], principio che comporta un

---

12 V. F. Lamanna, *Criticità del presupposto oggettivo della composizione negoziata*, in IlFallimentarista.it, 2022.

13 Conclusione confermata anche dalla lettura dell'art 21 secondo cui l'imprenditore che risulta insolvente, nel corso della procedura di composizione negoziata, deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.

14 Tribunale Milano sez. III 8 marzo 2022, in DeJure.

15 Si fa riferimento all'imprenditore che pur non presentando gli indici esteriori tipici del dissesto, denoti una situazione economica finanziaria già rilevatrice, nel breve termine, di un'imminente incapacità a sostenere le proprie obbligazioni. Si V, Trib. Benevento 18 dicembre 2019, in Giurisprudenza Commerciale 2020, 6, II, 1468 "*L'indagine sullo stato di insolvenza,*

primo significativo effetto, come rappresentato dal decreto del Tribunale di Milano del 03 ottobre 2019[16], le cui motivazioni, pur respingendo un'istanza di fallimento presentata da un creditore in una situazione di inadempimento del debitore al momento inesistente, espongono che si potrebbe manifestare in un prossimo futuro la così detta *insolvenza prospettica, creazione tutta dottrinale e giurisprudenziale ritenuta sdoganata integralmente come concetto previsionale della futura riforma*.

Il suddetto decreto del Tribunale di Milano ha preso visione di una situazione di insolvenza futura, asseritamente probabile e prospettica, rilevata dalle parti attrici, riferita ad una realtà imprenditoriale complessa, con l'attività dipendente da una convenzione con lo stato italiano, prossima alla scadenza e dal futuro incerto.

L'iniziativa legale delle parti attrici aveva la motivazione riferita alla situazione di un'impresa concessionaria per la quale il mancato rinnovo della concessione avrebbe comportato una situazione di insolvenza, evento che in seguito si è effettivamente manifestato con il ricorso al concordato preventivo da parte dell'impresa concessionaria in una situazione, come rilevato dalla stampa nazionale, che ha comportato un presunto traffico di in-

---

finalizzata alla richiesta di fallimento di un imprenditore o di una società, non si identifica in modo necessario ed automatico con il mero dato contabile, ma deve compiersi in una prospettiva dinamica, volta a valutare le condizioni economiche dell'impresa in un lasso di tempo futuro, ancorché contenuto, la c.d. insolvenza prospettica. Deve, pertanto, escludersi, l'insolvenza di un imprenditore che si trovi in uno stato di difficoltà solo temporanea, quando emerga che detto stato è superabile attraverso la ordinaria prosecuzione dell'attività di impresa. Nel nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza, peraltro, l'insolvenza prospettica assume rilevanza come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo o quella esterna affidata ai creditori istituzionali, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 14 e 15, per l'adozione di quelle misure di allerta finalizzate proprio alla prevenzione dell'insolvenza e non a consentire una indiscriminata declaratoria di fallimento".

16 Tribunale di Milano 03 ottobre 2019, in Redazione Giuffrè 2019: "*Premesso che le procedure concorsuali vanno intese non come semplici rimedi ex post a situazioni dannose, ma come strumento di emersione tempestiva della crisi per ridurre al minimo il pregiudizio sui creditori, è chiaro che si possa e debba ricorrere ad una procedura che presuppone l'insolvenza non solo in caso di insolvenza conclamata e risalente, ma anche quando essa si sta per manifestare all'esterno in tutta la sua gravità. Si deve allora valutare quando si è di fronte a c.d. insolvenza prospettica e, invece, quando si è di fronte a sola crisi di varia entità. L'insolvenza prospettica è necessariamente legata ad un orizzonte temporale molto contenuto, perché quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili. Essa è utilizzata come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo, o giustifica la segnalazione esterna affidata ai grandi creditori istituzionali. Ciò avviene infatti nell'ambito delle misure di allerta, ovvero di misure di prevenzione della insolvenza e non per consentire una declaratoria di fallimento indiscriminata di tutti coloro che, in prospettiva anche abbastanza prossima, potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti programmati*".

fluenze, collegate al decisivo e auspicato rinnovo della concessione. Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in tutte le disposizioni relative alla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, non utilizza mai il termine *debitore*, ma unicamente il termine *imprenditore*, quasi a significare la ritenuta ordinarietà delle crisi di impresa. L'emersione anticipata della crisi richiede un fondamentale strumento interno di conduzione aziendale, richiamato dall'articolo 3, in merito all'attuazione dell'articolo 2086 C.C.[17], finalizzato alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative, mediante strumenti operativi interni per rilevare gli squilibri economico-finanziari e la non sostenibilità dei debiti e i concreti segnali di allarme.

Si noti in tal senso come il comma 2 dell'art 2086 c.c costituisca un impianto di corporate governance fondato sui seguenti concetti: assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, principio di proporzionalità, funzionalizzazione alla prevenzione della crisi e conseguente dovere di attivazione. La disposizione prevede dunque una grande innovazione, che pone nuovi obblighi in capo alle società indicando: 1) l'assetto richiesto e la sua ampiezza 2) criteri di configurazione 3) le finalità dell'istituzione di tale assetto. Sul tema si è espresso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili con le Norme di comportamento n. 3.5 e n. 3.7[18].

---

17 Il legislatore ha modificato la rubrica dell'art 2086, in precedenza "direzione e gerarchia dell'impresa" in "gestione dell'impresa", collocando la norma sempre nell'ambito di una disposizione generale, ed attribuendo, così alla gestione dell'impresa una connotazione caratterizzata dall'obbligo di prevenzione della crisi. In tema V. N. Abriani-A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del Codice Civile*, in *Le Società*, 2019, fasc. 4, p. 395; L. Calvosa, Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c., in Le Società, 2019, p. 799.

18 Ai sensi della norma 3.5 "*Il Collegio sindacale vigila sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società. 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".

Ai sensi art 3.7 "Il Collegio sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo-contabile e sul suo concreto funzionamento.

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 una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa.

Un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette: - la completa, tempestiva

Una novità significativa, anche per le molteplici funzioni che può assumere, è costituita dalla Piattaforma telematica nazionale, che, collegata alle banche dati dell'Agenzia delle Entrate, dell'INPS, dell'INAIL e dell'Agente della riscossione, consente l'accesso anche alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia[19]. La Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia è un sistema informativo sull'indebitamento della clientela verso banche e intermediari finanziari. È finalizzata a fornire agli intermediari partecipanti un'informativa utile per la valutazione del merito creditizio della clientela e, in generale, per l'analisi e la gestione del rischio di credito. La finalità perseguita è quella di contribuire a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e rispettando proprio questa funzione l'accesso alle banche dati e alle informazioni è consentito all'esperto che, previo consenso dell'imprenditore, estrae la documentazione e le informazioni necessarie all'avvio e alla prosecuzione delle trattative con i creditori e le parti interessate. Le modalità di accesso devono essere definite con determinazione dei soggetti pubblici, titolari delle rispettive banche dati.

L'operatività della procedura utilizza, ai sensi dell'articolo 13[20], il supporto tecnico operativo, costituito dalla Piattaforma telematica nazionale, accessibile agli imprenditori iscritti nel Registro delle imprese, attraverso il sito istituzionale di ciascuna Camera di Commercio. La piattaforma è gestita dal siste-

---

e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; - la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio".

Si rimanda per ogni approfondimento sul tema www.commercialisti.it

19 Banca d'Italia, con il comunicato del 30 giugno scorso, ha fornito precisazioni in merito alle segnalazioni alla Centrale dei rischi – Garanzie rilasciate dal "Fondo Centrale di Garanzia per PMI", si precisa che in costanza del regime intermedio previsto dalla Legge di bilancio 2022, le garanzie deliberate dal 1° luglio al 31 dicembre 2022 non devono essere segnalate in Centrale dei rischi tra le garanzie ricevute, in continuità con il regime previsto fino al 30 giugno 2022.

20 Ai sensi art 13 c.1 e 2: "*È istituita una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito internet istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura. La piattaforma è gestita dal sistema delle camere di commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico.*

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. La struttura della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del test pratico e il contenuto del protocollo sono definiti dal decreto dirigenziale del Ministero della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147".

ma delle Camere di Commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico.

La Piattaforma rende disponibile, fra l'altro, una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro-piccole-medie imprese, che contiene le 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[21]. Si tratta di un "test volto 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 che possono essere posti annualmente al suo servizio"[22].

Sulla piattaforma, definita con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021[23], sono disponibili:

a) una lista di controllo particolareggiata che contiene le indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento;
b) un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati;
c) un protocollo di conduzione della composizione negoziale.

Il suddetto decreto dirigenziale comprende cinque sezioni e due allegati, di estrema rilevanza per l'imprenditore e per l'esperto, oltre le indicazioni relative alle modalità praticabili per il risanamento dell'impresa.

La prima sezione, relativa al test pratico[24] per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, disponibile on line, consente all'imprenditore di conoscere il livello della difficoltà dell'impresa, al fine di valutare e scegliere le modalità di intervento. Il test rileva il grado di difficoltà che l'imprendi-

---

21 Come specifica la seconda parte del comma dell'art 3 c.2 del D.L. 118/2021, la definizione della struttura della piattaforma, della lista di controllo particolareggiata, delle indicazioni per la redazione del piano di risanamento, nonché delle modalità di esecuzione del test pratico, sono demandate a un decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia che è stato pubblicato il 28 settembre 2021. Lo scopo è di indagare piuttosto agevolmente l'esistenza di presupposti.

22 Cfr. C. Sottoriva- A. Cenni, *Uno sguardo d'insieme sulla composizione negoziata all'esito della conversione del D.L. 118/2021*, In Ilfallimentarista.it, 2021, p. 1.

23 Per una lettura dettaglia del testo completo si rimanda www.giustizia.it. "Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, previsto dal decreto-legge 24 agosto 2021 n. 118".

24 In tema si V. Cambi, "*La ratio e il funzionamento del test pratico per l'accesso al percorso di risanamento*" indirittodellacrisi.it, 2021; R. Bogoni-M. Chiapetti, "Primi spunti sul c.d. "test pratico" previsto dall'art 3 della L.141/2021 e relativo decreto dirigenziale", in dirittodellacrisi.it, 2021.; R. Ranalli, "Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte", in dirittodellacrisi.it, 2021.

tore dovrebbe valutare per definire le modalità di risanamento; queste ultime, in relazione al livello di difficoltà, potranno essere affrontate con l'andamento corrente dell'impresa, in altre con l'efficacia e l'esito delle iniziative industriali o commerciali che l'imprenditore intende adottare e, nel caso in cui si manifesti un disequilibrio economico-finanziario a regime, con l'assunzione di iniziative in discontinuità, fino alla cessione dell'azienda.

Il test che rileva il livello di difficoltà da affrontare per il risanamento dell'impresa è costituito da un indice di carattere finanziario, costituito dal rapporto fra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e i flussi finanziari liberi che possono essere posti al suo servizio. Il risultato del rapporto fornisce una prima indicazione di massima.

I componenti, dettagliatamente indicati al numeratore ed al denominatore del rapporto, presentano caratteri di natura finanziaria ed economica, derivanti sia dai dati contabili, con esclusione delle componenti straordinarie, che da valutazioni prognostiche per determinare l'entità prospettica del margine operativo lordo e del margine operativo netto. Qualora non siano disponibili o affidabili i dati prospettici possono essere utilizzati i dati contabili pregressi.

Il suddetto test dovrebbe essere redatto dall'imprenditore prima di intraprendere il percorso di risanamento, al fine di individuare la proposta da formulare alle parti interessate.

Si precisa, come sia stato rilevato da autorevole dottrina, che gli indicatori della piattaforma previsti dal decreto, non siano indicatori di allerta interna o esterna. Si ritiene, pertanto che siano applicabili gli indicatori elaborati dal Regolamento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti. Nel test pratico, "lo stato di crisi espresso dal test non deve essere definito alla stregua degli indici della crisi, ma è utile a rendere evidente il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare"[25].

La sezione seconda presenta la check-list particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per l'analisi della coerenza. Il contenuto della check-list dovrebbe consentire all'imprenditore di redigere un piano di risanamento affidabile per avviare la procedura di composizione negoziata della crisi, dipendente dalla situazione in cui versa l'impresa.

Il piano di risanamento deve tenere conto della situazione oggettiva in cui versa l'impresa:

a) in relazione all'organizzazione della stessa;
b) all'esistenza di una aggiornata situazione contabile, non anteriore ad oltre centoventi giorni, oltre di prospetti relativi all'anzianità dei crediti commerciali, della movimentazione delle rimanenze di magazzino, della ricon-

25 Cfr. A. Ferri, "*I nuovi strumenti "light" a disposizione dell'esperto soddisfano i requisiti di cui agli artt. 2086 c.c e 152 l.fall. se il debitore è insolvente?*", in IlFallimentarista.it, 2022, p. 13.

ciliazione contabile con il certificato unico dei debiti tributari e contributivi, fino la considerazione dei rischi dell'esistenza di passività potenziali;

c) alle ipotizzate strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi;
d) alla stima delle proiezioni dei flussi finanziari per un periodo di almeno sei mesi;
e) al livello dei flussi in relazione al servizio del debito.

Il segretario generale, ai sensi dell'articolo 17, comma 7, in caso di incompletezza dell'istanza di nomina o della documentazione, invita 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.

L'esperto verifica, anche nel confronto con l'organo di controllo e il revisore legale, l'affidabilità e l'adeguatezza del piano proposto. In caso negativo, l'esperto dovrebbe rilevare le criticità del piano in modo che l'imprenditore possa predisporre, se possibile, le opportune modifiche e integrazioni per poi iniziare le trattative con i creditori.

La terza sezione illustra il protocollo di conduzione della composizione negoziata, riferite all'operatività dell'esperto, alla verifica dell'indipendenza di quest'ultimo, fino all'esame del test presentato dall'imprenditore ed alla convocazione dell'imprenditore.

Il decreto dirigenziale in particolare rileva che lo stato di insolvenza non impedisce di avviare la composizione negoziata anche sulla base dell'effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito.

Infatti, il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, pone in evidenza, fra le situazioni oggettive in base alle quali è perseguibile il risanamento dell'impresa, l'eventualità che l'esperto ravvisi, anche a seguito del confronto con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza. In tal caso, non è impedita la prosecuzione dell'avviata composizione negoziata qualora risulti ragionevole il risanamento dell'impresa.

La fase innovativa è rappresentata dall'opportunità di trasferimento dell'azienda o di parte di essa che, in assenza degli effetti dell'articolo 2560 C.C., fermo restando l'articolo 2112 C.C., dovrebbe essere esperita nel caso in cui l'esperto reputi che il risanamento possa avere luogo in via indiretta mediante il trasferimento dell'azienda, se preceduto da manifestazioni di interesse di soggetti imprenditoriali e dalle ragionevoli stime delle risorse conseguibili, in relazione al raggiungimento ad un accordo con i creditori.

L'esperto si forma autonomamente il convincimento sulle cause del declino, anche mediante le interviste dei soggetti rappresentanti le principali funzioni aziendali e il confronto con l'organo di controllo, in merito alla completezza e all'adeguatezza del piano di risanamento.

Le disposizioni riguardano l'operatività dell'imprenditore e il controllo dell'esperto, finalizzato ad individuare le strategie di intervento, atte a rimuovere le cause della crisi. In tal senso, l'imprenditore dovrebbe prendere atto dello stato di crisi e delle cause del declino dell'andamento aziendale, anche con l'apporto delle principali funzioni aziendali (commerciale, operativa, risorse umane, contabile), per poi esporre le strategie di intervento e le iniziative industriali o commerciali che intende adottare., tenendo conto delle competenze alle quali può ricorrere. La ratio del nuovo strumento è quella di "preservare la continuità ed il valore dell'impresa che abbia concrete possibilità di risanamento, intercettando situazioni di crisi sul nascere al fine di evitare che si trasformino in insolvenza e distruzione del valore aziendale"[26].

Il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia fornisce le indicazioni operative, interessanti sia l'imprenditore che l'esperto, riguardanti gli aspetti gestionali più significativi nella gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata, per evitare il pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

A tal fine, occorre considerare le operazioni che eccedono l'ordinaria amministrazione ed i pagamenti diversi rispetto a quanto corrisposto per le retribuzioni ai dipendenti, per le provvigioni agli agenti e per i debiti fiscali e contributivi.

Il decreto dirigenziale ricorda che l'esperto è soggetto terzo rispetto a tutte le parti, quindi non assiste l'imprenditore né i creditori, ma ha solo il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi con le parti interessate. Ma va detto che la figura dell'esperto prevista dal legislatore è una "*figura poliedrica che richiede competenze giuridiche, aziendali, economiche e, soprattutto, una consolidata esperienza nel settore della crisi d'impresa accompagnata da una capacità di negoziazione che deve essere anch'essa formata attraverso una attività di mediazione o acquisita sul campo e attraverso questo nostro nuovo processo formativo ben disciplinato dal decreto dirigenziale*"[27]. L'efficacia della composizione negoziata e la sua effettiva capacità di ridurre l'aumento dei procedimenti giudiziari concorsuali previsto a causa della crisi economica innescata dalla pandemia in corso, sono infatti strettamente collegate alla preparazione aziendale dell'esperto indipendente che, da un lato, deve saper analizzare rapidamente la situazione dell'impresa per evitare l'avvio di trattative se non vi sono prospetti-

---

26 Cfr. M. Selvini, "*Composizione negoziata: responsabilità dell'imprenditore per la gestione dell'impresa e il controllo dell'esperto*", in IlFallimentarista.it, 2022, p. 1.

27 Cfr. M. Arlenghi, "*Giurisprudenza e attualità in materia concorsuale - La figura dell'esperto indipendente della composizione negoziale per la soluzione della crisi di impresa, requisiti e percorso formativo*", in Rivista dei Dottori Commercialisti, fasc. 1, 2022, p. 107 ss.

ve concrete di risanamento e, dall'altro, deve possedere le conoscenze e la preparazione necessarie per garantire che le trattative siano costantemente finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa.

L'esperto, nello stimolare la formulazione di proposte, 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.

Il primo comma dell'art. 10 d.l. 118/2021, convertito in l. 147/2021, individua le autorizzazioni che il Tribunale può concedere all'imprenditore nel corso della composizione negoziata della crisi, all'esito di un procedimento attivato dallo stesso imprenditore e disciplinato dal terzo comma del medesimo articolo.

Il parere dell'esperto può essere richiesto dal Tribunale in occasione dell'autorizzazione da concedere all'imprenditore per contrarre finanziamenti prededucibili[28] da erogare nel corso della composizione negoziata; in tal caso, l'esperto dovrà tenere conto della necessità che il finanziamento non pregiudichi la migliore soddisfazione dei creditori di nuovi finanziamenti prededucibili. Da rilevare che le autorizzazioni del Tribunale operano in un ambito del tutto residuale ed eccezionale, specificamente delimitato ai casi espressamente considerati dalla summenzionata disposizione che, "proprio per l'eccezionalità dell'intervento giudiziale, non appare suscettibile di applicazione analogica per atti ulteriori e diversi"[29]. I casi in cui la norma prevede la necessità dell'intervento autorizzativo del Tribunale sono due: a) quello in cui l'imprenditore intenda contrarre (con terzi o con soci) finanziamenti assistiti dalla prededuzione b) quello in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c.

---

28 Da rilevare come la mancata nomina dell'esperto non pregiudichi l'autorizzazione ai sensi dell'art 10 D.L 118/2021, in tal senso si V. Trib. Treviso sez. II 22 dicembre 2021 in IlFallimentarista.it: "*La nomina dell'esperto nell'ambito di un procedimento di composizione negoziata della crisi non è condizione necessaria per dar corso all'autorizzazione ex art. 10 D.L. 118/2021, a contrarre da parte dell'impresa un finanziamento prededucibile ai sensi dell'art 111 L.F. Come evidenziato nel decreto, l'art 10 D.L. 118/2021, diversamente dall'art. 7, che richiede espressamente l'accettazione dell'esperto per la conferma delle misure protettive e cautelari, si limita, infatti, a prescrivere che, su richiesta dell'imprenditore, il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori, autorizza quest'ultimo a contrarre finanziamenti prededucibili*".

29 R. Brogi, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali* in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2021, fasc. 2021, p. 1550.

In tema si segnala anche L. De Simone, *Le autorizzazioni giudiziali*, in dirittodellacrisi.it, 2021; A. Nastri, in *Le autorizzazioni del Tribunale nella composizione negoziata della crisi*, in dirittodellacrisi.it, 2022.

Infine, la terza sezione riporta i criteri e le formalità richieste all'esperto in occasione della conclusione dell'incarico e della relazione finale da inserire nella piattaforma telematica.

La quarta sezione contiene le linee guida per assicurare un'informazione unitaria a tutte le categorie professionali ed agli amministratori.

La quinta sezione illustra le funzioni della piattaforma telematica, e specifica:

a) i requisiti per l'utilizzo della piattaforma;
b) la gestione della piattaforma e trattamento dati;
c) le funzioni disponibili nell'area pubblica, comprendente le informazioni riguardanti la procedura e il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento;
d) le funzioni disponibili nell'area riservata per utenti autorizzati che consente la presentazione delle istanze per la composizione negoziata e il successivo iter;
e) l'area secretata per la presentazione delle offerte e *virtual data room*, accessibile solo agli offerenti autorizzati dall' esperto, nella quale possono essere presentate le offerte per la cessione dell'azienda, di suoi rami o di altri beni.
f) la procedura d'emergenza, per le comunicazioni nel caso di problemi informatici.

Le funzioni disponibili nell'area pubblica non richiedono alcuna autorizzazione, mentre l'area riservata per gli utenti autorizzati riguarda coloro che assumono un ruolo nella procedura negoziata. In quest'ultima sezione, i creditori e gli altri soggetti interessati, invitati dall'esperto, con il consenso dell'imprenditore, accedono alla Piattaforma per immettere le proprie posizioni creditorie o altri dati ed informazioni che vengono loro richiesti, con possibilità di accesso ai dati e ai documenti dei "cassetti informatici" ai quali è stato dato loro ingresso.

In merito al risanamento conseguibile con la cessione dell'azienda, assume una particolare rilevanza l'"Area secretata per la presentazione delle offerte e *virtual data room*", riservata agli offerenti, all'esperto e ai soggetti da quest'ultimo autorizzati a formulare le offerte, in relazione al cassetto informatico preparato dall'esperto. Il *virtual data room* consente ai potenziali acquirenti, interessati alla presentazione dell'offerta, di conoscere in modo dettagliato la realtà dell'azienda o del ramo di essa posta in vendita. L'imprenditore, con il supporto dell'esperto, ha il compito di illustrare l'attività dell'impresa, quindi il mercato di riferimento, gli elementi che caratterizzano la politica commerciale e industriale, i rapporti giuridici pendenti, le cause legali in corso, la posizione fiscale e contributiva, la dettagliata esposizione dei rapporti di lavoro esistenti.

Il decreto dirigenziale comprende tre allegati: il primo indica le ipotesi di proposte che potrebbero essere presentate ai soci, ai fornitori strategici, ai

locatori, all'INPS e all'Agenzia delle Entrate alle banche e intermediari finanziari ed ai clienti.

Il secondo allegato riporta i contenuti dell'istanza che l'imprenditore deve presentare per la nomina dell'esperto ed il terzo la dichiarazione di accettazione della nomina dell'esperto di composizione negoziata.

1.1.1 *L'interoperabilità tra la Piattaforma telematica nazionale e le altre banche dati*

Il Codice interviene sul piano informativo sulle banche dati e sulle comunicazioni, la cui tempestiva conoscenza consente a tutte le parti interessate di procedere fattivamente all'adozione degli strumenti atti a prevenire o risolvere tempestivamente la crisi di impresa.

L'accesso alle informazioni e lista di controllo è disposto all'articolo 5-bis, per cui nei siti internet del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico devono essere pubblicate le informazioni sugli strumenti per la anticipata emersione della crisi, sui quadri di ristrutturazione preventiva e sulle procedure di esdebitazione. Nei suddetti siti è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese contenente le indicazioni operative per la redazione dei piani di risanamento.

La circolazione delle informazioni ha sempre presentato un handicap per le nostre amministrazioni pubbliche ed anche all'interno delle stesse, per cui sono oltremodo significative le disposizioni in relazione all'accesso delle informazioni delle singole banche dati. Il Codice favorisce, o meglio impone, la circolazione delle informazioni utili al precoce rilevamento dello stato di crisi, per cui, ai sensi dell'articolo 25-decies, le banche e gli altri intermediari finanziari nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, devono dare notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.

L'articolo 14, *interoperabilità tra la Piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa e altre banche dati*, prevede il collegamento fra la Piattaforma telematica nazionale e le banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'INPS, dell'INAIL e dell'agente della riscossione e l'accesso alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia.

L'esperto può accedere alle suddette banche dati, previo consenso dell'imprenditore ed estrarre la documentazione e le informazioni necessari per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori, con le modalità di accesso disposte dai suddetti soggetti pubblici.

L'articolo 25-undecies prevede l'inserimento nella Piattaforma unica nazionale della composizione negoziata di un programma informatico per la veri-

fica della sostenibilità del debito maturato e per la conduzione del test pratico di cui all'articolo 13, comma 2.

Il comma 2 del suddetto articolo prevede, per indebitamenti fino ad euro 30.000, che il suddetto programma informatico predispone piani di rateizzazione del debito da sottoporre ai creditori per l'approvazione affinché il debitore possa in tempi brevi e senza ulteriori costi, risolvere la situazione di difficoltà con la ristrutturazione del debito esistente.

La rateizzazione è comunicata dall'imprenditore ai creditori con l'avvertenza che in mancanza di dissenso entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della comunicazione, il piano si intende approvato e sarà eseguito secondo le modalità e i tempi indicati. Sono fatte salve le disposizioni in materia di crediti di lavoro e di riscossione dei crediti fiscali e previdenziali e restano ferme le responsabilità per l'inserimento nel programma di dati o informazioni non veritieri.

Le specifiche tecniche per il funzionamento del programma informatico devono essere definite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

1.1.2. *L'accesso alla composizione negoziata e l'esperto*

La procedura ha inizio, ai sensi dell'articolo 17, con l'istanza di nomina dell'esperto[30] presentata dall'imprenditore, con un apposito modello, tramite la Piattaforma telematica al segretario generale della Camera di Commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa.

La presentazione dell'istanza deve essere sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza; salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società di persone occorre l'approvazione dei soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, mentre nelle società di capitali è richiesta la delibera degli amministratori.

L'istanza non può essere presentata, ai sensi dell'articolo 25-quinques, dall'imprenditore che ha presentato domanda di accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva e alla liquidazione giudiziale ed anche dall'imprenditore che ha presentato istanza nei quattro mesi precedenti con successiva rinuncia all'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva.

---

30 In argomento V. S. Ambrosini, "*La nuova composizione della crisi: caratteri e presupposti*", in Ristrutturazioni Aziendali, 2021; R. Guidotti, "La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato", in ilcaso.it, 2021; A. Rossi, "*Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*", in dirittodellacrisi.it, 2021.

La presentazione dell'istanza da parte dell'imprenditore per la nomina dell'esperto non costituisce una semplice formalità, in quanto l'imprenditore, con l'ausilio dei suoi consulenti, deve presentare un progetto di piano di risanamento con le prescritte indicazioni operative per illustrare una ragionevole perseguibilità di risanamento[31].

Il piano può anche considerare diverse ipotesi di accordo con i creditori, comunque il successo dell'operazione prospettata non è dovuta unicamente all'esperto, ma deve essere essenzialmente l'imprenditore in stato di crisi, mediante una tempestiva iniziativa, a porsi nelle condizioni idonee per attuare il piano di risanamento. A garanzia dell'intera procedura vi è l'esperto, terzo indipendente, ma costui è affiancato dall'imprenditore per tutta la proceduta, per cui è essenziale che vi sia un flusso informativo, ovvero l'imprenditore dovrà segnalare gli atti che possono arrecare pregiudizio ai creditori e alle prospettive di risanamento.

La procedura di composizione negoziata offre, infatti, "un profilo di grande responsabilità all'imprenditore: lo chiama cioè ad assumersi la piena responsabilità delle scelte assunte fino al giorno prima, in un'ottica di totale trasparenza, non solo rispetto agli altri, ma prima ancora rispetto a sé stesso, rispetto al reale funzionamento del suo sistema aziendale"[32].

La corretta e ragionevole elaborazione dei documenti inseriti nella piattaforma rende più agevole la valutazione dell'esperto e dei terzi interessati all'auspicato recupero della continuità aziendale.

L'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, inserisce, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, nella Piattaforma telematica

a) I bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati pressoi l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori non 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'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;
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;

---

31 In questa fase è essenziale la figura dell'esperto, il quale ha il compito di agevolare le trattative tra imprenditore, creditori e altri soggetti eventualmente interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle predette condizioni di squilibrio, anche attraverso il trasferimento dell'azienda o di suoi rami.

32 Cfr. S. Feole, "*Composizione negoziata della crisi: la visione dell'industriale*", in IlFallimentarista.it, 2022.

d) una dichiarazione 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. anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lett. a), e 54, comma 3;
e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'articolo 364, comma 1;
f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione;
g) il certificato dei debiti contributivi e per 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.

L'impresa deve depositare anche un progetto di piano di come intende perseguire il proprio risanamento e anche le modalità che intende realizzare per conseguire il risanamento dell'impresa.

Si tratta, come espone la relazione illustrativa, 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), nonché con la funzione dell'esperto, che affianca l'imprenditore e lo consiglia ma non si sostituisce a lui nella ideazione di una reale e concreta ipotesi di risanamento.

Il legislatore, come esposto all'articolo 7, comma 2, esprime la preferenza, rispetto alla liquidazione giudiziale, per le procedure dirette a regolare la crisi e l'insolvenza, in effetti queste ultime sono esaminate in via prioritaria rispetto alla liquidazione giudiziale, a condizione che:
a) la domanda non sia manifestamente inammissibile;
b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati;
c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni dell'assenza di pregiudizio per i creditori.

Il segretario generale della Camera di Commercio, nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, entro due giorni dalla ricezione dell'istanza dell'imprenditore, invia la stessa, unitamente a una nota sintetica contenente il volume d'affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l'impresa istante, all'apposita Commissione, istituita presso la Camera di Commercio del comune capoluogo di regione. Quest'ultima, entro i cinque giorni lavorativi successivi, nomina l'esperto, scelto fra i soggetti inseriti in un apposito elenco.

L'articolo 13, commi 3, 4 e 5 indica le formalità previste per l'inserimento nell'elenco dei dottori commercialisti, dei consulenti del lavoro, degli avvocati e di coloro che, pur non essendo iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni dui ristrutturazione, concluse positivamente.

L'accentramento della funzione di nomina dell'esperto nel Comune capoluogo di regione allontana il centro decisionale dal territorio nel quale operano le imprese interessate alla composizione negoziata della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La commissione può nominare l'esperto che esercita l'attività ordinaria anche in altra regione. Qualora l'esperto eserciti abitualmente l'attività in sede lontana dal territorio in cui opera l'imprenditore può derivare un aumento dei costi per l'adempimento dell'incarico e per la difficoltà per assicurare alle parti interessate la massima disponibilità di tempo.

La suddetta commissione, istituita presso le camere di commercio dei capoluoghi di regione, resta in carica due anni ed è composta da:

a) due magistrati, di cui uno supplente, designati dal presidente della sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale del capoluogo di regione in cui zi trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza dell'imprenditore;

b) due membri, di cui uno supplente designati dal presidente della camera di commercio presso la quale è costituita la commissione;

c) due membri, di cui uno supplente, designati dal prefetto del capoluogo di regione nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza dell'imprenditore.

Nella procedura di composizione negoziale appare una nuova figura istituzionale, rappresentata dall'esperto, i cui incarichi e il curriculum vitae sono pubblicati nell'apposita sezione del sito istituzionale della Camera di Commercio. L'esperto è terzo rispetto a tutte le parti ed opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente. La funzione del professionista esperto è quella di guidare e assistere l'imprenditore nelle trattative ai fini del risanamento[33].

L'esperto nominato, in caso di accettazione dell'incarico, deve presentare al segretario generale della Camera di Commercio, una dichiarazione di accettazione da inserire nella Piattaforma telematica, il cui modello è allegato al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28/09/2021. L'esperto con l'accettazione della nomina, dovrebbe dichiarare la presa visione del-

33 Si legge nella relazione ministeriale al decreto legge che l'esperto: *"Non si sostituisce all'imprenditore ma lo affianca fornendogli la professionalità e le competenze necessarie per la ricerca di una soluzione della situazione di difficoltà dell'impresa e facilitando il dialogo con tutte le parti coinvolte nel processo di risanamento dell'impresa"*.

la domanda dell'imprenditore e della documentazione allegata e, oltre il possesso del requisito di indipendenza e della necessaria competenza, la disponibilità di tempo occorrente all'espletamento dell'incarico.

L'esperto deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 C.C.[34] e non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale. Il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né avere posseduto partecipazioni in essa.

L'esperto è un soggetto terzo e indipendente che agevola le trattative fra l'imprenditore, i creditori e gli eventuali altri soggetti interessati[35].

Inoltre, chi ha esercitato l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata; detta disposizione favorisce la collaborazione fra l'esperto e la figura professionale, altrettanto rilevante, del consulente dell'imprenditore.

Si ritiene che la richiesta indipendenza non debba essere limitata all'espressione letterale della norma, in quanto essa non può essere intesa in senso puramente formale, ma deve essere assicurata da un punto di vista sostanziale.

La sussistenza del requisito dell'indipendenza non è riferita solamente ai rapporti con l'imprenditore istante, in quanto la stessa non può essere riconosciuta in caso di particolari rapporti intrattenuti con soggetti interessati alla soluzione della crisi. Le situazioni che potrebbero dare origine al difetto

---

34 Ai sensi art. 2399 c.c.: "*Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:*

a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382;

b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;

c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

La cancellazione o la sospensione dal registro (dei revisori legali e delle società di revisione legale) e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco. Lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché' cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi".

35 Per un analisi al ruolo dell'esperto V., L. Calcagno, "*La figura dell'esperto*", in diritto dellacrisi.it, 2022; G. Mucciarone, "La composizione negoziata della crisi: prime note su effettività e benefici", in Diritto Bancario, 2022.

di indipendenza nei rapporti con i terzi, data la molteplicità delle situazioni, non sono esattamente definibili, per cui è necessario il riferimento ai singoli casi concreti. In ogni caso, occorre considerare i rapporti che l'esperto intrattiene o ha intrattenuto con soggetti terzi, interessati per rilevanti riflessi economici all'esito delle trattative. Ad esempio, l'indipendenza non appare riconoscibile in caso di un interesse specifico, quando l'esperto è stato, oppure lo è, consulente o componente di un organo sociale di una società creditrice che ha intrattenuto significativi rapporti commerciali con l'imprenditore. La medesima considerazione è riferibile ai rapporti professionali con un'impresa che, seppure in totale assenza di diretti rapporti economici con l'imprenditore istante, è interessata per condizioni competitive sul mercato, all'esito delle trattative.

Il requisito dell'indipendenza è valutato dall'esperto e, in proposito, è utile la presa in visione dei Principi di attestazione dei piani di risanamento del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili del 16/12/2020(2) che espongono: "*l'auto valutazione di indipendenza deve essere conservata fra le carte di lavoro e ad esito della stessa il professionista deve dichiarare nella relazione di attestazione di essersi espresso con indipendenza di giudizio e di essersi affrancato da ogni possibile condizionamento o influenza. Il professionista all'atto dell'accettazione dell'incarico e, nuovamente, al momento del rilascio dell'attestazione è chiamato ad eseguire una autovalutazione di indipendenza che conserverà fra le carte di lavoro della quale dà atto*".

L'attività dell'esperto indipendente nella composizione negoziale della crisi di impresa e dell'insolvenza non è soggetta nel corso della procedura ad alcun controllo, ma, in caso di una successiva procedura giudiziale, può emergere la responsabilità conseguente alla verifica condotta da parte degli organi della procedura. Inoltre, l'esperto potrebbe anche essere oggetto di un'azione per responsabilità civile[36], su iniziativa di soggetti terzi, ad esempio riferita ai crediti insoluti sorti in epoca successiva alla relazione finale dell'esperto a causa della motivazione riferita all'asserita continuità aziendale dell'impresa per almeno due anni.

L'esperto deve accettare l'incarico entro due giorni lavorativi dal ricevimento della designazione e, entro il suddetto termine, inserisce nella Piattaforma la comunicazione dell'accettazione dell'incarico e la trasmette all'imprenditore, via posta elettronica certificata.

Da notare, come si tratti di un impegno gravoso, di fatti all'art. 5 c. 4[37] il

---

36 In tema si V. Capitolo 5 del presente volume.

37 Ai sensi dell'art. 5 c. 4 D.L. 118/2021: "*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 la dichiarazione di accettazione nella piattaforma. In caso contrario ne dà comu-*

legislatore ha previsto che l'esperto accetti l'incarico dopo aver verificato, tra l'altro, il "possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico" Questa disposizione, deve suonare per l'esperto nominato come un segnale di attenzione: l'accettazione dell'incarico deve sostanziarsi nella presa in carico di un impegno la cui conduzione richiede una gestione con assoluta cognizione di causa.

L'esperto, soggetto terzo fra l'imprenditore ed i creditori, agevola le trattative al fine di contribuire all'individuazione di una soluzione per il superamento delle condizioni dello stato di crisi dell'impresa, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa. L'attività dell'esperto è esercitata in riservatezza e lo stesso, a norma dell'articolo 16, comma 2, non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti l'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità.

L'esperto opera in modo riservato, tanto che fino all'accettazione dell'incarico può unicamente prendere visione del fascicolo, ma non scaricare i documenti allegati all'istanza di nomina dell'imprenditore.

L'esperto nominato dalla Commissione non ha alcun riferimento; non dispone, come il curatore, il commissario giudiziale o il liquidatore di un riferimento autorevole, quale è il giudice delegato, che esercita le funzioni di vigilanza e controllo sulla legalità della procedura, cui rivolgersi per approfondire, anche informalmente, aspetti relativi alle procedure in corso. È data facoltà all'esperto, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, di avvalersi, a suo esclusivo carico, di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore e di un revisore legale. L'esperto non può comunque limitarsi ad accettare acriticamente le risultanze di quanto elaborato dal consulente, in quanto dovrebbe esporre e condividere i criteri di valutazione e l'iter logico adottato, in quanto il semplice riferimento a quanto esposto dal consulente non attenua la responsabilità dell'esperto.

La Commissione di nomina deve avere cura, proprio in relazione al richiesto tempo disponibile, che ciascun esperto non assuma più di due incarichi contemporaneamente.

Le parti, entro tre giorni dalla convocazione, possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della Camera di Commercio che riferisce alla Commissione che, valutate le circostanze e sentito l'esperto, può provvedere alla sostituzione dello stesso.

Sul piano operativo, l'esperto convoca senza indugio l'imprenditore per valutare la perseguibilità del risanamento dell'impresa, anche sulla base di quanto esposto dallo stesso nella richiesta e delle informazioni assunte dall'orga-

---

nicazione riservata al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione".

no di controllo, se esistente. L'imprenditore può essere assistito dai suoi consulenti, alla presenza dell'organo di controllo.

L'esperto, se le prospettive di risanamento sono concrete, incontra le parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento, fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata.

È opportuno, per agevolare le trattative fra l'imprenditore e i creditori, un esame preliminare sulla situazione dell'imprese e sulle cause della crisi, per meglio valutare la proposta dell'imprenditore, con particolare riferimento al piano finanziario ed alle iniziative che lo stesso intende adottare.

Il confronto fra l'imprenditore ed i creditori può prevedere diversi contenuti, quali la remissione parziale o totale dei debiti, gli effetti traslativi di diritti reali o obbligatori, la cessione dell'azienda dell'imprenditore o di un ramo di essa e l'apporto di nuova finanza, anche con l'aumento del capitale sociale di società.

L'attività dell'esperto non richiede solamente una cultura economica e giudiziale, in quanto la considerazione dei contrapposti interessi, richiede, oltre il ruolo imparziale di soggetto terzo, la capacità di considerare gli interessi delle parti e di collaborare con le stesse. La creatività dell'esperto può anche condurre alla formulazione, data la molteplicità delle situazioni, di proposte alternative.

L'esperto dovrebbe tenere in considerazione gli interessi delle parti che, per essere condotti ad una sintesi positiva, richiedono che si instauri un clima di fiducia, conseguibile con un'autorevole guida per conseguire il migliore risultato possibile.

Se l'esperto non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, informa l'imprenditore e il segretario generale della Camera di Commercio e quest'ultimo dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata[38].

Durante gli incontri, come espone il decreto dirigenziale del Ministro della giustizia, l'esperto dovrebbe redigere un sintetico verbale, contenente l'elenco (non il contenuto) della documentazione trasmessa in vista della riunione. Gli incontri con le parti possono essere tenuti separatamente, in particolare quando occorre tutelare la riservatezza delle informazioni.

L'esperto incontra le parti interessate e, se ritiene concreta la prospettiva di risanamento, esamina le possibili strategie di intervento proposte dall'imprenditore e fissa i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata, tenendo sempre in considerazione il breve periodo consentito per la soluzione della composizione negoziata.

---

38 V. A. Guidotto, "*Il ruolo dell'esperto nelle trattative con i soggetti rilevanti*", in dirittodellacrisi.it, 2021.

Nello stimolare la formulazione della proposta definitiva da parte dell'imprenditore, 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.

Qualora l'esperto ravvisi, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, uno stato di insolvenza può, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, proseguire la composizione negoziata, a condizione che esistano concrete prospettive di risanamento. In tal caso, l'imprenditore deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.

Tutte le parti interessate devono avere presente che, decorsi centottanta giorni dall'accettazione della nomina, se non è stata individuata una soluzione adeguata, l'incarico è da considerarsi concluso.

La soluzione della crisi è collegata alla proposta dell'imprenditore, formulata sulla base delle informazioni e dei documenti prodotti dallo stesso e in assenza, data la ristrettezza dei tempi concessi, della circolarizzazione relativa alle singole posizioni creditorie e debitorie. Comunque, l'esperto ha la possibilità, nel corso delle trattative e nel confronto con i singoli creditori, di verificare l'esattezza delle informazioni ricevute dall'imprenditore e di acquisire le informazioni sull'ambiente in cui opera l'imprenditore, sull'atteggiamento delle parti e degli *stakeholders*, nonché sull'immagine e sul ruolo dell'impresa sul mercato, elementi utili da considerare nella relazione finale dell'esperto.

L'esperto, nel confronto fra l'imprenditore ed i creditori, dovrebbe limitarsi ad esporre la situazione in termini oggettivi, unitamente alla proposta di soluzione avanzata dall'imprenditore, ma senza esercitare alcuna moral suasion sui creditori.

L'esperto, se non sono ravvisate concrete prospettive di risanamento ed è venuta meno ogni possibilità di risanamento dell'impresa anche in via indiretta mediante la cessione dell'azienda o dei suoi rami, redige la relazione che inserisce nella Piattaforma, da comunicare all'imprenditore e trasmettere al Tribunale, qualora siano state disposte misure protettive e cautelari.

L'inserimento nella Piattaforma della relazione finale costituisce titolo per l'archiviazione della procedura negoziata da parte del segretario generale della Camera di Commercio competente.

1.1.3 *Le imprese sotto soglia*

L'art 25 quater si occupa di tutte le imprese commerciali ed anche agricole che non superando le soglie previste dall'art 1 c.2 L.F. e trovandosi nella condizione oggettiva di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario

che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, intendono proporre istanza per la nomina di un esperto indipendente in quanto risulta ragionevole perseguire il risanamento dell'impresa.

La procedura, ai sensi dell'articolo 25-quater, è riservata all'imprenditore commerciale e agricolo, in che presenta congiuntamente l'attivo patrimoniale, i ricavi lordi e i debiti non superiori alle soglie indicate nell'articolo 1, comma 2, rispettivamente consistenti nell'attivo patrimoniale non superiore ad euro 300.000,00, ricavi lordi annui non superiori ad euro 200.000,00 e debiti, anche non scaduti, non superiori ad euro 500.000,00. In effetti, nella composizione negoziata della crisi di impresa non è previsto alcun requisito dimensionale.

L'imprenditore, unitamente all'istanza di nomina dell'esperto[39], presenta la documentazione prevista per le imprese sopra soglia, esposte al **punto 1.2**, con esclusione della relazione sull'attività esercitata con il relativo piano finanziario che, comunque, è opportuno presentare.

L'istanza per la nomina dell'esperto, ai sensi dell'articolo 25-quater, comma 2, può essere presentata all'Organismo di composizione della crisi (OCC), oppure al segretario generale della Camera di Commercio, nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa e la nomina dell'esperto è attribuita al soggetto che ha ricevuto l'istanza.

Sono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni previste per le imprese sopra soglia, ad esclusione dell'articolo 23 relativo alla conclusione delle trattative. Nella procedura, permane la particolare rilevanza delle norme riguardanti la concessione delle misure protettive, la gestione dell'impresa in pendenza delle trattative e la possibilità, su autorizzazione del Tribunale, di procedere al trasferimento dell'impresa e all'assunzione di finanziamenti prededucibili.

Inoltre, nella composizione negoziata di imprese sotto soglia[40] si applicano le disposizioni in tema di requisiti di indipendenza, funzionamento della composizione negoziata e la facoltà di sospensione degli obblighi di cui agli articoli 2446 e 2447 C.C.

L'esperto, verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente la inserisce nella Piattaforma telematica nazio-

---

39 Nella fase iniziale di esame documentazione, convocazione del debitore sopra analizzata, l'esperto dovrà anche verificare se l'impresa è sopra o sotto soglia, in ragione della parziale diversità di disciplina che la composizione negoziata prevede. In tema V. L. De Bernardin, "*Le imprese sottosoglia nel decreto legge n.118/2021: nuove opportunità*", in dirittodellacrisi.it, 2021.

40 Per un approfondimento si V. "Le "*imprese sotto soglia*" nel D.L. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento", A. Mancini, in il caso.it, 2021.

nale. In caso contrario, è data comunicazione riservata al soggetto che ha nominato l'esperto affinché provveda alla sostituzione.

Ad incarico accettato, l'esperto convoca l'imprenditore ed acquisisce i bilanci degli ultimi tre esercizi, se disponibili, le dichiarazioni fiscali e la documentazione ritenuta utile per redigere, ove non sia presentata dall'imprenditore, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'imprenditore, nonché un elenco aggiornato dei creditori e dei relativi diritti.

Le parti, all'esito delle trattative possono alternativamente:

a) se è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi;

1) concludere un contratto privo di effetti nei confronti di terzi ed idoneo a superare la continuità aziendale o avente il contenuto della convenzione di moratoria;

2) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti premiali di cui all'articolo 25-bis, comma 5.

L'esperto, con la sottoscrizione dell'accordo, dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

b) proporre la domanda di concordato minore ai sensi dell'articolo 74;

c) chiedere la liquidazione controllata dei beni ai sensi dell'articolo 268;

d) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies;

e) in caso di impresa agricola, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61.

L'esito della negoziazione viene comunicato dall'esperto al Tribunale che dichiara cessati gli effetti delle eventuali misure protettive e cautelari concesse.

Se non è possibile raggiungere l'accordo con i creditori, l'imprenditore può accedere ad una delle procedure disciplinate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Il compenso dell'esperto è liquidato, ai sensi dell'articolo 25-ter, dal responsabile dell'Organismo di composizione della crisi (OCC) o dal segretario generale della Camera di commercio che ha proceduto alla nomina.

1.2 Le misure protettive

Al fine di poter agevolare l'imprenditore nel risanamento dell'impresa il legislatore ha previsto, nell'ambito della composizione negoziata, la possibilità per l'imprenditore di godere di alcuni benefici. Durante le trattative la gestione deve essere orientata in modo da evitare il pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria e nel prevalente interesse dei creditori. In questo

contesto si inseriscono le misure protettive, come definite all'articolo 2, lett. p)[41]. Le misure protettive del patrimonio sono lo strumento più efficace predisposto dal legislatore per cristallizzare temporaneamente il patrimonio della società al fine di permettere lo svolgimento delle trattative[42].

Si tratta di 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. Si vuole consentire all'imprenditore di continuare ad operare "*chiedendo al tribunale, al fine di congelare gli asset dell'impresa e proteggerli dalle esecuzioni individuali nel corso delle trattative per la composizione della crisi*[43]".

Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 del Ministero della giustizia rileva che le misure a protezione del patrimonio adottate dall'imprenditore possono anche avere conseguenze negative[44], quali quelle sugli approvvigionamenti, con il rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna e in merito alle esposizioni bancarie che potrebbero essere classificate come "crediti deteriorati", con negative conseguenze sulle eventuali nuove concessioni di credito.

L'imprenditore può chiedere con l'istanza di nomina dell'esperto, oppure con un'istanza successiva, ai sensi dell'articolo 18, l'applicazione di misure protettive del patrimonio, con effetto automatico dal giorno di pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure stesse. L'istanza, unitamente all'accettazione dell'esperto, è pubblicata nel Registro delle imprese e, dal giorno della pubblicazione, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore o sui beni o diritti con i quali è esercitata l'attività di impresa.

I diritti di credito dei lavoratori sono esclusi dalle misure protettive[45].

---

41 Ai sensi art. 2 lett p): "*Misure protettive: 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*".

42 Per un approfondimento si V. G. Bozza, "Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza", in ilcaso.it, 2021, F. Platania, Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c., in IlFallimentarista.it, 2021.

43 Cfr. M. Selvini, "*Composizione negoziata: responsabilità dell'imprenditore per la gestione dell'impresa e il controllo dell'esperto*", in IlFallimentarista.it, 2022, p. 4.

44 A titolo esemplificativo l'applicazione delle misure protettive risultano consistere nell'impossibilità per i creditori di acquisire titoli di prelazione ed iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio o sui beni e diritti su cui viene esercitata l'attività d'impresa.

45 V. A. Corrado D. Corrado, "*I rapporti di lavoro nella composizione negoziata della crisi nel*

L'imprenditore inserisce, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, nella Piattaforma telematica una dichiarazione sull'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti e un aggiornamento sulla presenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione nella quale attesta di non avere presentato una domanda di accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva o alla liquidazione giudiziale.

L'applicazione delle misure protettive può essere richiesta nell'istanza limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori, oppure a determinati creditori o a categorie di creditori.

Dal giorno di pubblicazione dell'istanza presentata dall'imprenditore fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata non può essere pronunciata la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale[46] o di accertamento dello stato di insolvenza[47], salvo che

---

dialogo con la Direttiva Insolvency", in IlFallimentarista.it, 2022.

46 *"Secondo l'interpretazione finora più accreditata, l'inibitoria riguarda solo la dichiarazione di fallimento, e non la possibilità di istruire i procedimenti prefallimentari già pendenti o successivamente promossi, ma è un effetto che si verifica ("a cascata") solo quando venga presentata dall'imprenditore, appunto, e venga altresì tempestivamente pubblicata, l'istanza di applicazione delle misure protettive*". Cfr. F. Lamanna, in Criticità del divieto di dichiarare il fallimento nel corso della composizione negoziata, In IlFallimentarista.it , 2022, p. 1.

47 Secondo recente giurisprudenza si prevede il blocco dei procedimenti per la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza solo se sono state chieste le misure protettive:

Tribunale Roma sez. fallimentare 3 febbraio 2022 in IlFallimentarista.it: "*Il Tribunale di Roma nell'ambito di una procedura di composizione negoziata ex artt.2 ss D.L. 118/2021 ha affermato che: "la legittimazione passiva non può, inoltre, riconoscersi in capo alla massa indifferenziata dei creditori che possano astrattamente promuovere azioni esecutive nei confronti del debitore e che, tuttavia, non abbiano ancora avviato i relativi procedimenti o minacciato di avviarli, con la notifica di un precetto, sia perché le parti e il contenuto della fase giurisdizionale del procedimento di composizione negoziata della crisi devono essere specificamente individuati dal ricorrente, in quanto elementi essenziali di una vera e propria domanda giudiziale, sia perché, al fine di pronunciare sulla domanda, il giudice deve verificare la funzionalità delle singole misure al buon esito delle trattative, la loro incidenza su beni strumentali dell'impresa necessari per la prosecuzione dell'attività nella prospettiva del suo risanamento, nonché la loro proporzionalità al sacrificio che ne deriva per il creditore. In questo senso, deve ritenersi inammissibile la richiesta della [ricorrente] di imporre genericamente, a tutti i creditori, il divieto di acquisire diritti di prelazione e di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio della società in pendenza della procedura di composizione negoziata della crisi. Inoltre, il divieto di pronunciare sentenza di fallimento nei confronti del debitore che abbia domandato l'applicazione di misure protettive del patrimonio, dal giorno della pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, costituisce un effetto di legge, ex art 6 c.4 D.L. 118/2021, che non presuppone, né richiede, la conferma o la modifica della misura da parte del giudice*".

In tal senso anche Trib. Palermo sez. fallimentare 29 novembre 2021, in IlFallimentarista.

il Tribunale disponga la revoca delle misure protettive. Circa la competenza del Tribunale nel procedimento di conferma delle misure protettive bisogna evidenziare come si sia espresso il Tribunale di Salerno[48] secondo cui: "*Il Tribunale competente in relazione al procedimento di conferma delle misure protettive è, ai sensi dell'art. 9 L. Falll', quello del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa e non il Tribunale presso cui è pendente il procedimento esecutivo instaurato nei confronti dell'imprenditore ed oggetto delle misure protettive di cui si chiede la conferma*".

Per favorire la continuità aziendale nel corso delle trattative, i creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono unilateralmente, ai sensi dell'articolo 18, comma 5, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né 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 dell'imprenditore per la nomina dell'esperto.

La norma prevede la pubblicazione dell'istanza per le misure protettive e non che il giudice le disponga. Per cui, l'imprenditore nel proporre un'istanza di accesso alla composizione negoziata della crisi, con la pubblicazione nel Registro delle imprese ottiene l'effetto protettivo in modo automatico, con la sola pubblicazione, in quanto l'autorità giudiziaria interviene in un secondo momento per confermare, modificare o revocare le misure[49].

L'azione dell'autorità giudiziaria avviene mediante ricorso e il relativo procedimento si svolge nelle forme del rito cautelare ai sensi dell'art. 669 bis c.p.c.

Quando l'imprenditore con il ricorso presentato al Tribunale competente formula la richiesta di misure protettive, lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, chiede la conferma o la modifica delle misure protettive, oltre l'adozione, ove occorra, dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.; tali misure, pertanto, hanno natura provvisoria.

---

it 2022: "*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 nonché dell'accettazione da parte dell'esperto e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata*".

48 Tribunale di Salerno sez. III 04 febbraio 2022, in DeJure.

49 Trib. Padova sez. I 25 febbraio 2022, in Ilfallimentarista 2022: "*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), perché altrimenti 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*".

L'imprenditore, entro i successivi trenta giorni dalla pubblicazione, deve chiedere la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato. L'omesso o ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure protettive.

L'imprenditore, unitamente al ricorso in Tribunale, deposita:

a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, quando 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 assumere;
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.

Il Tribunale, entro dieci giorni dal deposito del ricorso, fissa con decreto l'udienza, da tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza e se verifica che il ricorso non è stato presentato nei termini di legge, dichiara l'inefficacia delle misure protettive, senza fissare l'udienza, per cui cessano gli effetti protettivi. Inoltre, gli effetti protettivi cessano se il Tribunale, nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso, non provvede alla fissazione dell'udienza[50]. In tal senso fondamentale menzionare la prima pronuncia ineren-

---

50 Tribunale Brescia sez. fallimentare, 02 dicembre 2021, in Ilfallimentarista.it: "*Le misure protettive previste dall' art. 6 D.L. 118/2021, che istituisce un sistema di protezioni attivabili "laddove vi sia l'esigenza di proteggere il patrimonio dell'imprenditore da iniziative che possono turbare il regolare corso delle trattative", producono effetti dal giorno della pubblicazione nel Registro delle imprese dell'istanza dell'imprenditore, che ne chiede applicazione, unitamente all'accettazione dell'esperto.*

Affinché tali effetti si consolidino è necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria alla quale l'imprenditore già "schermato" si deve rivolgere con ricorso depositato lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, chiedendo la conferma o la modifica delle misure protettive ovvero l'adozione di provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

Nel caso di specie, il Tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso ex art. 7 D.L. 118/2021 presentato da una S.r.l. posto che, allo stato, parte ricorrente si è limitata a chiedere al segretario generale della C.C.I.A.A. l'istanza di nomina dell'esperto, mentre non risulta intervenuta né la

te la composizione negoziata, il cui provvedimento affronta tre temi principali: la natura confermativa del provvedimento e l'impossibilità di accedervi senza la nomina di un esperto, il rapporto con la procedura di concordato rinunciata, il necessario rigore nella verifica dei documenti richiesti dalla disciplina come condizione necessaria per ottenere il provvedimento di convalida delle misure protettive[51].

Il Tribunale all'udienza, sentite le parti e chiamato l'esperto a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative, nomina, se occorre, un ausiliario e procede agi atti di istruzione indispensabili per provvedere con un'ordinanza alla conferma, revoca o modifica delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari. Il Tribunale, oltre a potere assumere informazioni dai creditori, deve sentire i terzi se le misure protettive e provvedimenti cautelari incidono su di essi. Il Tribunale provvede con ordinanza e stabilisce la durata delle misure protettive, non inferiore a trenta giorni e non superiore a centoventi giorni, potendo limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di creditori.

La documentazione che l'imprenditore è tenuto a presentare al Tribunale, unitamente al ricorso per confermare o modificare le misure protettive, i successivi interventi dell'esperto nell'udienza, anche da parte di terzi e dell'ausiliario, evidenziano che il Tribunale intende confermare le misure protettive solamente ove appare effettivamente perseguibile il risanamento dell'impresa. Inoltre, la conferma delle misure protettive e cautelari è disposta quando l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative appare proporzionato rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori[52].

Il giudice, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, può prorogare la durata delle misure per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, in ogni caso la durata complessiva non può superare i duecentoquaranta giorni.

Il giudice che ha emesso i provvedimenti, su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, può revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando le stesse non soddisfano

---

nomina dell'esperto né la sua accettazione, né, logicamente, la pubblicazione "complessiva" di cui all'art. 6, comma 1, D.L. 118/2021".

51 Per un commento ed un'analisi V. F: Cesare, "*La prima decisione sulle misure protettive: per la convalida occorrono pubblicazione e accettazione*", in IlFallimentarista.it, 2021.

52 In tal senso Tribunale Ivrea 10 febbraio 2022, in IlFallimentarista.it 2022, "*Nell'ambito di un procedimento di composizione negoziata, il Tribunale di Ivrea ha affermato che la società può richiedere, oltre all'applicazione delle misure protettive, anche l'adozione di provvedimenti cautelari nei confronti di alcuni creditori solo se tale richiesta è contestuale alla richiesta di conferma delle misure protettive e, quindi, non depositata con memoria integrativa, ma formulata nel ricorso introduttivo*".

l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti. La ratio di tale istituto[53] è di agevolare la continuità aziendale, consentendo all'imprenditore di effettuare delle scelte in merito ai pagamenti ai creditori, differenziandosi in tal modo dal concordato preventivo in cui è necessaria ed essenziale l'autorizzazione del Tribunale. Libertà di manovra dell'imprenditore ovviamente non è senza limiti, vi è una sorta di "procedimento di controllo" da parte del giudice che verificherà la proporzionalità[54] dello strumento rispetto alla condizione in cui si trova l'imprenditore. I creditori, inoltre, potranno fare istanza affinché il giudice revochi le misure, rispettando così il principio secondo cui non si debba pregiudicare il buon esito delle trattative, ma allo stesso tempo garantire una tutela ai creditori.

1.3 La gestione dell'impresa

L'imprenditore conserva nel corso delle trattative la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, quando sussiste probabilità di insolvenza deve adottare modalità tali da evitare il pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa[55].

Centrale, risulta essere la conservazione della continuità aziendale, come più volte richiamato in precedenza, ovvero si presta con particolare attenzione alla gestione dell'impresa. Nel corso della composizione nego-

---

53 Per una completa ricognizione delle pronunce emesse in materia di misure protettive si V. C. Mariani M. Rizzuto M. A. Di Gioia, "*Composizione negoziata della crisi: misure protettive*", in Il Fallimentarista, 2022.

54 V. Trib. Milano sez. II 17 gennaio 2022, in Rivista dei Dottori Commercialisti 2022, 1, 111: "*Il giudice chiamato a confermare le misure protettive nel procedimento avviato per la composizione negoziata della crisi di impresa a sensi dell'art. 6, comma 1, L. 147/2021 , in base ad un principio di proporzionalità, deve operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori, valutando come utile il percorso di risanamento intrapreso, in base alle inequivoche indicazione dell'esperto, confermando, dunque, le misure quando si convince che esiste una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento e quando reputa che le misure, nella gradazione necessaria, siano funzionali a raggiungere quel risultato, sicché la loro assenza potrebbe pregiudicare il risanamento aziendale. I creditori interessati dalle misure protettive ai sensi dell'art 6 c.5 D.L. 118/2021 non risultano essere i creditori potenzialmente interessati, ma piuttosto solo quelli concretamente colpiti dalle misure in questione, i quali hanno perciò lo strumento della richiesta di revoca se la misura appaia sproporzionata rispetto al pregiudizio loro arrecato*".

55 L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione o l'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti con le trattative ed in caso positivo l'esperto segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se nonostante la segnalazione l'atto sia stato compiuto l'esperto iscrive il proprio dissenso ne registro delle imprese.

ziata l'imprenditore mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'amministrazione aziendale deve essere condotta con la più assoluta prudenza, in coerenza e in conformità a quanto esposto nel piano di risanamento, in particolare se in presenza di perdite che comportano la riduzione del capitale sociale, anche al di sotto del limite legale. Infatti, ai sensi dell'articolo 20, l'imprenditore con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successiva, può dichiarare che, sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli articoli 2446, commi 2 e 3; 2482-bis, commi 4, 5 e 6 e 2482-ter e non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.

L'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli effetti delle stesse decorrono dalla pubblicazione.

Qualora l'imprenditore abbia chiesto anche l'applicazione delle misure protettive, ai sensi degli articoli 18 e 19, la suddetta sospensione degli obblighi e delle cause di scioglimento cessa a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento con il quale il Tribunale dichiara l'inefficacia delle misure richieste, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, o ne dispone la revoca.

Nel corso della gestione dell'impresa hanno luogo le trattative nelle quali sono richieste buona fede e correttezza, per cui è opportuno il richiamo all'articolo 4, *doveri delle parti*, che invita i creditori a collaborare lealmente con l'imprenditore, rispettare l'obbligo di riservatezza e dare riscontro alle proposte ed alle richieste ricevute nel corso delle trattative con risposte tempestive e motivate. L'imprenditore è tenuto ad illustrare la propria situazione in modo completo e trasparente, nonché a gestire l'impresa durante la procedura senza pregiudicare gli interessi dei creditori.

La proposta originaria formulata dall'imprenditore è priva di un confronto preventivo con i creditori, per cui, anche per il riferimento al termine "trattative", la proposta originaria può essere modificata in relazione alle osservazioni dei creditori e dell'esperto. In tal caso, l'eventuale modifica della proposta deve essere immediatamente comunicata a tutti i creditori. L'esperto ha la possibilità, nel corso delle trattative e nel confronto con i singoli creditori, di verificare l'esattezza delle informazioni ricevute. Inoltre, l'esperto, ai fini della redazione della relazione finale, acquisisce la *conoscenza* dell'ambiente in cui opera l'imprenditore, l'atteggiamento degli *stakeholders*, l'immagine e il ruolo dell'impresa sul mercato.

In pendenza delle trattative, l'esperto deve controllare l'attività dell'imprenditore non solo sugli atti di straordinaria amministrazione che richiedono l'autorizzazione del Tribunale, ma anche sulla gestione ordinaria dell'impresa e sui pagamenti effettuati, in modo che le ragioni dei creditori non si-

ano ulteriormente penalizzate dal compimento di atti gestionali che possono ridurre la consistenza del patrimonio dell'impresa.

Non solo, l'esperto, in virtù della sua professionalità, contribuisce, con le opportune osservazioni, ad individuare una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o di insolvenza. Ai fini della valutazione della fattibilità del piano proposto dall'imprenditore è utile il riferimento ai Principi di attestazione dei piani di risanamento, disposti il 16 dicembre 2020 dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili.

L'esperto, presa visione dei rapporti pendenti dell'imprenditore può nel corso delle trattative, ai sensi dell'articolo 22, comma 2, invitare le parti a rideterminare il contenuto dei contratti e dei rapporti in essere 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.

Pertanto, le funzioni dell'esperto non possono essere definite di *mediazione*, in quanto, a prescindere dall'elevato apporto professionale richiesto, con riflessi economici di carattere prognostico e legale, la continuità aziendale non è conseguibile con una semplice falcidia di carattere transattivo, conclusa dalle parti, della percentuale di soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente, in modo sollecito. È particolarmente significativo l'invito rivolto, ai sensi dell'articolo 16, comma 6, alle banche e agli intermediari finanziari, ai loro mandatari e ai cessionari dei loro crediti, di partecipare alle trattative in modo attivo e informato. Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia ritiene opportuno che i creditori finanziari, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, con i quali l'imprenditore presenta esposizioni, siano invitati congiuntamente all'incontro con l'esperto e l'imprenditore.

I consulenti dell'imprenditore e dei creditori, ovviamente nella legittima tutela degli interessi economici degli assistiti, dovrebbero rinunciare a dilatori tatticismi ed assumere in tempi brevi le definitive decisioni.

L'esperto deve utilizzare lo strumento della Piattaforma telematica nazionale nelle molteplici funzioni, ivi compreso, ai sensi dell'articolo 14, il collegamento alle banche dati dell'Agenzia delle Entrate, dell'INPS, dell'INAI, dell'Agente della riscossione. Inoltre, è consentito l'accesso alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia, con le modalità di accesso stabilite dai suddetti soggetti pubblici.

L'esperto può accedere alle suddette banche dati ed alle informazioni della Centrale dei rischi, previo consenso prestato dall'imprenditore ed estrarre la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori e con le parti interessate.

La Piattaforma telematica nazionale facilita, ai sensi dell'articolo 15, il confronto fra l'esperto e i creditori che possono inserire nella stessa le informazioni inerenti la propria posizione creditoria, anche su richiesta dell'esperto. Inoltre, i creditori accedono alla documentazione ed alle informazioni inserite nella piattaforma, previo consenso prestato dall'imprenditore e dal singolo creditore.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza non dà alcuna indicazione in merito ai contenuti della proposta dell'imprenditore che potrebbe anche prevedere, considerato il carattere negoziale della procedura, trattamenti differenziati fra le classi dei creditori e il superamento dell'ordine delle cause legittime di prelazione e il mancato rispetto del principio della *par conditio creditorum*. L'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione e il mancato rispetto della *par conditio creditorum* presuppongono l'assoluta certezza del recupero della continuità aziendale, in quanto, in caso di una successiva dichiarazione di liquidazione giudiziale potrebbe conseguire una responsabilità, perlomeno di ordine civile.

In merito all'aspetto gestionale, l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore e le banche, gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato.

L'esperto deve seguire costantemente la gestione ed essere informato preventivamente dall'imprenditore del compimento di atti di straordinaria amministrazione e dell'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

La distinzione fra gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti di straordinaria amministrazione in merito alle facoltà gestorie dell'imprenditore è discriminante. In merito alla distinzione fra gli atti, occorre considerare che atti astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti dopo la presentazione dell'istanza, poiché quegli atti possono risultare idonei a sottrarre risorse, ovvero pregiudicare la consistenza del patrimonio, compromettendo la capacità residua di soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

Il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28/09/2021, elenca, in via esemplificativa, tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda, la concessione di garanzie, i pagamenti anticiparti delle forniture, la cessione pro soluto di crediti, l'erogazione di finanziamento a favore di terzi e di parti correlate, la rinunzia alle liti e le transazioni, le ricognizioni dei 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 gli atti dispositivi in genere.

Inoltre, il suddetto decreto suggerisce, in via prudenziale, di fare particolare attenzione ai pagamenti aventi causali diverse dalle tipologie per retribuzioni a dipendenti, provvigioni ad agenti e compensi a collaboratori coordinati e continuativi, debiti fiscali e contributivi, rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali e in tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determina, in caso di rateazione, la perdita del beneficio del termine.

Nel caso di successiva procedura concorsuale non è riconosciuta la prededuzione ai crediti legalmente sorti nel corso delle trattative, salvo che per i finanziamenti autorizzati dal Tribunale. Comunque, sussiste il rischio che, dalla prosecuzione dei rapporti economici nella gestione dell'impresa, derivi una riduzione del patrimonio sul quale i creditori concorrono, con conseguente effetto negativo delle ragioni creditorie. Pertanto, la gestione dell'impresa nel corso delle trattative deve essere costantemente monitorata, sia per gli atti di amministrazione ordinaria che straordinaria, in modo da evitare che la continuazione dell'attività comporti conseguenze negative, con l'assorbimento di risorse sottratte alla disponibilità dei creditori.

L'imprenditore è tenuto ad informare l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. L'esperto, se ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori e alle prospettive di risanamento, informa, per iscritto, l'imprenditore e, se esistente, il collegio sindacale.

Se l'atto viene comunque compiuto, l'imprenditore deve informare l'esperto che, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Inoltre, l'esperto, nel caso in cui siano state concesse misure protettive o cautelari, procede alla segnalazione al giudice che ha emesso i provvedimenti.

Determinati atti di significativa rilevanza possono essere effettuati nel corso della gestione, previa autorizzazione del Tribunale che deve verificare la funzionalità degli stessi rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. Gli atti riguardano:

a) i finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 6;
b) i finanziamenti dei soci prededucibili ai sensi dell'articolo 6;
c) finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 6 per società appartenenti ad un gruppo di imprese;
d) trasferimento in qualunque forma di azienda o di uno o più rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, comma 2, C.C., fermo restando l'articolo 2122 C.C.

Le suddette operazioni devono assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, definita dalla Direttiva UE 1023/2019[3] come *la verifica che stabilisce che nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato*.

Come rileva la suddetta direttiva in merito ai finanziamenti prededucibili necessari ai fini gestionali nel corso delle trattative, il successo della procedura dipende sovente dall'assistenza finanziaria erogata all'imprenditore che contribuisce a sostenere l'operatività dell'impresa durante le trattative per la ristrutturazione del debito.

Le suddette opportunità rendono più agevoli le trattative e il successo della procedura, in quanto ai sensi dell'articolo 24, comma 1, gli atti autorizzati dal Tribunale conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, l'apertura della liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. La suddetta disposizione rende più agevole la prosecuzione della gestione aziendale, in quanto le controparti dell'imprenditore non corrono il rischio di subire azioni revocatorie.

L'autorizzazione del Tribunale è prevista per l'adozione di un atto di particolare importanza, quali l'opportunità riconosciuta all'imprenditore di procedere al trasferimento dell'impresa, con successivo riparto fra i creditori delle conseguenti risorse acquisite. L'autorizzazione del Tribunale pone il cessionario nelle condizioni di sicurezza in quanto non sussiste la responsabilità per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, ferme restando le disposizioni dell'articolo 2112 C.C., a tutela dei rapporti di lavoro dipendente.

Il decreto dirigenziale del Ministero di giustizia espone che se la continuità aziendale è conseguibile in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di suoi rami e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento. Inoltre, nella sezione III del suddetto decreto, sono esposte le modalità operative dell'esperto, in previsione della cessione di azienda o di suoi rami, in modo da evitare il timore di scelte in danno ai creditori.

L'esperto ha l'opportunità di incidere positivamente sulla gestione dell'imprenditore, nei casi in cui la prestazione dell'imprenditore sia divenuta eccessivamente onerosa, quindi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita. In dette situazioni, l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto e le parti sono tenu-

te a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni.

In merito all'informazione dovuta ai dipendenti, in relazione alla procedura in corso, la Direttiva Unione Europea 1019/2021[3] espone che *gli Stati membri dovrebbero assicurare che i rappresentanti dei lavoratori possano accedere ad informazioni pertinenti ed aggiornate sulla disponibilità di strumenti di allerta precoce e dovrebbe essere possibile per essi prestare sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore*.

In merito alla suddetta informazione, l'articolo 16, comma 8, dispone che, se nel corso della composizione negoziata sono assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro, anche se limitate all'organizzazione del lavoro o alle modalità di svolgimento delle operazioni, il datore di lavoro che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, deve informare, con comunicazione scritta, i soggetti sindacali prima dell'adozione delle misure. Questi ultimi, entro tre giorni dalla ricezione, possono chiedere un incontro all'imprenditore e la conseguente consultazione, con la partecipazione dell'esperto, deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza.

Per quanto sopra esposto, le funzioni dell'esperto non possono essere definite di *mediazione*, in quanto, a prescindere dall'elevata professionalità richiesta con riflessi economici di carattere prognostico e legale, la continuità aziendale non è conseguibile con una semplice falcidia di carattere transattivo della percentuale di soddisfacimento delle ragioni creditorie.

1.4 La conclusione delle trattative

La composizione negoziale della crisi è funzionale all'attività degli operatori economici, in quanto definisce in tempi solleciti le situazioni che possono generare ulteriori effetti economici negativi sia all'imprenditore che ai creditori.

L'incarico, conferito all'esperto per agevolare le trattative fra l'imprenditore e i creditori, si considera concluso, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, se, le parti, decorsi centoottanta giorni dall'accettazione della nomina da parte dell'esperto, non hanno individuato una soluzione adeguata per il superamento della situazione dello stato di crisi. L'incarico può proseguire, quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure la prosecuzione dell'incarico è necessaria, quando l'imprenditore ha chiesto le misure protettive e cautelari e le autorizzazioni al Tribunale, rispettivamente ai sensi degli articoli 19 e 22.

L'esperto, al termine dell'incarico, redige la relazione finale che inserisce nella Piattaforma e comunica all'imprenditore ed anche al giudice che dichiari cessati gli effetti nel caso in cui siano state concesse le misure protettive e cautelari. L'esperto deve dare comunicazione al segretario gene-

rale della Camera di Commercio per l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

La relazione finale dell'esperto, preceduta dall'attestazione di indipendenza, dovrebbe rigorosamente indicare la documentazione esaminata, l'attività svolta, gli incontri con l'imprenditore e i creditori e la documentata previsione in merito all'eventuale fattibilità del piano di risanamento.

Pertanto, nel caso in cui l'esperto, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera a), assicuri la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni, in caso di successiva insolvenza dell'imprenditore, lo stesso potrebbe essere esposto all'azione di responsabilità da parte di un creditore o di un soggetto terzo in dipendenza dei rapporti economici proseguiti o avviati con l'imprenditore.

L'imprenditore, in caso di archiviazione di una precedente istanza, non ne può presentare un'altra prima di un anno dall'archiviazione. Se l'archiviazione è richiesta dall'imprenditore il suddetto termine è ridotto a quattro mesi.

I costi che gravano sulle camere di commercio per consentire il funzionamento della procedura di composizione negoziata sono a carico dell'impresa che presenta l'istanza e sono determinati ai sensi dell'articolo 18 della legge 580/1993.

La procedura, in relazione alle decisioni assunte delle parti, può concludersi con i contratti o con gli accordi risultanti dalla relazione finale dell'esperto, oppure, all'esito delle trattative con la possibilità del successivo ricorso a procedure negoziali o giudiziali, atte, comunque alla soluzione della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Sono esposte le diverse conclusioni della procedura di composizione negoziale nel caso che sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi oppure, in caso contrario, le alternative previste per l'imprenditore, rispettivamente ai successivi **punti 2.4.1** e **2.4.2**.

Quando l'esperto intende procedere con l'archiviazione del fascicolo, il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28/09/2021 espone che è opportuno che sia avvertito l'imprenditore della prossima redazione finale. L'esperto, di fronte alla richiesta motivata dell'imprenditore di proseguire nella composizione negoziata con nuove condizioni, prima di procedere alla chiusura, ne dovrebbe esaminare la fattibilità. La relazione finale dell'esperto è inserita nella piattaforma telematica, comunicata all'imprenditore anche per le eventuali successive iniziative che lo stesso può avviare, ma senza alcuna comunicazione agli altri soggetti intervenuti nella trattativa.

Come dispone l'articolo 17, comma 8, l'esperto redige una relazione finale, dalla quale può emergere la soluzione idonea al superamento della crisi. In merito ai contenuti della relazione, è opportuno che l'esperto, ribadita la sua indipendenza, esponga l'origine e la storia dell'attività dell'impresa,

espressa anche dai bilanci degli esercizi pregressi, le cause della crisi, la situazione dell'impresa, evidenziando lo stato di crisi o di insolvenza reversibile, gli effetti finanziari, economici e patrimoniali conseguenti all'eventuale accordo raggiunto con i creditori, tali da permettere il recupero della continuità aziendale.

L'esperto, a completamento dell'incarico, potrebbe anche indicare le eventuali azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili in caso di successiva dichiarazione di liquidazione giudiziale, ma anche, per assicurare la completa informazione ai creditori, gli effetti negativi, di carattere oggettivo, purtroppo sovente trascurati, che deriverebbero dalla liquidazione giudiziale.

Qualora non siano ravvisate concrete prospettive di risanamento, l'imprenditore dispone di altre alternative, quali, la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, la proposta di un piano attestato di risanamento, la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

1.4.1 *Le trattative concluse con le soluzioni idonee al superamento della crisi*

Qualora l'esperto individui, come rilevato nella relazione finale, una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi[56], quest'ultima deve essere comunicata all'imprenditore e inserita nella Piattaforma telematica nazionale. In tal caso, le parti possono, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, alternativamente concludere:

a) un contratto con uno o più creditori, con gli effetti premiali dell'articolo 25-bis, comma 1, se la relazione dell'esperto lo ritiene idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.
   Il contratto concluso fra l'imprenditore e i creditori aderenti dovrebbe essere sottoscritto con autentica notarile delle firme.
   È opportuno rilevare che nel caso suddetto, il contratto può essere sottoscritto anche da un solo creditore nelle situazioni in cui l'adesione di un singolo creditore sia essenziale. La suddetta situazione può sussistere nel caso di un istituto di credito particolarmente esposto, oppure per le piccole imprese che operano, particolarmente negli esercizi stagionali, con un numero limitato di fornitori.
   La relazione dell'esperto assicura la continuità aziendale. Con la conclusione della trattativa non è prevista alcuna opposizione formale, ma, i creditori aderenti all'accordo o meno, nel caso in cui si verifichi una succes-

56 V. V. Zanichelli, "*Gli esiti possibili della composizione negoziata*", in dirittodellacrisi.it, 2021.

siva situazione di insolvenza dell'imprenditore possono ricorrere alle azioni ordinarie per la tutela del proprio credito, ivi compreso il ricorso per la dichiarazione di liquidazione giudiziale. In quest'ultimo caso, l'operato e la relazione finale dell'esperto saranno oggetto di esame da parte degli organi giudiziali.

b) Una convenzione di moratoria, ai sensi dell'articolo 62.
c) Un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 166, comma 3, lett. d) e 324. L'esperto con la sottoscrizione dell'accordo dovrebbe dare atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Con la sottoscrizione dell'accordo, l'esperto, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

1.4.2 *Le soluzioni proponibili all'esito delle trattative*

L'imprenditore può, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'articolo 23, in relazione all'esito delle trattative con i creditori, procedere a soluzioni alternative atte, comunque a recuperare la continuità aziendale, anche con un eventuale ricorso a procedure giudiziali.

L'imprenditore, per quanto esposto al comma 2 dell'articolo 23, può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61 In tal caso, la percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lett c), è ridotta al sessanta per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.

L'imprenditore, ai sensi dell'articolo 23, comma 3, può in alternativa:

a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 56;
b) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ai sensi dell'articolo 25-sexies;
c) accedere ad uno dei quadri di ristrutturazione preventiva o alle procedure di insolvenza disciplinate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, dal D.Lgs. 270/1999 o dal D.L.347/2003.

Le suddette alternative confermano l'estremo favore riservato all'imprenditore che, riconosciuta la crisi dell'impresa, avvia, con l'istanza di nomina dell'esperto, la procedura di composizione negoziata.

1.4.3 *La conduzione delle trattative in caso di gruppi di imprese*

Uno degli aspetti più rilevanti del D.L 118/2021 D.L. 118/2021 è quello di aver previsto l'accesso al nuovo istituto anche da parte dei gruppi di

imprese[57] in via unitaria, si tratta di un riconoscimento importante che tiene conto del fenomeno del raggruppamento di imprese. Non è superfluo rilevare come ormai da tempo costituisca oggetto di "*ampia indagine la disciplina specifica da applicare alle situazioni di crisi o di insolvenza che colpiscono per intero un gruppo di società, o che comunque coinvolgono più società appartenenti allo stesso gruppo, con riferimento sia alle vere e proprie procedure liquidatorie, sia alle soluzioni negoziate della crisi e, prima ancora, alla fase di prossimità della crisi ed alle relative misure di prevenzione*[58]".

Il gruppo di imprese è definito all'articolo 2, lett. h) come " 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".

L'accesso alla composizione negoziata di gruppo[59] parrebbe estesa alle imprese del gruppo che presentino non solo situazioni di "pre-crisi", ma anche a quelle non solo già in crisi "probabile", ma anche alla fase di insolvenza.

L'unicità della procedura comporta che per gestire la composizione negoziata di gruppo venga nominato un unico esperto e che "*questi svolga le trattative congiuntamente per il gruppo, salvo che l'impossibilità di tale trattazione unitaria comporti la necessità di trattative su singole imprese; non solo, ma anche qualora le imprese di un gruppo presentino domande di composizione separate, sono proprio gli esperti che possono richiedere la trattazione congiunta, nel qual caso la procedura viene "raggruppata" sotto l'egida dell'esperto designato tra quelli nominati o, in caso di mancata designazione, da quello incaricato per la prima procedura*[60]".

---

57 Si definisce gruppo d'impresa un'aggregazione di società, imprese ed enti soggetti a direzione e coordinamento e, dunque, non è limitato al fenomeno del controllo societario, bensì si estende anche a tutte le imprese, senza però ricomprendere le persone fisiche non imprenditori.

58 Cfr. M. Miola, "*Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*", in Rivista delle Società, 2019, fasc. 2, p. 306.

59 V. M. Arato, *Il gruppo di imprese nella composizione negoziata della crisi*, in dirittodellacrisi.it, 2021, N. Abriani G. Scogniamiglio, "*Crisi dei gruppi e composizione negoziata*", in dirittodellacrisi.it, 2021.

60 Cfr. P. Bosticco, "*La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*", in IlFallimentarista.it, 2021.

L'istanza dell'imprenditore per la nomina dell'esperto dovrebbe documentare, a prescindere dalla pubblicità formale, la sussistenza della condizione di direzione e coordinamento, in quanto non è sufficiente un'operatività limitata a ripetuti rapporti commerciali, in assenza di univocità di obiettivi e di direttive impartite dagli amministratori della società controllante agli amministratori delle società sottoposte.

In dottrina[61] si rileva come: "*la direzione e coordinamento consiste nell'imposizione agli organi direttivi della società controllata, di decisioni provenienti dalla società dominante*". Pertanto, si esclude la pretesa sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2497 C.C., qualora i rapporti fra le società siano limitati a scambi di e-mail, indicazioni o consigli, comunque formulati, fra i dipendenti delle società, senza alcun coinvolgimento degli organi direttivi delle società interessate.

Inoltre, la Corte di Cassazione con sentenza del 31 luglio 2017[62], rileva che "*l'istituto del concordato di gruppo non può ammettersi nel caso di crisi gestita da ente delle singole società mediante forme di aggregazione diverse dal gruppo societario propriamente inteso, limitate a meri conferimenti di beni e all'accollo di debiti fra le dette società*".

I presupposti giuridici richiesti per l'esistenza del gruppo sono descritti in "*attività di direzione e coordinamento, l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali*". L'autore ritiene presente la direzione unitaria nel caso in cui esiste "*accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo o di elaborazione da parte della medesima di programmi finanziari e produttivi di gruppo, cosicché l'esercizio della direzione unitaria significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo, mediante un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate*"[63].

La dottrina ritiene che l'interesse di gruppo debba essere comune a tutte le società del gruppo in un quadro di sostanziale univocità degli obiettivi, per cui, come da Circolare Assonime n.44/06, l'attività di direzione e coordinamento viene istituzionalizzata nell'intento di raggiungere un fine uni-

---

61 V. H. Simonetti, "*Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*", in *Le Società* 2012 fasc. n3, in cui si riporta il contributo dottrinario di P.G Jaeger.

62 Cass. Civile 31 luglio 2017 n.19014, con commento di Giuseppe Fauceglia, in "*I confini del concordato preventivo di gruppo*" in Le Società 2017 fasc. 12.

63 V. P. Montalenti, "*L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*. in *Giurisprudenza Commerciale* 2016 fasc. 2.

tario, altrimenti irrealizzabile da parte delle singole imprese. Lo stato di crisi di un gruppo rende necessaria una visione globale e unitaria, in modo che le singole imprese in un processo di ristrutturazione possano recuperare la continuità aziendale.

La nomina di un esperto indipendente, ai sensi dell'articolo 25, comma 1, può essere chiesta da più imprese, appartenenti al medesimo gruppo, che si trovano in una situazione che ne rende probabile la crisi o l'insolvenza, che hanno, ciascuna, il proprio centro di interessi principali nel territorio dello Stato.

L'istanza è presentata alla camera di commercio ove è iscritta, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis C.C., la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, oppure, in mancanza, l'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo dello stato patrimoniale prevista dall'articolo 2424 C.C. in base all'ultimo bilancio approvato e inserito nella Piattaforma informatica.

L'imprenditore deve inserire nella piattaforma telematica, oltre la documentazione indicata all' articolo 17, comma 3, una relazione contenente le informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali, con l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità e il bilancio consolidato del gruppo, ove redatto.

Le misure protettive e cautelari sono adottate unicamente dal Tribunale ove l'impresa, che esercita attività di direzione e coordinamento ha la sede principale, oppure, in mancanza all'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria[64], costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'art. 2424 C.C. La pronuncia del Tribunale di Milano 8 marzo 2022 rappresenta la prima pronuncia[65] in merito alla composizione negoziata

---

64 Si veda in tal senso Trib. Milano sez. II 8 marzo 2022, in Il Fallimentarista 2022: "*Nell'ambito di un procedimento di composizione negoziata di gruppo con contestuale richiesta di applicazione delle misure protettive ex art. 7 D.L. 118/2021, viene affermato che il tribunale competente (ai sensi dell'art. 13 comma 5) è quello "competente ai sensi dell'art. 9 l.fall. rispetto alla società che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497 bis c.c., esercita attività di direzione e coordinamento, oppure, in mancanza, con riguardo alla impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria. Il riferimento è dunque alla sede principale (diversamente dalla competenza per l'avvio della composizione negoziata, che è agganciata alla sede legale)". Emerge dunque una diversità di criteri di individuazione del profilo territoriale (v. commi 2, 3 e 5 dell'art. 13) che possono comportare "il rischio di diversità e disallineamento tra la individuazione della camera di commercio competente alla nomina dell'esperto chiamato a gestire la trattativa unitaria e il tribunale competente a confermare le misure protettive e cautelari, rischio, per altro, presente anche al di fuori del gruppo di imprese, come evincibile dal contenuto degli art. 2 comma 1 e art. 7, comma 1"*.

65 La pronuncia offre diversi spunti di riflessione per la soluzione e analisi di nodi interpretativi del D.L 118/2021, per un'analisi V. F. Cesare, "*Composizione negoziata di gruppo al*

di gruppo inerente la convalida delle misure protettive, considerando in particolar modo la probabilità di successo dell'iniziativa e bilanciando allo stesso tempo gli interessi tra la concessione delle misure e gli interessi dei creditori (si analizza l'efficienza della ristrutturazione di gruppo). Si tratta di una sentenza che permette di chiarire quale sia lo scopo della ristrutturazione di gruppo, visto la recente novità presente nel codice della crisi posto che nel diritto vivente le procedure concorsuali non sono ammesse.

L'esperto esercita la propria funzione in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza, salvo che lo svolgimento congiunto non renda eccessivamente gravose le trattative. In tal caso, l'esperto può svolgere le trattative per singole imprese[66].

Nel caso in cui le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentino più istanze di nomina dell'esperto, gli esperti nominati hanno la facoltà di proporre che la composizione negoziata si svolga in modo unitario con l'esperto designato di comuna accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

Le imprese partecipanti al gruppo che non si trovano in uno stato di crisi o di insolvenza, su invito dell'esperto possono partecipare alle trattative anche con l'assunzione di un ruolo attivo a supporto della proposta avanzata dal gruppo di imprese.

Gli eventuali finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, dopo la presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto sono esclusi dalla postergazione, di cui agli articoli 2467 e 2497quinques C.C., sempre che l'imprenditore abbia preventivamente informato l'esperto che, segnalato il pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Le imprese del gruppo, al termine delle trattative, nel caso in cui sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi, possono stipulare in via unitaria, uno dei contratti di cui all'articolo 23, comma 1, ovvero accedere separatamente o in via unitaria alle soluzioni di cui all'articolo 23.

---

vaglio dell'efficienza", in IlFallimentarista.it, 2022.

66 Sul versante operativo sarà allora necessario che l'esperto (nel caso in cui non sia stata presentata una istanza congiunta), immediatamente dopo la nomina, accerti, nell'ambito di quelle attività d studio preliminare che è chiamato a svolgere, se l'impresa appartiene o meno ad un gruppo, verificando nell'apposita sezione del registro delle imprese quale società esercita la direzione e coordinamento, e quali vi sono soggette. Ove così fosse, dovrà valutare se invitare a partecipare alle trattative anche le altre imprese del gruppo (tutte o alcune) che non si trovino in condizione di squilibrio.

1.4.4 *Gli effetti civili penali e tributari della composizione negoziata della crisi*

Il legislatore, con la previsione degli effetti civili, penali e tributari, conseguenti alla conclusione della composizione negoziale della crisi, intende rendere più agevole il recupero della continuità aziendale a beneficio sia dell'imprenditore che dei terzi, siano essi clienti o fornitori di beni e servizi.

Ai sensi dell'articolo 24, comma 1, gli atti autorizzati dal Tribunale conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, l'apertura della liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies.

Non solo, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 166, comma 2, alla condizione che siano coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti.

Gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico dell'esperto sono oggetto di revocatoria ordinaria o giudiziale se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese o se il Tribunale ha rigettato la richiesta autorizzazione, presentata ai sensi dell'articolo 22.

Non è prevista la prededuzione per i crediti legalmente sorti nel corso delle trattative, ad eccezione che per i debiti derivanti dai finanziamenti autorizzati dal Tribunale, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, concessi previa verifica della funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Agli effetti penali, non si applicano le disposizioni relative ai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, se coerenti con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzate dal Tribunale, ai sensi dell'articolo 22.

Qualora sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi, dalla pubblicazione nel registro delle imprese del contratto, con uno o più creditori, e dell'accordo, sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, riferiti all'articolo 23, rispettivamente alle lettere a) e c), agli effetti delle imposte dirette, si applicano gli articoli 88, comma 4-quater e 101, comma 5 del DPR 917/1986.

Pertanto, la riduzione dei debiti per l'impresa debitrice, in conseguenza della conclusione delle trattative, non è considerata sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite pregresse e di periodo. Nel contempo, è riconosciuta al creditore la perdita sui crediti, nel caso in cui l'imprenditore abbia concluso positivamente la composizione negoziata della crisi d'impresa, con decorrenza dalla data di pubblicazione nel Registro delle imprese.

Pur nel silenzio del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza potrebbe essere applicato l'articolo 14, comma 5-bis del D.Lgs. 472/1997 che elimina la responsabilità solidale tributaria del cessionario, qualora la cessione dell'azienda o di un ramo di essa avvenga nell'ambito di una procedura concorsuale o di composizione di crisi da sovraindebitamento. In effetti, la cessione dell'azienda nell'ambito della composizione negoziale della crisi di impresa, peraltro soggetta ad autorizzazione del Tribunale, avviene in una procedura che ha tutte le caratteristiche di una composizione della crisi che deriva da una condizione oggettiva di sovraindebitamento.

Il Codice nulla espone in merito al beneficio fiscale, previsto per il piano attestato di risanamento inerente la variazione dell'imponibile ai fini IVA. Infatti, il decreto nulla espone in merito alla variazione dell'imponibile agli effetti IVA, previsto all'articolo 26, comma 3-bis, lett. a) DPR 633/1972 in tema di piano attestato di risanamento, i cui effetti consentirebbero al cessionario o al committente di adeguare, dalla data di pubblicazione nel Registro delle imprese, l'imposta corrispondente alla variazione dell'imponibile.

La composizione negoziata della crisi di impresa e dell'insolvenza non prevede la transazione fiscale, né può essere diversamente, in quanto nella procedura negoziale non esiste il controllo giudiziale previsto per il concordato preventivo e per l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

1.5 Le misure premiali

Le misure premiali, finalizzate alla concessione di benefici concessi all'imprenditore che procede alla composizione negoziata della crisi, sono riconosciute, ai sensi dell'articolo 25-bis, con diverse modalità in relazione alla conclusione delle trattative e in dettaglio prevedono:

1) Gli **interessi** che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore per il periodo dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione delle composizioni delle trattative, ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, sono ridotti alla misura legale, nei casi in cui sia:
   a) concluso un contratto, con uno o più creditori, idoneo, secondo la relazione dell'esperto, ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
   b) conclusa una convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 62;

c) raggiunto un accordo, sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 57, 60 e 61;
d) presentata la domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57; 60 e 61.

2) Le **sanzioni tributarie**, per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta, sono ridotte alla misura minima se il termine di pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto;
3) Le **sanzioni** e gli **interessi sui debiti tributari** sorti prima del deposito dell'istanza di nomina dell'esperto sono ridotti alla metà nelle ipotesi previste dall'articolo 23, commi 2 e 3.
4) Il **Piano di rateazione**, in caso di pubblicazione nel Registro delle imprese della conclusione del contratto e dell'accordo, ai sensi rispettivamente delle lettere a) e c) dell'articolo 23, comma 1, di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposta sui redditi, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d' imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive, non iscritte a ruolo, e relativi accessori.
   Il piano è concesso su istanza dell'imprenditore, sottoscritta anche dall'esperto a prova dell'esistenza della temporanea situazione di obiettiva difficoltà. L'imprenditore decade automaticamente dal beneficio della rateazione in caso di ricorso ai quadri di ristrutturazione preventiva o in caso di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza oppure di mancato pagamento anche di una sola rata alla sua scadenza.
5) **Applicazione dell'articolo 88-comma 4 quater e 101, comma 5 del DPR 917/1986** quindi con benefici fiscali concessi, sia all'imprenditore che ai creditori, dalla pubblicazione nel Registro delle imprese del contratto o dell'accordo, previsti dall'articolo 23, comma 1, lett. a) e c) o degli accordi di cui all'articolo 23, comma 2.

Non sono contemplati altri benefici fiscali, già riconosciuti per i piani attestati di risanamento, quali la responsabilità tributaria solidale del cessionario e la variazione dell'imponibile agli effetti dell'IVA.

Non è applicabile nella composizione negoziata la transazione fiscale, riservata al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti, per l'ovvio motivo che non può esistere, in considerazione della natura negoziale della procedura, alcun controllo giudiziale sull'esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa.

1.6 Le autorizzazioni del Tribunale

Il Tribunale, ai sensi dell'articolo 22, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

a) autorizzare l'imprenditore, ai sensi dell'articolo 6, a contrarre finanziamenti prededucibili, a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili e una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'articolo 25;
b) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, comma 2, C.C.

Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia rileva che l'esperto, qualora sia sentito dal Tribunale in occasione della richiesta dell'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili, in relazione alla finalità della normativa, potrà tenere conto delle motivazioni economico-finanziarie che potrebbero consistere in:
a) finanziamenti funzionali al ciclo degli approvvigionamenti;
b) finanziamenti per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare l'impedimento alla partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti;
c) finanziamenti per conseguire nel corso della composizione negoziata un margine operativo lordo positivo;
d) finanziamenti per consentire il migliore realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni.

Il superamento della situazione di crisi o di insolvenza dell'impresa può anche essere conseguito, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, lett. d) mediante il trasferimento in qualunque forma dell'azienda o di rami di essa.

Il trasferimento da parte dell'imprenditore dell'azienda o uno o più suoi rami nel corso della procedura deve essere autorizzato dal Tribunale, previa verifica oltre che della funzionalità della stessa rispetto alla continuità aziendale e della migliore soddisfazione dei creditori, anche del rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente.

Il trasferimento dell'azienda appare opportuno, come rileva il Decreto dirigenziale del Ministero di Giustizia, allorché l'imprenditore e l'esperto, in considerazione dell'elevato livello di difficoltà, si rendono conto che, rispetto alla pregressa conduzione dell'impresa, sono indispensabili iniziative in assoluta discontinuità.

L'esperto, se l'imprenditore intenda procedere al trasferimento dell'azienda o di suoi rami, dovrà verificare le condizioni di fattibilità e considerare l'andamento delle trattative in corso e controllare i relativi adempimenti nelle varie fasi della procedura. Fino dalle manifestazioni di interesse da parti dei soggetti qualificati alla scelta del contraente in modo che siano assicurate la funzionalità del trasferimento rispetto alla continuità aziendale, la migliore soddisfazione dei creditori e la tutela degli interessi coinvolti anche con riferimento all'articolo 2112 C.C., in merito ai trattamenti economici e normativi dei lavoratori.

L'eventuale cessione dell'azienda o di un suo ramo, se ritenuta idonea al recupero della continuità aziendale, seppure in forma indiretta, rappresenta un'opportunità di particolare interesse operativo per tutte le parti interessate.

Il trasferimento, nell'ambito della procedura di composizione negoziata, supera le perplessità e i timori del potenziale cessionario che generalmente emergono in occasione di una ipotetica cessione di azienda, derivanti dalla responsabilità assunta dal cessionario in relazione ai debiti della stessa, ai sensi dell'articolo 2560, comma 2, C.C. Al contrario, in occasione della cessione di azienda, nell'ambito di una procedura di composizione negoziata, sono esclusi gli effetti di cui all'articolo 2560 C.C., fermo restando l'articolo 2112 C.C.

Un altro aspetto significativo è rappresentato dagli effetti della rilevanza giuridica ed economica della suddetta operazione, in quanto, gli atti autorizzati dal Tribunale, ai sensi dell'articolo 24, comma 1, come previsto per il trasferimento dell'azienda, conservano i propri effetti anche se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, un piano di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 64-bis omologato, l'apertura della liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies.

Il prospettato trasferimento di azienda dovrebbe tenere conto di precedenti manifestazioni di interesse, eventualmente manifestate dai creditori o dai terzi, della ragionevole stima delle risorse realizzabili e della loro adeguatezza a consentire il raggiungimento di un accordo con i creditori.

In effetti, la soluzione della crisi conseguibile con la cessione dell'azienda dovrebbe emergere nel corso delle trattative qualora l'esperto ravvisi la possibilità di acquisire il consenso dei creditori di partecipare al riparto delle risorse finanziarie acquisibili con la cessione.

La cessione di azienda deve essere disposta con un procedimento competitivo, le cui modalità potrebbero essere adottate con le disposizioni esposte nella procedura di concordato preventivo con offerte concorrenti, ai sensi dell'articolo 91.

La procedura richiede la preventiva valutazione dell'azienda o del ramo di essa che si intende trasferire, eventualmente con il supporto di un consulente esterno, designato dall'esperto.

La tutela degli interessi coinvolti impone la vendita con l'apertura di un procedimento competitivo, la cui definizione riguarda le forme di pubblicità, le modalità di svolgimento della gara, i requisiti di partecipazione richiesti agli offerenti, le garanzie richieste, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, l'assunzione dell'obbligo di riservatezza, la presentazione di offerte irrevocabili che siano fra di esse comparabili.

I requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti ai potenziali concorrenti costituiscono un significativo elemento conoscitivo che deve essere considerato dall'imprenditore e dall'esperto, al fine di conseguire, seppure in via indiretta, la continuità aziendale, oggetto di verifica da parte del Tribunale.

Sul piano pratico, l'imprenditore, coadiuvato dall'esperto, predispone il bando di selezione, contenente le informazioni sommarie sull'azienda che si intende cedere, l'invito agli operatori del settore, dotati dei prescritti requisiti soggettivi ed oggettivi, a presentare le offerte per l'acquisto entro un determinato termine con i documenti da allegare alla domanda di partecipazione, unitamente all'impegno alla riservatezza e i termini fissati per le successive fasi del procedimento, fino alla conclusione dello stesso.

Quanto disposto dall'articolo 2112 C., in tema del mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, impone che il bando di gara esponga le condizioni previste per la prosecuzione dei rapporti di lavoro.

Successivamente, ai soggetti ritenuti idonei, è inviata la lettera di invito a presentare l'offerta, contenente, oltre lo schema degli elementi essenziali del contratto di cessione, gli impegni di:

a) rispettare le disposizioni dell'articolo 2112 C.C. in tema di garanzia dei lavoratori subordinati;
b) prestare apposita fideiussione, a prima richiesta, a garanzia del corretto adempimento dell'offerta presentata;
c) accettare i beni mobili e immobili dell'azienda nello stato di diritto e di fatto in cui si trovano.

Alla lettera di invito dovrebbe essere allegato lo schema del contratto che dovrà essere sottoscritto dalle parti. È opportuno tenere presente che lo schema del contratto che richiede il consenso delle parti, è redatto, né può essere diversamente, unicamente dal soggetto venditore (l'imprenditore con ausilio dell'esperto), per cui, indipendentemente dalla volontà di predisporre un testo atto a tutelare anche le ragioni della controparte, il documento potrebbe non essere esaustivo, poiché solo il confronto con le ragioni altrui può consentire una elaborazione completa di tutti i contenuti. Pertanto, in condizioni normali di attività, ai soggetti interessati è riconosciuta la facoltà di richiedere modifiche e integrazioni allo schema del contratto, il cui contenuto, se condiviso, dovrebbe essere comunicato a tutti i soggetti ritenuti idonei alla partecipazione al concorso.

Il trasferimento dell'azienda impone nella prassi operativa la previsione che nel contratto fra le parti siano definite regole per l'adeguamento del prezzo in occasione di eventuali successive sopravvenienze passive o insussistenze attive, con la previsione di relative franchigie, di natura commerciale, fiscale o giuslavorista e delle relative prescrizioni.

Nella composizione negoziata non è proponibile un modello di adeguamento del prezzo, per cui appare assolutamente necessario che l'imprenditore, con la verifica dell'esperto, a tutela del cessionario, proceda ad una rigorosa documentazione sulla situazione economico-patrimoniale dell'oggetto del trasferimento.

Il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia prevede un'area secretata per la presentazione delle offerte e per il *virtual data room*, accessibile solo agli offerenti, all'esperto ed ai soggetti da questi autorizzati, nel quale possono essere presentate le offerte per la cessione dell'azienda o di altri beni. Inoltre, la Piattaforma deve consentire all'esperto di potere creare un cassetto informatico recante il data room virtuale.

Il *data room virtuale* costituisce l'occasione nella quale si ha il confronto documentale diretto fra il cedente e il potenziale acquirente che nell'occasione prende visione della documentazione societaria, amministrativa, fiscale, legale, commerciale e dei rapporti di lavoro subordinato.

Il *data room virtuale* dovrebbe essere predisposto nel più breve termine, rispetto all'invio della lettera di invito ai potenziali acquirenti ritenuti idonei, tenendo altresì presente che l'esperto è a disposizione degli offerenti per ogni informazione relativa ai documenti inseriti nel cassetto informatico ed all'eventuale sopralluogo dei locali in cui opera l'azienda.

Il potenziale acquirente, in occasione della formulazione della proposta di acquisto è a conoscenza, che, con riferimento alla situazione patrimoniale di riferimento, non risponde dei debiti inerenti l'azienda ceduta, ai sensi dell'articolo 2560, comma 2, C.C., mentre rimane a carico di entrambe le parti l'onere relativo al rapporti con i dipendenti che potrebbero essere assunti in via esclusiva dal cessionario.

L'acquirente deve altresì considerare che i rapporti pendenti, relativi a prestazioni periodiche e di carattere continuativo, proseguono la loro efficacia con i riflessi economico-finanziari derivanti dai contratti in essere, quali ad esempio i contratti di appalto che l'imprenditore può avere in corso. Un altro aspetto che costituisce una rilevante incertezza è rappresentato dal rischio fiscale assunto dall'acquirente, per quanto previsto dall'articolo 14, comma 5-bis del D.Lgs. 472/1997 che, comunque limita la responsabilità del cessionario.

Deve essere altresì documentato il contenzioso in corso ed anche potenziale, che, posto a conoscenza del potenziale acquirente, influisce sull'entità del corrispettivo proposto dallo stesso.

L'imprenditore, l'esperto e i rappresentanti dei lavoratori, nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, possono convenire il trasferimento dei lavoratori e le eventuali modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti.

Le offerte, che non possono prevedere alcuna condizione posta dal proponente, sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato.

Il bando di gara e conseguentemente il contratto di cessione di azienda devono esporre che la cessione è subordinata all'autorizzazione del Tribunale.

Inoltre, in riferimento al tempo richiesto per l'autorizzazione del Tribunale è opportuno il riferimento alla Direttiva UE 1023/2019, per cui *gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione delle autorità giudiziarie o amministrative alle situazioni in cui essa sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, l'obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure*.

È anche possibile che la cessione dell'azienda possa essere disposta a favore di un soggetto già individuato verso un corrispettivo predeterminato in denaro. Comunque, In quest'ultima situazione, come dispone l'articolo 91, in tema di concordato preventivo con offerte concorrenti, dovrebbe essere aperto un processo competitivo per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto con i tempi e le modalità in precedenza esposte.

Il Tribunale competente per le autorizzazioni, ai sensi dell'articolo 22, comma 3, è individuato nel luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.

Il giudice competente, sentite le parti interessate, assunte le informazioni necessarie e provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 cpc, decide in composizione monocratica.

Agli effetti dell'indipendenza dell'esperto, è significativa la disposizione per cui quest'ultimo non può intrattenere rapporti professionali nei successivi due anni che seguono l'archiviazione della composizione negoziata. Si tratta indubbiamente di una norma che facilita l'operato dell'esperto, in una fattiva collaborazione con il consulente del professionista.

L'omessa presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto da parte dell'imprenditore impone all'organo di controllo una maggiore responsabilità sugli atti gestionali dell'imprenditore, per cui ne potrebbe derivare, in caso di irregolarità, la convocazione dell'assemblea dei soci e, nei casi più gravi, la denunzia al Tribunale, ai sensi dell'articolo 2409 C.C. Inoltre, nel caso in cui la chiusura dell'esercizio avvenga durante le trattative, l'organo di controllo deve riferire nella relazione al bilancio in merito all'andamento della procedura in corso.

1.7 Il compenso dell'esperto

Il compenso dell'esperto[67] è a carico dell'imprenditore ed è determinato,

---

67 1. Il compenso dell'esperto è determinato, tenuto conto dell'opera prestata, della sua complessità, del contributo dato nella negoziazione e della sollecitudine con cui sono state condotte le trattative, in percentuale sull'ammontare dell'attivo dell'impresa debitrice secondo i seguenti scaglioni:

a) fino a euro 100.000,00, dal 4,00 al 6,00 per cento;

b) da euro 100.000,01 e fino a euro 500.000,00, dall'1,00 all'1,50 per cento;

c) da euro 500.000,01 e fino a euro 1.000.000,00, dallo 0,50 allo 0,80 per cento;

d) da euro 1.000.000,01 e fino a euro 2.500.000,00, dallo 0,25 allo 0,43 per cento;

e) da euro 2.500.000,01 e fino a euro 50.000.000,00, dallo 0,05 allo 0,10 per cento;

f)da euro 50.000.000,01 e fino a euro 400.000.000,00, dallo 0,010 allo 0,025 per cento;

g) da euro 400.000.000,01 e fino a euro 1.300.000.000,00, dallo 0,002 allo 0,008 per cento;

h) sulle somme eccedenti euro 1.300.000.000,00, dallo 0,005 allo 0,002 per cento.

2. In caso di composizione negoziata condotta ai sensi dell'articolo 25 in modo unitario per tutte o alcune delle imprese che hanno presentato l'istanza di cui all'articolo 17, il compenso dell'esperto designato è determinato esclusivamente tenendo conto della percentuale sull'ammontare dell'attivo di ciascuna impresa istante partecipante al gruppo.

3. Il compenso complessivo non può essere, in ogni caso, inferiore a euro 4.000,00 e superiore a euro 400.000,00.

4. L'importo di cui al comma 1 è rideterminato, fermi i limiti di cui al comma 3, come di seguito indicato:

a) se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative è compreso tra ventuno e cinquanta, il compenso è aumentato del 25 per cento;

b) se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative è superiore a cinquanta, il compenso è aumentato del 35 per cento;

c) se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative non è superiore a cinque, il compenso è ridotto del 40 per cento;

d) in caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto, il compenso è aumentato del 10 per cento.

5. I lavoratori e le rappresentanze sindacali non sono considerati nel numero dei creditori e delle altre parti interessate ai fini del riconoscimento degli aumenti di cui al comma 4, lettere a) e b); all'esperto comunque spetta il compenso di euro 100,00 per ogni ora di presenza risultante dai rapporti redatti ai sensi dell'articolo 4, comma 3, quinto periodo.

6. Il compenso è aumentato del 100 per cento in tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'articolo 17, comma 8, si concludono il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b).

7. Se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'articolo 23, comma 1, lettera c), gli spetta un ulteriore incremento del 10 per cento sul compenso determinato ai sensi del comma 6.

8. In deroga a quanto previsto dal comma 3, il compenso è liquidato in euro 500,00 quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro.

9. Le percentuali di cui al comma 1 sono calcolate sulla media dell'attivo risultante dagli ultimi tre bilanci o, in mancanza, sull'attivo risultante dalla situazione patrimoniale e finanziaria depositata ai sensi dell'articolo 17, comma 3, lettera a). Se l'attività è iniziata da meno di tre anni, la media è calcolata sui bilanci depositati dal suo inizio.

con percentuali a scaglioni, dal massimo del 5 per cento ad un minimo dello 0,43 per cento, con progressiva riduzione in relazione all'ammontare dell'attivo dell'impresa.

L'entità del compenso è rettificata con percentuali determinate, in aumento oppure in diminuzione, in relazione al numero dei creditori e alle fasi esperite nella procedura, con un sistema che tende ad incentivare il successo del procedimento di composizione della crisi.

Le percentuali sono calcolate sulla media dell'attivo risultante dagli ultimi tre bilanci o, in mancanza, dalle ultime tre dichiarazioni dei redditi. Il compenso complessivo non può essere, in ogni caso, inferiore ad € 4.00,00 né superiore ad € 400.000,00.

All'esperto è riconosciuto il rimborso delle spese documentate, necessarie per l'adempimento del concordato, con esclusione degli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso ai sensi dell'articolo 16, comma 21.

Può essere disposto, su richiesta dell'esperto, dopo un minimo di sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico, un acconto in misura non superiore ad un terzo del presumibile compenso finale, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata.

Il compenso è aumentato per predeterminate percentuali in relazione al numero dei creditori, alla vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto., i lavoratori e le rappresentanze sindacali non sono considerati nel numero dei creditori.

Il compenso, ai sensi del comma 6, è aumentato del 100% in tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale, si concludono il contratto, la convenzione di moratoria o gli accordi di cui all'articolo 23, commi 1 e 2. Se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'articolo 23, comma 1, lett. c), gli spetta un ulteriore incremento del 10% sul compenso determinato ai sensi del comma 6.

---

10. All'esperto è dovuto il rimborso delle spese necessarie per l'adempimento dell'incarico, purché accompagnate dalla corrispondente documentazione. Non sono rimborsati gli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso ai sensi dell'articolo 16, comma 2.

11. In mancanza di accordo tra le parti, il compenso è liquidato dalla commissione di cui all'articolo 13, comma 6, ed è a carico dell'imprenditore. Il provvedimento costituisce prova scritta idonea a norma dell'articolo 633, primo comma, numero 1), del codice di procedura civile nonché titolo per la concessione dell'esecuzione provvisoria ai sensi dell'articolo 642 del codice di procedura civile.

12. Il compenso dell'esperto è prededucibile ai sensi dell'articolo 6.

13. Dopo almeno sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico, su richiesta dell'esperto, può essere disposto in suo favore un acconto in misura non superiore ad un terzo del presumibile compenso finale, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata.

Quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione della procedura subito dopo il primo incontro il compenso è liquidato in € 500,00.

Il compenso, in mancanza di accordo fra le parti, è liquidato dalla Commissione di nomina e il provvedimento costituisce prova scritta idonea a norma del n. 1 dell'articolo 633 del C.P.C., nonché titolo per la concessione della provvisoria esecuzione ai sensi dell'articolo 642 del C.P.C.

Il compenso dell'esperto è prededucibile ai sensi dell'articolo 6.

1.8 La composizione negoziata della crisi e l'accordo stragiudiziale

L'imprenditore che avverte i primi indizi di crisi, anche in attuazione di quanto previsto dall'articolo 2086 C.C., in merito degli assetti organizzativi dell'impresa, dovrebbe attivarsi senza indugio per attuare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. È senza dubbio compresa, fra le iniziative adottabili dall'imprenditore, la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto per accedere alla composizione negoziale della crisi d'impresa, in luogo del ricorso ad una soluzione extragiudiziaria. Quest'ultima è senza alcuna guida operativa, condotta in proprio, con l'eventuale supporto del consulente dell'imprenditore.

La composizione negoziata della crisi di impresa si svolge con il vincolo della riservatezza, in modo riservato e confidenziale. Tuttavia, l'imprenditore, nell'intento di evitare l'evidenza di una situazione di difficoltà, peraltro esistente, potrebbe essere indotto a definire l'esposizione debitoria mediante una trattativa condotta direttamente con i creditori in modo autonomo, senza alcun riferimento a disposizioni normative.

È comprensibile l'innata ritrosia dell'imprenditore di prendere atto del proprio stato di crisi e quindi della difficoltà ad accedere alla procedura, seppure dichiarata riservata e confidenziale. Talvolta, l'imprenditore tende a sottovalutare le difficoltà aziendali anziché prevenirle e, in una ottimistica visione personale può essere indotto ad avviare iniziative che possono causare negative conseguenze, fino allo stato di insolvenza irreversibile, tale da non consentire alcuna possibilità di risanamento.

Le situazioni che generano la crisi d'impresa non si manifestano improvvisamente, ma sono precedute da situazioni di difficoltà che l'imprenditore può anche affrontare con la massima prudenza, ove esistono le condizioni, in via autonoma, con l'adozione di opportune scelte imprenditoriali.

È significativo anche l'utilizzo della Piattaforma telematica nazionale, accessibile a tutti gli iscritti nel Registro delle imprese, che consente all'imprenditore ed all'organo di controllo di conoscere, in una sorta di auto-analisi, l'e-

sistenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria e la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa.

Il Codice intende favorire la precoce emersione della crisi, con premiali disposizioni normative, sia con gli specifici riflessi fiscali e civili, che con la possibilità di scelta, offerta all'imprenditore per recuperare la continuità aziendale, anche in caso di esito negativo dell'istanza con la quale lo stesso ha avviato la composizione negoziata della crisi.

Al contrario, gli accordi stragiudiziali, condotti con modalità esterne all'ordinamento giuridico, spesso prevedono una mera falcidia delle ragioni creditorie, in assenza di una prospettiva di soluzione della crisi di impresa che, in seguito, si potrà manifestare con l'insolvenza dell'impresa e il conseguente maggiore onore per tutti i soggetti che intrattengono rapporti economici con l'impresa debitrice.

Lo stesso Principio di revisione ISA Italia 570 Continuità aziendale[7] rileva 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 prestati o l'aumento di capitale. Analogamente, la perdita di un importante fornitore può essere attenuata dalla disponibilità di un'adeguata fonte alternativa di approvvigionamento*.

La gestione di un'impresa in crisi, ferme restando le relative responsabilità, richiede appropriate scelte gestionali, atte a ristabilire l'equilibrio economico-finanziario, con esclusione di iniziative speculative e con il limite costituito dagli atti considerati di ordinaria attività. In effetti, la relazione illustrativa alla riforma del 2003 ha espressamente previsto "la possibilità di un limitato esercizio dell'impresa sociale, al fine di evitare i danni che una repentina cessazione può apportare al suo valore". In proposito, occorre tenere presente che il fine primario della riforma avviata con il D.Lgs. 14/2019, è quello di facilitare la continuità aziendale in un percorso negoziale, le cui modalità sono definite con uno strumento di carattere essenzialmente di natura privatistica.

È opportuno che l'amministratore di un'impresa in difficoltà, la cui situazione manifesta uno stato di crisi, come definito dall'articolo 2, lett.a) o di insolvenza reversibile, consideri, in caso di successiva liquidazione, il compimento dei reati di bancarotta semplice, bancarotta preferenziale e di ricorso abusivo al credito, estesi a coloro che, quali amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società.

La continuazione dell'attività in una situazione di crisi comporta rischi di natura civile e penale, non solamente per il debitore, ma anche per le controparti. Le possibili conseguenze negative possono derivare da fatti gestiona-

li, anche ricorrenti, dipendenti dalle iniziative che l'imprenditore assume in una situazione di crisi di impresa, seppure in buona fede.

Gli accordi stragiudiziali, in assenza di un quadro normativo di riferimento, derivanti dalla trattativa diretta condotta dall'imprenditore con i singoli creditori, presentano indefinite conseguenze civili e penali, senza alcun riconoscimento fiscale.

Gli eventuali accordi fra il debitore ed i creditori, assunti in piena autonomia e privi di ogni regola normativa, oltre al compimento di possibili reati, presentano aspetti negativi di carattere fiscale e civile, tali da procurare ulteriori effetti penalizzanti sia al debitore che ai creditori. Al contrario, la composizione negoziale della crisi comporta significative conseguenze di ordine civile, penale e fiscale, riflesse anche sui creditori, grazie alla certezza operativa nelle operazioni gestionali con l'impresa in corso di risanamento ed al riconoscimento fiscale della perdita per la limitata riscossione del credito.

Inoltre, le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso competono unicamente all'imprenditore che ha avviato il procedimento di composizione negoziata della crisi. Al contrario, non sono previste le misure protettive per il debitore che ha in corso un'altra procedura negoziale costituita dall' accordo in esecuzione di piani attestati di risanamento.

In un tentativo di risanamento condotto in autonomia, gli interventi sulla gestione, in una situazione di difficoltà finanziaria, possono risultare insufficienti per ristabilire l'equilibrio economico-finanziario, per cui l'imprenditore potrebbe ricorrere alla cessione di immobilizzazioni non strategiche.

L'operazione di vendita di cespiti aziendali non strategici ai fini produttivi presenta indubbiamente dei rischi, ma d'altra parte l'esperienza dimostra che in diverse situazioni gli imprenditori avrebbero evitato la liquidazione giudiziale qualora avessero attuato tempestive alienazioni, finalizzate al reperimento di liquidità.

La cessione di immobilizzazioni materiali o immateriali dovrebbe essere attuata solamente in presenza di un piano di assoluta credibilità predisposto dagli amministratori, dal quale dovrebbero emergere le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico-finanziario. Pertanto, l'attuazione di una vendita richiede estrema prudenza, poiché esiste il rischio che successivamente sia dichiarata la liquidazione giudiziale, con i conseguenti reati collegati alla dismissione di beni. Nella suddetta situazione è necessario, per evitare il compimento di reati, che con l'atto siano comunque perseguiti la salvaguardia del patrimonio e del valore dell'impresa, con conseguente beneficio per il ceto creditorio. In caso contrario, si verificherebbe un atto di distrazione conseguente alla dismissione patrimoniale, *"il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede, anzitutto, che il fatto di bancarotta abbia*

determinato un depauperamento dell'impresa e un effettivo pericolo per la conservazione del patrimonio dell'impresa sulla base dell'idoneità del fatto distrattivo ad incidere sulla garanzia dei creditori alla luce delle specifiche condizioni dell'impresa"[68].

Per quanto riguarda la prosecuzione della gestione, la sentenza del Tribunale di Milano Sez. VIII, 01/04/2011, n. 4480[(19)] ha disposto che la riforma del diritto societario ha abrogato il divieto di nuove operazioni in presenza di una causa di discioglimento della società, prevedendo in siffatta ipotesi il dovere di gestire conservativamente il patrimonio sociale. Sono precluse tutte quelle operazioni che comportano l'avvio di azioni speculative, mentre sono consentite le operazioni finalizzate alla realizzazione più conveniente dei beni della società.

La colpa dell'imprenditore che ritarda la richiesta di liquidazione giudiziale deve essere "grave", in quanto il ritardo può essere ricollegato ad una vasta gamma di dinamiche gestionali, tali da rendere improponibile una presunzione assoluta di colpa grave.

L'omesso adeguamento dell'imprenditore alla rilevazione dello stato di crisi, risultante dalla Piattaforma telematica nazionale e l'inerzia dell'imprenditore rispetto alle segnalazioni dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati comportano ulteriori conseguenze civili e penali per l'imprenditore.

L'eventuale responsabilità degli organi sociali che hanno consentito la prosecuzione dell'impresa assume un'ulteriore rilevanza agli effetti della responsabilità civile, la cui entità dovrebbe corrispondere alla differenza fra il patrimonio netto alla data corrispondente alla teorica manifestazione della situazione di allerta e il patrimonio netto risultante alla data di inizio della liquidazione.

Il richiesto assetto organizzativo, che deve essere disposto dagli amministratori e le nuove funzioni previste per il collegio sindacale, fanno emergere ulteriori responsabilità degli organi sociali.

Una soluzione generale che assicuri la liceità delle operazioni non esiste, per cui ogni singolo atto gestionale deve essere considerato in relazione alle complessive conseguenze, non limitate alla verifica della congruità del prezzo. Inoltre, la massa dei contenziosi è alimentata ex post, fra ciò che si è realizzato rispetto a ciò che è stato assunto nelle valutazioni compiute in precedenza, senza tenere conto del fatto che le valutazioni si riferiscono ad una determinata data e riflettono le attese e le aspettative a quella data, per cui il confronto non può derivare dal senno di poi, omettendo la contestualizzazione delle valutazioni.

---

68 V. F. Brembati, in *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e indici di fraudolenza* in Le Società 2018. Fasc. 5.

Il corrispettivo convenuto per la cessione è spesso oggetto di contestazione in merito al valore dichiarato per il bene trasferito. Con riferimento all'aspetto tributario, che spesso influenza la valutazione in sede giudiziaria, l'Agenzia delle entrate procede generalmente a valutazioni con il criterio patrimoniale, senza tenere conto del criterio finanziario che considera i flussi di casa prospettici, attualizzati sulla base dei principi contabili OIC e IAS, la cui validità è espressamente riconosciuta dall'articolo 83 TUIR.

È opportuno considerare, In merito alla valutazione dei beni oggetto di vendita, quanto previsto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in tema di "modalità della liquidazione" con la previsione, relativamente ai beni immobili, che il curatore deve porre in essere almeno tre esperimenti di vendita all'anno e, con il terzo esperimento andato deserto, il prezzo può essere ribassato fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultimo esperimento.

Altri aspetti essenziali riguardano le modalità di pagamento e la destinazione del corrispettivo riscosso.

L'eventuale accollo di mutuo all'acquirente, in presenza di un'ipoteca consolidata, non dovrebbe comportare il reato di bancarotta fraudolenta. qualora sia prevista la liberazione della parte venditrice che non dovrebbe rimanere solidalmente obbligata.

Per quanto riguarda la destinazione del corrispettivo riscosso, è opportuna la ricostruzione, o meglio la tracciabilità dei movimenti finanziari, che dovrebbe essere rigorosamente documentata al fine della dimostrazione della dismissione finalizzata al riequilibrio della situazione finanziaria.

Il falso estimativo è confermato dalle sentenze della Corte di Cassazione, per cui occorre attenersi a criteri di valutazione normativamente fissati ed ai principi contabili nazionali e internazionali.

La Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali, con sentenza del 27 maggio 2016 ha riconosciuto la rilevanza penale del falso valutativo, ma non l'automatismo fra la violazione dei principi contabili e il reato di false comunicazioni sociali.

I protagonisti economici della crisi di impresa dovrebbero valutare con favore gli effetti derivanti dagli accordi conseguiti con la composizione negoziata della crisi che consentono a tutti gli stakeholders la certezza operativa nella prosecuzione dell'attività aziendale dell'impresa. La conclusione ideale della composizione negoziata della crisi è rappresenta dalla situazione che consente all'esperto di esporre nella relazione finale l'individuazione di una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi dell'azienda. È opportuno considerare i diversi riflessi conseguenti alla conclusione negativa della composizione negoziata rispetto al tentativo di accordo stragiudiziale. Nel primo caso, come esposto ai punti 2.4.1 e 2.4.2, sono proponibili nella legalità diverse procedure per raggiungere l'obiettivo della continuità azien-

dale, mentre la negativa conclusione del tentativo di accordo stragiudiziale non ha altra conseguenza che la liquidazione giudiziale con tutte le conseguenze civili e, talvolta, penali.

La cessione di un'azienda o di un ramo di essa avrebbe sovente consentito il risanamento dell'esposizione debitoria e la maggiore soddisfazione dei creditori, ma la vendita, per quanto previsto dall'articolo 2560 C.C., con la prevista assunzione dei debiti dell'impresa in capo al cessionario, avrebbe comportato a carico di quest'ultimo un rischio indeterminato in relazione all'incerta entità del debito. Con quanto disposto all' articolo 22 si rileva un'inversione totale: non solo il cessionario non corre il rischio di azioni revocatorie, ma è posto nella condizione di procedere all'acquisto e di assicurare, nel contempo, all'imprenditore cedente la migliore soddisfazione dei creditori.

Il dibattito politico è alimentato con riferimento al costo che l'impresa deve sostenere per gli adempimenti organizzativi e per la nomina degli organi di controllo e del revisore, ma è dimostrato che il preventivo controllo contribuisce, a beneficio dell'intero sistema economico, ad elevare il livello qualitativo della gestione dell'impresa. L'adempimento, in particolare per le aziende che operano in condizioni di assoluta tranquillità economico-finanziaria, può effettivamente apparire come un onere aggiuntivo, ma in una economia estremamente dinamica e dalle imprevedibili situazioni di operatività esterne all'impresa, il costo del controllo costituisce un onere dagli effetti assolutamente positivi. Inoltre, in riferimento a quest'ultimo aspetto, è opportuno considerare che le imprese che operano correttamente sul mercato sono esposte ai rischi di insolvenza delle controparti, per cui in un mercato più controllato, quindi più solvibile, diminuiscono i costi per le perdite su crediti, i costi sociali derivanti dall'estinzione dell'impresa, nonché i costi aggiuntivi per la valutazione dei rischi assunti nei rapporti con le controparti.

Il rinvio, previsto dalla legge di conversione del D.L. 34/2020, relativo all'obbligo di nomina dell'organo di controllo, soggetto fondamentale per la segnalazione della crisi d'impresa, evidenzia la resistenza che tutt'ora esiste in merito alla conclusione di una riforma strutturale di enorme rilevanza sociale e che non comporta alcun onere per il contribuente.

I tempi previsti per la composizione negoziata della crisi d'impresa sono ristretti, per cui gli esperti e i professionisti che a vario titolo intervengono nella procedura, hanno l'opportunità di contribuire ad un risultato positivo, a condizione che non siano assunti comportamenti tattici, egoistici oppure punitivi nei confronti dell'imprenditore.

La verifica della fattibilità economica del piano di risanamento nelle procedure giudiziali, attribuita dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al Tribunale ha destato un vivace dibattito, con parte della dottrina che avreb-

be preferito affidare esclusivamente ai creditori la valutazione della fattibilità economica di quanto proposto dal debitore.

Al contrario, la composizione negoziata della crisi è di esclusiva competenza del sistema economico (imprenditori e professionisti) ed esprime la più ampia autonomia negoziale, invocata da più parti, nella regolazione della crisi.

La composizione negoziata della crisi ha conseguito un generale consenso, ma i concreti e positivi risultati saranno conseguenti al leale comportamento dei protagonisti economici.

La valutazione dell'aspetto aziendale è fondamentale nella composizione negoziata della crisi, pertanto gli esperti, in particolare i professionisti con esperienza fallimentare, devono tenere conto del fatto che la procedura riguarda un'impresa in attività anche se in uno stato di crisi. Di conseguenza, le iniziative che presentano l'obiettivo del recupero della continuità aziendale non hanno nulla a che vedere con la liquidazione giudiziale.

Le negative situazioni economiche che si ripercuotono sulle imprese saranno prevedibilmente più accentuate nel *dopo virus*; comunque è auspicabile che la composizione negoziata della crisi, seppure considerata positivamente dal sistema economico, possa in concreto avere una diffusa utilizzazione onde prevenire l'insolvenza irreversibile delle imprese. È doveroso prendere atto che le imprese che presentano prospettive di equilibrio economico-finanziario non possono essere costrette a misurarsi sul mercato con le imprese insolventi di lungo periodo che continuano a pregiudicare il mercato e la fede pubblica.

La realtà economica non può essere ignorata e il risveglio, con l'accumulo di crediti deteriorati, potrebbe essere ancora più doloroso per l'intero sistema economico.

Capitolo 2
Il concordato semplificato

2.1 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

Una novità assoluta nel panorama dei concordati è rappresentata dal concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio[1]. La disposizione di cui all'art 25 sexies, a condizione di pregressi comportamenti dell'imprenditore secondo buona fede e correttezza, un'ulteriore opportunità per la conclusione positiva della crisi, conseguibile con la liquidazione dei beni. Presupposto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio è che l'esperto nella relazione finale dichiari l'insuccesso della procedura, ovvero che le trattative non abbiamo avuto esito positivo né sia possibile concludere un contratto con uno o più creditori, né è possibile concludere la convenzione di moratoria[2].

Il concordato semplificato, disciplinato dagli articoli 25-sexies e 25-septies, comprende una prima fase negoziale, di natura essenzialmente liquidatoria, che prosegue con la fase giudiziale che si può concludere con l'omologazione del concordato da parte del Tribunale.

L'imprenditore che nel corso delle trattative, come esposto dall'esperto nella relazione finale, si è comportato secondo correttezza e buona fede[3] e in assenza di soluzioni idonee al superamento della situazione di crisi, può accedere al concordato semplificato che costituisce un'ulteriore, significativa opportunità per risolvere la situazione di crisi, tramite la liquidazione dei beni dell'imprenditore, quindi con finalità esclusivamente liquidatorie, ovvero si ha una rapida cessione dell'azienda all'esito negativo delle negoziazioni.

All'imprenditore è attribuita la facoltà di presentare, al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, ai sensi dell'articolo 25-sexies, comma 1, il ricorso per l'omologazione del concordato nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell'esperto. La proposta

---

1 In argomento V. Guidotti, op. cit., G. Bozza *"Il concordato semplificato introdotto dalla D.L. n.118 del 2021, convertito, dalla L. n. 147/2021"*, in dirittodellacrisi.it, 2021.

2 Si tratta delle procedure inerenti alla conclusione delle trattive di cui all'art. 23.

3 Si tratterebbe del connotato di premialità dell'istituto.

di concordato avente ad oggetto la cessione dei beni, è presentata unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo. Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 39. La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.

Si applicano, 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 art 68 c.p.c. Ai fini di cui all'articolo 106, il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato 39.

Il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese. Dalla data di pubblicazione del ricorso decorrono gli effetti di cui agli articoli 6, 46, 94 e 96, quindi in ordine alla prededucibilità dei crediti, agli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo, all' amministrazione dei beni durante la procedura. La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.

Le misure protettive sussistono dalla pubblicazione nel registro delle imprese fino all'omologazione del concordato, né può essere pronunciata la sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza. Importante rilevare come il giudizio di omologazione verta sulla verifica che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, fondamentale risulta "assicurare un'utilità a ciascun creditore"[4].

Il Tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale dell'esperto e il parere di quest'ultimo, riferito ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte, nomina un ausiliario, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile che deve comunicare al Tribunale, entro tre giorni dalla ricezione del provvedimento di nomina, l'accettazione dell'incarico.

L'ausiliario, ai sensi dell'articolo 68 cpc, è l'esperto, in una determinata professione, rappresentato da una persona idonea al compimento di atti, che assiste il giudice per il compimento di atti che non è in grado di compiere da sé solo. Si tratta di una figura che è chiamata a rendere il proprio parere a supporto delle valutazioni del Tribunale in sede di omologazione.

---

4 Tema approfondito in dottrina V. Donati, *"Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'essenza di pregiudizio"*, in Riv. Soc. 2020, p. 164.

Si rileva come si debba procedere ad una comparazione tra i vari scenari.

Il compenso dell'esperto è previsto, come da sentenza della Corte di Cassazione n. 2152/2012[5] in base alla tariffa giudiziale per tutti gli ausiliari del giudice e non invece, in base alla tariffa professionale.

Il Tribunale dispone con decreto che la proposta, unitamente alla relazione finale dell'esperto ed al parere dell'ausiliario, sia comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato dall'imprenditore, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la valutazione dei beni. e fissa la data dell'udienza per l'omologazione.

Tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione devono decorrere non meno di quarantacinque giorni e i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione, costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.

Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, verificati la regolarità del contradditorio e del procedimento, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, il mancato pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, l'utilità assicurata a ciascun creditore, omologa con decreto motivato il concordato, immediatamente esecutivo. Il decreto è pubblicato nel registro delle imprese ed è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nel termine di trenta giorni, possono proporre reclamo alla Corte d'Appello, ricorribile per Cassazione entro trenta giorni.

Si applicano, 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, quindi per la revoca dell'ammissione al concordato, gli effetti per i creditori, l'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento.

Il principio generale sussistente in tutte le procedure di regolazione della crisi di impresa tendente ad assicurare ai creditori un beneficio superiore a quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale è confermato anche nella procedura del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Il Tribunale nomina, ai sensi dell'articolo 25-septies, con il decreto di omologazione, un liquidatore, con applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni previste dall'articolo 114 per le cessioni dei beni in esecuzione del

---

5 Cassazione civile sez. II, 14 febbraio 2012 n. 2152, in Cassazione civile sez. II, 14/02/2012, n. 2152: "*L'esperto stimatore, nominato dal tribunale nell'ambito del procedimento di determinazione del valore delle azioni del socio recedente, di cui all'art. 2437 ter, comma 6, c.c., va annoverato fra gli ausiliari del giudice, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., mettendo egli a disposizione delle parti il risultato della propria opera di valutazione al fine della regolazione delle loro posizioni. Ne consegue che il relativo compenso deve essere determinato, secondo le modalità stabilite dal d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, in base alla tariffa giudiziale prevista per tutti gli ausiliari del giudice e non, invece, in base alla tariffa professionale*".

concordato preventivo, senza alcuna previsione del soddisfacimento minimo del 20% ai creditori chirografari.

Il piano di liquidazione può prevedere l'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda o di rami di questa o di specifici beni, eventualmente anche prima dell'omologazione. In tal caso, il liquidatore, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all'offerta ed alla vendita si applicano le disposizioni degli articoli da 2919 a 2929 C.C.

Qualora il piano di liquidazione preveda l'accettazione dell'offerta prima dell'omologazione, l'ausiliario ne dà esecuzione previa verifica di assenza di soluzioni migliori sul mercato e di autorizzazione del Tribunale.

Il concordato semplificato[6] è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese che conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori dell'imprenditore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

6 Per un approfondimento V. F. Lamanna, "*Il concordato semplificato: incentivo per la composizione negoziata o arma sleale e letale*", in IlFallimentrarista.it, 2022; M, Vitiello, "*Il concordato semplificato: tra liquidazione del patrimonio e continuità indiretta*", In IlFallimentasrista.it, 2022.

Capitolo 3
Le segnalazioni dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati per l'anticipata emersione della crisi

3.1 Le segnalazioni interne ed esterne

Occorre premettere, per quanto riguarda le segnalazioni da parte dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati, che l'articolo 3, (adeguatezza degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa), ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, espone al comma 4 i segnali di allarme in relazione all'indebitamento dell'impresa. Si noti, in tal senso, il rapporto con la modifica dell'art 2086 c.c. per cui il nuovo istituto dell'allerta ha come "*intento di rimediare alle attuali carenze del nostro ordinamento giuridico che, nel complesso, fornisce deboli incentivi ai debitori a rilevare ed affrontare in maniera tempestiva situazioni di tensioni economico-finanziaria*"[1].

Le procedure di allerta[2], rappresentano una delle maggiori novità, che trovano fondamento nella Direttiva Insolvency 1023/2019 la quale rende necessaria l'introduzione di strumenti di allerta precoce (c.d *early warning tools*)[3]. La finalità di tale novità è basata sulla consapevolezza, che la tempestività nella rilevazione dei segnali dell'emersione della crisi e nell'assunzione delle misure per la sua composizione, sia il fattore maggiormente determinante per il successo della ristrutturazione, inducendo pertan-

---

1 Cfr. D. Fico, Assetti organizzativi dell'impresa, in IlSocietario.it, 2020, p. 2.

2 Si tratta di un istituto che trova il suo corrispondente, all'interno della proposta di Direttiva UE 22 novembre 2016, n. 359 e viene definito come il complesso degli strumenti "in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza". V. per un approfondimento, Stanghellini, La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza, in Fall., 2017, p. 873.

3 L'allerta, viene intesa come uno strumento di sostegno, diretto in primis ad una veloce analisi delle problematiche di natura economica e finanziaria dell'impresa, e poi finalizzata a risolversi in una composizione negoziata della crisi avendo come obiettivo il proseguimento dell'attività.

to il legislatore a recepire, nel nostro ordinamento, le misure di allerta[4]. Gli articoli 25-octies e 25-novies prevedono le segnalazioni rispettivamente da parte dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati. In particolare, l'organo di controllo è tenuto a segnalare, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto.

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 merito alle iniziative intraprese. Rimanendo fero il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 C.C.

La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 C.C.

Il principale elemento di criticità della nuova disciplina, pertanto è rappresentato dal giudizio[5] che l'organo di controllo è tenuto a dare e rispettivamente sulle iniziative da adottare. La segnalazione provoca una dialettica tra organo di controllo e amministratori che deve necessariamente esaurirsi in tempi molto ristretti. La preoccupazione del legislatore di imporre un intervento tempestivo, evitando dilazioni che possono pregiudicare la possibilità di risanamento dell'impresa e l'interesse dei creditori, ha finito per imporre l'adozione di un procedimento la cui tempistica appare molto rigida e difficilmente conciliabile con i tempi richiesti per l'impostazione di una attenta verifica da parte dell'organo di controllo.

La valutazione da parte di quest'ultimo si presenta particolarmente problematica considerando che si entra nel merito di scelte gestionali in cui si manifesta la discrezionalità dell'organo amministrativo.

Per completezza, come bilanciamento dei maggiori doveri posti a carico dell'organo di controllo, la tempestiva segnalazione all'organo amministra-

---

4 Si veda per un approfondimento: A. Guiotto, I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi, in Il Fallimento, fasc. 4, 2019; S. Teti, Procedure di allerta, Giappichelli, Torino, 2019; R. Ranalli, Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità, in Il Fallimentarista, 2017, G. Fauceglia, Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza, Giappichelli, Torino, 2021, da p. 49 ss.; L. Alessandro, Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi e governo della società per azioni , in Riv. Soc. Giappichelli, 2021, fasc 2, p. 368 ss.

5 Al fine di valutare la correttezza del comportamento dell'organo di controllo occorre stabilire, anche, se vi sia una correlazione necessaria fra il dovere di segnalazione e gli indicatori della crisi di cui all'art. 13 (squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore) vale a dire se questi indici possono rappresentare un punto di riferimento o un vincolo per l'esercizio del dovere di segnalazione.

tivo, costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni[6].

L'anticipazione dell'emersione della crisi è un obiettivo che il legislatore non ascrive soltanto agli organi interni, ma ha anche una sua "dimensione esterna" dal momento che si affida ad altri soggetti qualificati, specifici obblighi di segnalazione. Si tratta della c.d allerta esterna definita tale così, in quanto, promossa da un soggetto terzo con "interessi contrapposti" rispetto alla realtà aziendale e rivolta ad un altro soggetto esterno.

La segnalazione all'imprenditore e all'eventuale organo di controllo è anche prevista, ai sensi dell'articolo 25-novies, da parte dei creditori pubblici qualificati, INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate-riscossione, a mezzo di posta elettronica certificata o con raccomandata con avviso di ricevimento.

La segnalazione, da parte dei singoli creditori, è dovuta al ritardo nei versamenti dei contributi e all'esistenza di debiti scaduti, in relazione al superamento dell'indebitamento, indicato per ogni singolo creditore pubblico in relazione al superamento delle soglie minime previste[7]. La segnalazione deve essere inviata entro un termine prefissato dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi indicati come limite della soglia.

L'art 25 novies prevede che tali enti siano tenuti all'obbligo di segnalazione, quando si verifichi il superamento di specifiche soglie di indebitamento fiscale e/o previdenziale. Tale intervento perviene solitamente, quando l'equilibrio economico è compromesso, in quanto la crisi dell'impresa, con tutta probabilità, è avanzata. L'intero sistema risulta potenziato grazie alla segnalazione esterna degli enti pubblici qualificati che ha la funzione persuasiva di imporre l'accesso all'istituto in via tempestiva facendo leva sulle possibili responsabilità prospettiche degli organi societari[8].

Le segnalazioni dell'organo di controllo contengono l'invito agli amministratori di attivare le iniziative atte alla soluzione della crisi, ove ne ricorrano i presupposti, agli amministratori compete la decisione di attivare un piano di risanamento, oppure la presentazione dell'istanza alla Camera di commercio per la nomina dell'esperto.

Si tratta in sostanza, "*di una modalità di innesto dell'allerta del tutto autonoma e concorrente rispetto a quella affidata agli organi di controllo societario:*

---

6 Per un approfondimento si rimanda a, A. Baudino, "*Compiti e responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali dopo il codice della crisi di impresa*", in Società e Contratti, Bilancio e Revisione, 2019.

7 Il legislatore tenendo conto delle critiche formulate, è ritornato sui suoi passi e con la L. n.233/2021 (c.d. Decreto PNRR) ha optato per l'introduzione di soglie, alquanto contenute, ben lontane da quelle originariamente previste, semplificando al massimo l'indebitamento-soglia.

8 V. F. Cesare, Torna l'allerta esterna l'allerta esterna ridimensionata nella composizione negoziata della crisi, in Il fallimentarista, 2022.

non risulta infatti previsto alcun coordinamento tra i due processi, né è esplicitamente richiesto che vi sia uno scambio di informazioni diretto e preliminare tra gli autori delle due iniziative[9]". Tra i primi commenti in dottrina si rileva come vi sia la "*la seria probabilità che neppure tale sistema, pur traducendosi in una riattivata forma di allerta esterna, possa concretamente riuscire ad incentivare l'accesso precoce alla composizione negoziata o ad altre alternative procedure risanatorie*[10]".

Le segnalazioni interne o esterne non presentano gli effetti a suo tempo previsti dalla ipotizzata composizione assistita della crisi, per cui dalle segnalazioni che hanno un carattere *light*, non deriva, in caso di inerzia dell'organo amministrativo alcuna conseguenza immediata che in prosieguo potrebbe comportare il compimento del reato di bancarotta semplice.

---

9 Cfr. A. Garelli, M. Comoli, A. Danovi, P. Riva, Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I., in Giurisprudenza commerciale, fasc. 3, 2020, p. 601.

10 Cfr. F. Lamanna, Depotenziamento dell'allerta nel D.L. 118, voltafaccia del decreto PNRR e la versione destinata al travaso nel CCI, in Il Fallimentarista, 2022, p. 3.

Capitolo 4
Piani di risanamento e ristrutturazione dell'impresa

4. L'attestatore nella crisi di impresa e nell'insolvenza

La liquidazione giudiziale procura un danno sociale per la perdita di posti di lavoro, conoscenze encompetenze che si ripercuote sull'intero sistema economico, per cui l'obiettivo prioritario del legislatore con l'approvazione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è finalizzato al recupero della continuità aziendale per le imprese in stato di crisi.

Le recenti disposizioni di legge avvertono l'esigenza di rimuovere gli ostacoli e di garantire alle imprese e agli imprenditori sani in difficoltà finanziaria, la possibilità di accedere a ristrutturazioni preventive che consentano loro di continuare ad operare e di conseguire la migliore efficacia delle procedure finalizzate alla prosecuzione dell'attività aziendale.

La ristrutturazione del debito è definita dal Principio Contabile n. 19 "*un'operazione mediante la quale il creditore (o gruppo di imprenditori), per ragioni economiche, effettua una concessione al debitore in considerazione delle difficoltà finanziarie dello stesso, concessione che altrimenti non avrebbe accordato. Per tali ragioni, il creditore è disposto ad accettare una ristrutturazione del debito che comporti modalità di adempimento più favorevoli al debitore*".

La concessione del creditore si sostanzia nella rinuncia dello stesso ad alcuni diritti contrattualmente definiti, che si traducono in un beneficio immediato o differito per il debitore, che trae vantaggio da tale rinuncia, e in una corrispondente perdita per il creditore.

La realtà economica richiede, per le procedure finalizzate al recupero della continuità aziendale, competenze multidisciplinari; in particolare, nel contesto delle imprese in crisi o in insolvenza non esiste solamente "*la tendenza espansiva del diritto che ingloba nozioni appartenenti a discipline diverse*[1]", ma la così detta tendenza espansiva, in una sorta di reciprocità, coinvolge anche la cultura economica. Quest'ultima è partecipe degli aspetti giuridici in tema di impresa; in particolare, per quanto riguarda la verifica delle cause di crisi

---

1 V. R. Rordof, "*La continuità aziendale tra disciplina del bilancio e diritto della crisi*", in Le Società 2014, fasc. 8-9.

o di insolvenza, l'esame delle strategie di risanamento dell'impresa, fino alle strategie per conseguire il recupero della continuità aziendale.

In relazione a quest'ultima finalità, emerge la necessità della presenza di un soggetto terzo, rappresentato dal professionista indipendente che assume il ruolo dell'attestatore, il cui ruolo è definito dai Principi di attestazione dei piani di risanamento, documento approvato con delibera del CNDCEC del 16 dicembre 2020, per cui *la ratio dell'attestatore è quella di tutelare i terzi e i creditori, soprattutto se estranei al piano di risanamento, perché le scelte e le rinunce di fronte ai quali sono posti dal debitore siano decise e accettate sulla base di una corretta e sufficientemente completa base informativa*.

Le procedure di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza prevedono le relazioni del professionista indipendente, chiamato ad attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano rivolto ai creditori, con particolare attenzione rivolta all'aspetto finanziario. L'attestazione è altresì prevista per le autorizzazioni concesse dal Tribunale o dal giudice delegato nel corso della procedura di ristrutturazione preventiva per il compimento di atti gestionali di carattere straordinario, finalizzati al recupero della continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori. La relazione di attestazione richiede il costante riferimento alla dimostrazione dei maggiori benefici conseguibili dai creditori con la continuità aziendale rispetto a quanto realizzabile con la liquidazione giudiziale dell'impresa.

L'attestatore rappresenta nelle procedure previste dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza la più elevata espressione della cultura economico-aziendale, integrata con quella giuridica, nelle situazioni di crisi o di insolvenza dell'impresa. La funzione, a prescindere dalla responsabilità penale prevista dall'articolo 342 e da quella civile ai sensi dell'articolo 1176, comma 2, C.C., è particolarmente delicata in tutte le fasi delle procedure sia negoziali che soggette ad omologazione da parte del Tribunale.

Tutte le procedure richiedono, in via preliminare, l'accertamento della veridicità dei dati aziendali, sulla cui conoscenza è basata la fattibilità delle previsioni di ordine economico-finanziario proposte dal debitore che chiede l'accesso ad uno dei quadri di ristrutturazione preventiva.

Il professionista, definito indipendente, è nominato dal debitore, disposizione particolarmente criticata da parte della dottrina che avrebbe preferito la nomina giudiziale. L'indipendenza, proprio per la modalità stessa della nomina, può apparire relativa ai terzi, pertanto l'operato dell'attestatore appare particolarmente delicato in una situazione economico-finanziaria negativa per l'impresa, dipendente sia da eventi interni che esterni alla specifica realtà imprenditoriale. L'attestatore è un soggetto terzo rispetto al debitore ed ai creditori ed a questi ultimi deve fornire la più completa informazione sulla situazione economico-patrimoniale-finanziaria, sulle prospettive della crisi

dell'impresa e sul grado di soddisfacimento dei creditori, al fine di consentire una responsabile e informata decisione in merito alla proposta del debitore.

La sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite civili del 23 gennaio 2013, n. 1521[2] rileva che *"la procedura presuppone che i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura concordataria in questione ed al cui soddisfacimento sono per l'appunto deputati a provvedere dapprima il professionista attestatore (rispetto al quale il D.L. n. 83/2015 oltre a sottolinearne la necessaria indipendenza, ha introdotto pesanti sanzioni nel caso di falsità delle attestazioni o nelle relazioni), in funzione dell'ammissibilità al concordato e quindi il commissario giudiziale prima dell'adunanza per il voto"*.

La figura dell'attestatore non deve essere confusa con quella del consulente al servizio del debitore, anche se entrambe le nomine sono di competenza di quest'ultimo. La redazione del piano è compito esclusivo del debitore, coadiuvato dai suoi consulenti, senza alcun intervento preventivo del professionista indipendente. Quest'ultimo è chiamato non solo ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ma anche a verificare che gli atti gestionali di carattere straordinario e il ricorso ai finanziamenti, richiesti dal debitore nel corso della procedura siano finalizzati alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'elaborato iniziale dell'attestatore, che non può essere integrato o modificato con la relazione di altro professionista, consiste nell'attestazione della fattibilità del piano, oggetto di esame da parte del Tribunale e del commissario giudiziale, per poi essere presentata ai creditori ai fini della manifestazione di voto.

L'esame della fattibilità del piano è attribuita al Tribunale e, come da sentenza della Corte di Cassazione, sopra citata, *"il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente del tipo di proposta formulata, pur se inserita in un quadro riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro"*.

2 Cass. Civile sez. un. 23 gennaio 2013 n. 1521 in Giustizia Civile Massimario 2013.

4.1 La nomina dell'attestatore

Il professionista indipendente, ai sensi dell'articolo 2, lett. o) è il "professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfano 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 C.C.;
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 avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione e di controllo dell'impresa, né avere posseduto partecipazioni in essa".

L'attestatore nella fase che precede l'assegnazione dell'incarico deve valutare la sua posizione in riferimento all'indipendenza il cui difetto compromette l'indipendenza di giudizio.

L'indipendenza rappresenta un requisito essenziale dell'attestatore, tanto da comportare l'illegittimità del procedimento di composizione, con tutte le conseguenze di ordine civile e penale.

I Principi di attestazione dei Piani di risanamento CNDECEC 2020 espongono che *il professionista, prima di accettare l'incarico, deve procedere alla valutazione della propria competenza ai fini dello svolgimento dello stesso*.

Il professionista deve altresì tenere in considerazione i molteplici elementi di rischio, quali:

a) fattori individuali, con particolare riferimento alla conoscenza del settore economico/business oggetto di verifica;
b) fattori riferiti all'azienda con particolare riferimento alla stima dell'adeguatezza del sistema interno di pianificazione e controllo (SCI), dell'affidabilità e competenza dell'eventuale consulente utilizzato per l'assistenza nella redazione del piano e di altri professionisti e operatori coinvolti;
c) fattori legati al business in cui l'azienda opera, che possono rendere più complessa l'attività di pianificazione;
d) fattori ambientali, intendendo con ciò il "clima" in cui si inserisce il piano e l'atteggiamento dei creditori e dei vari stakeholders interessati alla ristrutturazione;
e) fattori legati in modo specifico al piano, tra cui la qualità delle fonti informative e l'arco temporale interessato;
f) fattori riferibili alla reputazione del cliente e della direzione aziendale, se percepibili dall'attestatore e tali da influenzare il rischio;

g) *compatibilità dei tempi richiesti con le attività da svolgere e alla disponibilità di tempo dell'attestatore e della sua organizzazione*.

Il professionista, valutata la situazione economico-finanziaria del debitore, le auspicate strategie per recuperare la continuità aziendale, nonché i rischi dell'attestazione, dovrebbe ricevere l'incarico con largo anticipo rispetto alla presentazione del piano. L'adempimento formale di nomina comprende il mandato sottoscritto dalle parti che, fra l'altro, deve contenere gli elementi fondamentali per l'attestazione dei dati aziendali, l'assunzione di responsabilità da parte del debitore e della direzione, con l'obbligo di trasferire all'attestatore tutte le informazioni relative ai dati aziendali ed alla fattibilità del piano. Inoltre, dovranno essere previsti i tempi tecnici per la redazione dell'attestazione, la piena collaborazione delle strutture amministrative del debitore e la possibilità di accesso, anche con esperti di fiducia dell'attestatore, alla conoscenza degli aspetti tecnici dell'impresa.

Nel mandato dovranno essere esposte le ipotesi di recesso e il compenso per l'attestatore e le modalità di pagamento. Si deve inoltre prendere atto di quanto esposto nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate N. 34 del 29 dicembre 2020, per cui *eventuali impegni negoziali che subordinano il pagamento del corrispettivo al rilascio di un giudizio positivo di fattibilità del piano, ovvero all'intervenuta omologa da parte del Tribunale, sono sintomatici dell'assenza di indipendenza, in quanto il lavoro di asseverazione deve essere configurato come una prestazione di mezzi e non di risultato*.

4.2 La base informativa dell'attestatore

L'iniziale fase operativa del professionista indipendente consiste nell'acquisizione dei documenti, finalizzati all'accertamento della veridicità dei dati aziendali esposti nel piano redatto dal debitore e l'eventuale incompletezza delle informazioni dovrebbe essere esposta nell'elaborato dell'attestatore.

È opportuno che sia redatto un verbale in occasione della consegna della documentazione e che l'attestatore conservi la documentazione relativa all'incarico espletato.

I bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA annuale degli esercizi pregressi forniscono al professionista indipendente i primi elementi quantitativi di informazione, la cui interpretazione è completata con la predisposizione degli indici finanziari, economici e patrimoniali, valutabili nella loro evoluzione temporale, con esclusione dei componenti di ricavo o di costo non ricorrenti.

È opportuno che sia indicato, fra l'altro, l'indice di carattere finanziario che rende evidente il grado di difficoltà, costituito dal rapporto fra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e i flussi finanziari liberi che possono essere posti al suo servizio.

Il debitore che chiede l'accesso a un quadro di ristrutturazione preventivo o a una procedura di insolvenza deve porre a disposizione dell'attestatore la documentazione che deve essere depositata presso il Tribunale, ai sensi dell'articolo 39, comma 1, comprendente:

a) le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi 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;
b) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
c) una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;
d) uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività;
e) l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
f) 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;
g) un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi.

I suddetti elenchi devono contenere l'indicazione del domicilio digitale dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, se ne sono muniti.

L'attestatore, anche con l'ausilio di suoi collaboratori ed eventualmente con contributi esterni, procede alla ricognizione dell'attività esercitata dal debitore, per valutarne la condotta, le caratteristiche specifiche della produzione e/o dell'attività commerciale, il mercato di riferimento dell'impresa, il posizionamento nei rapporti con i clienti e i fornitori e su quanto costituisce il "clima" in cui opera l'impresa. È altresì opportuno il confronto, oltre che con il debitore anche con gli organi di controllo, se esistenti, con la direzione e con i dipendenti amministrativi dell'impresa.

Alcuni rilevanti aspetti inerenti la veridicità dei dati aziendali sono analizzati e discussi da dottrina secondo la quale "*l'attestatore è chiamato ad interagire con l'imprenditore o con gli organi di governo societario e gli organi di controllo, specialmente nelle imprese di più grandi dimensioni e con gli eventuali esperti nominati dall'azienda o da lui stesso individuati. L'impostazione di un rapporto dialettico con gli altri controllori indipendenti permetterebbe con probabilità di ridurre i tempi delle verifiche sui dati aziendali*[3]".

Nel suddetto intervento è esposto che il confronto con gli organi di controllo è un momento rilevante in quanto, ancorché l'attestatore mantenga la

3 V. A. Danovi, P. Riva, M. Azzola, "*Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*", in Giurisprudenza Commerciale 2016, fasc. 6.

propria totale autonomia di giudizio, permette, qualora correttamente impostato e condotto, uno scambio di informazioni utile all'attestatore per la pianificazione dei propri controlli.

L'attestatore nella fase preliminare procede all'esame della situazione patrimoniale-economico-finanziaria del debitore e prende conoscenza delle vicende pregresse del debitore dall'inizio dell'attività e, in particolare, di quelle riguardanti l'ultimo quinquennio della gestione e tutti i contenuti economico-giuridico degli atti di straordinaria amministrazione adottati, nonché le eventuali cessioni di cespiti mobiliari o immobiliari. Quanto richiesto in merito alle suddette indicazioni, consente la conoscenza della pregressa condotta del debitore e se la presentazione della domanda di accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva è successiva ad operazioni che possono avere leso le ragioni creditorie.

È necessario tenere in considerazione che il commissario giudiziale è chiamato ad esporre nella propria relazione le utilità che, in caso di liquidazione giudiziale, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, revocatorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi. Pertanto, è opportuno che il professionista indipendente, al fine di assicurare la dovuta informazione ai creditori, conosca e valuti le operazioni che potrebbero dare origine alle suddette iniziative legali.

La rilevanza dell'omessa indicazione di atti che potrebbero originare azioni revocatorie e recuperatorie è rilevata dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 10752/2018[4] ha esposto: *la fattibilità di un piano in continuità aziendale, per come è attestata, deve esporre una intrinseca connessione fra la prosecuzione dell'attività d'impresa e il miglior soddisfacimento dei creditori, relazione che viene del tutto pregiudicata quando sia omessa l'enunciazione di quegli atti pregressi che, se affrontati in una diversa procedura liquidatoria, avrebbero implicato per i creditori un trattamento migliore ed alla stregua della cui scoperta la stessa procedura, per quanto ammessa, non sia proseguita, per effetto di revoca*.

La disposizione relativa agli obblighi richiesti al debitore, appare opportuna, in quanto, oltre ad essere coerente con la responsabilità attribuita dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza al professionista indipendente, assicura al Tribunale ed ai creditori una doverosa informazione aggiuntiva, in un teorico confronto, seppure in tempi diversi, rispetto a quanto potrebbe essere successivamente esposto dal commissario giudiziale.

Le informazioni quantitative riferite alla situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa, unitamente a quelle di carattere qualitativo e sulle eventuali azioni risarcitorie e recuperatorie acquisibili in

4 Cass. Civile 2018 n. 10752, in DeJure.

caso di apertura di una liquidazione giudiziale, concorrono alla verifica dei dati aziendali.

Inoltre, l'attestatore deve essere posto nelle condizioni di conoscere, esaminate la situazione interna e del mercato di riferimento, le cause della crisi. Queste ultime possono dipendere da eventi straordinari; ad esempio, la significativa insolvenza di alcuni clienti, ma anche da deficienze patologiche di ordine gestionale che hanno posto progressivamente il debitore in stato di crisi o di insolvenza. Le suddette situazioni, per quanto programmato nel piano di risanamento, dovrebbero essere ragionevolmente superate con l'adozione delle fattibili strategie gestionali da esporre nel piano di risanamento.

In relazione alle cause della crisi, è ovviamente oggetto di considerazione l'incidenza della pandemia COVID-19 che colpisce, in modo differenziato sui territori, i diversi settori produttivi e commerciali.

4.3 L'attestazione della veridicità dei dati aziendali

Il piano di risanamento richiede la base di partenza costituita dai dati aziendali dell'impresa, oggetto di attestazione da parte del professionista indipendente.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 del CNDCEC espongono che *la relazione di attestazione deve contenere un esplicito giudizio sulla veridicità dei dati aziendali. L'attestatore deve sempre considerare che tale accertamento è strumentale al giudizio di fattibilità del piano e di attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o della proposta concordataria, nel senso che una base dati contabili non veritiera rende inattendibile il piano costruito su di essa e impedisce nella sostanza il giudizio sulla fattibilità di quest'ultimo*.

L'attestazione del professionista indipendente, in merito alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità economica del piano, è richiesta nelle procedure di accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva.

La procedura disposta dall'attestatore non rappresenta una completa revisione contabile, in ogni caso il tempo limitato e l'eventuale carenza di informazioni non rappresentano un alibi per il professionista indipendente che, in ogni caso, deve comunicare ai creditori la reale situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa debitrice.

La veridicità dei dati aziendali è riferita alla situazione risultante dai dati consuntivi, mentre l'indagine sulla fattibilità del piano riguarda l'operatività successiva; pertanto, si tratta di attività concettualmente diverse, seppure complementari, che richiedono diversi criteri di valutazione, anche con la previsione di risultati economici e finanziari proiettati nel tempo che dipendono dalle strategie operative programmate dal debitore.

Gli elementi patrimoniali, in ordine alla veridicità dei dati, richiedono criteri di valutazione riferiti al contenuto della proposta che può riguardare modalità liquidatorie o in continuità aziendale, con la conseguente alternativa valutazione in previsione della cessione dei beni o della prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'esistenza o meno della prospettiva di continuità aziendale incide in misura significativa sulla valutazione dei beni, "*bisognerebbe distinguere tra due ipotesi sostanzialmente diverse fra loro, quella in cui la liquidazione sia attuata attraverso la cessione delle singole attività e l'estinzione delle passività comprese nel patrimonio sociale, rispetto a quella modalità in base alla quale sia disposta la continuazione dell'attività*[5]".

È opportuno, nel caso in cui sia prevista la continuità aziendale, che, unitamente alla quantificazione dei dati aziendali di carattere patrimoniale, siano esposti anche i dati economici, utilizzabili nella valutazione prognostica della fattibilità economico-finanziaria del piano.

L'attestatore può ricorrere per valutazioni specifiche al concorso di esperti e di legali; in ogni caso è consigliabile la stima di un esperto per le immobilizzazioni materiali e immateriali, in particolare nella previsione che i creditori muniti di privilegio, ipoteca o pegno non possono essere soddisfatti integralmente.

Il professionista indipendente non può comunque limitarsi ad accettare acriticamente le risultanze della stima dell'esperto, ma dovrebbe anche esporre e condividere i criteri di valutazione e l'iter logico adottato nella relazione di stima, in quanto il riferimento all'elaborato di un esperto non attenua la responsabilità per il giudizio espresso.

L'attestazione della veridicità dei dati aziendali è in conformità alla normativa prevista dal Codice Civile sul bilancio e sui criteri di valutazione, nonché ai principi contabili, considerati dalla Corte di Cassazione Sezioni U Penali, con sentenza del 27 marzo 2016, n. 22474[6], quali *criteri obbligatori di valutazione imposti dal legislatore nazionale e dalle direttive europee, in merito alla sussistenza del reato di false comunicazioni sociali*.

La fonte normativa per l'esercizio della funzione dell'attestatore è costituita dal Codice Civile (artt. 2423, 2423-bis su bilancio e criteri di redazione e

---

5 V. F. Cossu, "*Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*", in Giurisprudenza Commerciale 2019, fasc. 2.

6 Cass. penale sez. unite 27 marzo 2016 n. 22474, Giurisprudenza Commerciale 2016, 6, II, 1192 (nota di: Dell'osso, Cincotti): "*Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni*".

seguenti), che espone le norme inderogabili per la redazione del bilancio, in modo che la situazione patrimoniale e finanziaria della società ed il risultato economico dell'esercizio siano rappresentati in modo veritiero e corretto.

In ogni caso, l'applicazione delle norme del codice civile richiede la conoscenza delle migliori prassi operative per la valutazione delle poste secondo quanto dispostole dall'Organismo Italiano di Contabilità (OIC) che ha assunto un ruolo istituzionale con il D.L. 91/2014 che integra, con gli articoli 9-bis e 9-ter, il D.Lgs. 38/2005.

L'art. 9-bis definisce il ruolo e le funzioni dell'OIC, consistenti nell'emanazione dei principi contabili nazionali, ispirati alla migliore prassi operativa, per la redazione dei bilanci secondo le disposizioni del codice civile, nella partecipazione al processo di elaborazione dei principi internazionali e nei pareri espressi al Parlamento e agli Organi Governativi in materia contabile.

Il bilancio d'esercizio in tutte le sue componenti, comprendenti lo stato patrimoniale, il conto economico, la nota integrativa e il rendiconto finanziario, è un documento essenzialmente valutativo, per cui la rappresentazione veritiera e corretta richiede il ricorso ai Principi contabili.

L'informazione e l'analisi patrimoniale hanno un ruolo essenziale che impone la verifica della rispondenza delle grandezze di bilancio a corrette regole contabili per la stima a valori correnti delle attività materiali, dei titoli e delle partecipazioni, dei crediti (eventualmente attualizzati), nonché degli oneri fiscali potenziali conseguenti alle plusvalenze realizzabili.

La valutazione delle poste contabili ha carattere oggettivo, come da Sentenza n. 890/2016 della Corte di Cassazione che ha rilevato l'esistenza di un criterio certo per la valutazione delle informazioni mendaci, in quanto *le valutazioni espresse in bilancio non sono frutto di mere congetture od arbitrari giudizi di valore, ma devono uniformarsi a criteri valutativi positivamente determinati dalla disciplina civilistica, dalle direttive e regolamenti di diritto comunitario (gli standards internazionali Ias/Ifrrs) o da prassi contabili generalmente accettate (principi contabili nazionali elaborati dall'OIC)*.

Le verifiche sono agevolate nel caso in cui l'impresa sia dotata di un sistema di controllo interno, circostanza che comporta la riduzione dei tempi di attuazione e dell'ampiezza delle verifiche.

L'elaborato dell'attestatore ha origine dalla situazione contabile del debitore, il cui esame conduce, dopo le opportune riprese e/o variazioni, alla presentazione dei dati contabili esposti nel piano di risanamento. L'attestazione è insidiosa, poiché oltre l'espressione dei dati contabili aziendali, esiste il pericolo costituito da omissioni di informazioni rilevanti che possono pregiudicare la veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati.

Il tempo a disposizione dell'attestatore non è illimitato, per cui, come dai Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2014 *è opportuno che l'attestatore ponga la propria attenzione, anche tramite circolarizzazione, sulla sussistenza di crediti e di debiti, in particolare su alcune poste patrimoniali, rilevanti per la formazione del piano, come indicati nei Principi di attestazione, quali:*
- immobilizzazioni materiali, immateriali e finanziarie;
- rimanenze di magazzino;
- crediti verso clienti e altri soggetti;
- titoli;
- disponibilità liquide;
- debiti verso fornitori;
- debiti verso il personale dipendente;
- debiti e crediti verso istituti previdenziali;
- debiti e crediti verso l'Erario;
- fondi per rischi e oneri;
- garanzie assunte e non ancora escusse;
- corretta definizione del carico fiscale di competenza dell'esercizio:
- posizioni infragruppo;
- principali contratti e altri elementi a base del Piano.

Si aggiunge che, in merito alla valutazione dei crediti e dei debiti, è opportuno un esame dettagliato di alcune voci significative, quali le "fatture da emettere" e le "fatture da ricevere".

La quantificazione della consistenza del fondo rischi dovrebbe considerare anche il rischio fiscale, sia per il contenzioso in corso che per le situazioni che potrebbero generare accertamenti da parte degli Uffici fiscali.

In merito alla rilevazione delle passività potenziali si rileva che i "fondi per rischi" rappresentano passività potenziali di natura determinata (o specifica) ed "esistenza probabile", mentre i "fondi per oneri" sono passività di natura determinata ed "esistenza certa". *I fondi per rischi e oneri differiscono dai debiti commerciali (o finanziari) e dai debiti presunti. Le "passività potenziali" in relazione al grado di realizzazione e di accadimento di eventi futuri possono classificarsi come "probabili", "possibili" o "remote", quando la passività potenziale è "probabile", la società deve costituire un "fondo per rischi", se, invece, la passività potenziale è solamente "possibile", in nota integrativa devono essere indicate solamente adeguate informazioni. Tale informativa non è richiesta per le passività potenziali ritenute "remote"*[7].

---

7 V. F. Dezzani, *"Le passività potenziali-iscrizioni in bilancio quali fondi per rischi e oneri,* in il Fisco, 2020 fasc. 1.

Una particolare attenzione è riservata alle voci che danno origine ai flussi di cassa attesi, sulla cui base è disposta la verifica della fattibilità del piano di concordato, nonché a quelli collegati ai rischi che possono pregiudicare la realizzabilità del piano.

"L'indagine patrimoniale, premessa necessaria ad una adeguata informazione patrimoniale, rimane pur sempre un momento utile o necessario delle stime del valore, quando queste si orientano sui valori-flussi. Anche se i metodi patrimoniali costituiscono solo in particolari circostanze forme compiute di valutazione, la stima dei singoli elementi attivi e passivi del capitale (cioè appunto la valutazione patrimoniale) costituisce un atto dovuto in molte circostanze ed esprime comunque una grandezza utile per ogni finalità connessa alla valutazione di aziende"[8].

L'eventuale rettifica dei dati contabili riguarda in particolare l'entità e l'esigibilità dei crediti, l'insufficiente rilevazione di accantonamenti a fondo rischi, la svalutazione di crediti. L'omessa rilevazione di debiti e di costi e ricavi possono derivare dalla errata applicazione del principio di competenza, nonché dalle conseguenze dell'omessa considerazione dell'attività di coordinamento e gestione nei confronti di altre imprese, ai sensi degli artt. 2497 e 2545 septies C.C.

Un'analisi specifica riguarda i contratti in corso, specialmente quelli con effetti pluriennali, i contenziosi legali in corso e quelli potenziali.

In ogni caso, il campo di attività dell'attestatore non ha limiti, in quanto ogni voce dell'attivo o del passivo può essere oggetto di rettifica e le informazioni, ritenute rilevanti, devono essere verificate.

La verifica dell'attestatore è estesa anche al grado di prelazione dei debiti esposti nel piano. I fattori di successo dell'attestazione della veridicità dei dati aziendali richiedono, oltre la professionalità dell'attestatore, la conoscenza delle regole contabili e delle tecniche di revisione, il supporto di consulenti qualificati nel settore di attività dell'impresa e la leale collaborazione degli organi amministrativi del debitore.

L'attestatore, in relazione alle scritture contabili ed ai bilanci pregressi, relativi quanto meno al triennio precedente, dovrebbe procedere ad un esame critico dei documenti e, di conseguenza, valutare se i bilanci hanno rappresentato in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e i risultati economici degli esercizi precedenti.

L'analisi è necessaria anche per il confronto con quanto sarà rilevato dal commissario giudiziale in merito ai bilanci degli esercizi pregressi, in quanto l'eventuale evidenza di false comunicazioni sociali incide sulla credibilità dei conti economici prospettici posti a base del piano.

---

8 V. L. Guatri M. Bini, in "*Nuovo Trattato sulle valutazioni di aziende*", EGEA, 2009.

4.4 L'attestazione della fattibilità del piano

La prima fase operativa dell'attestazione è finalizzata alla verifica dei dati aziendali per poi consentire il successivo esame in merito alla fattibilità economico-finanziaria del piano di risanamento.

La funzione del professionista indipendente si esplica nella verifica di quanto predisposto dal debitore in previsione degli strumenti negoziali di accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e dell'accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva.

Il piano comprende le modalità operative con i tempi di adempimento richiesti per il recupero economico-finanziario dell'impresa, la cui fattibilità rappresenta l'idoneità a conseguire il raggiungimento dell'obiettivo di continuità aziendale che il debitore propone nella consapevolezza che l'impresa è in una situazione di crisi e, in particolare, in difetto dell'equilibrio economico-finanziario.

Le strategie di risanamento di un'impresa che deve superare le cause della crisi derivano da ipotesi, la cui realizzabilità deve essere oggettivamente esaminata.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 CNDCEC[2] espongono che *l'attestatore deve verificare che le principali ipotesi che la direzione aziendale pone a fondamento della strategia di risanamento siano evidenziate esplicitamente nel piano e riguardino:*

a) per il proseguimento della gestione aziendale, l'evoluzione prevista del mercato di riferimento dei prodotti/servizi e l'evoluzione prevista dei rapporti con il contesto competitivo (clienti, fornitori, concorrenti, aziende partner);

b) per la dismissione di significativi elementi del patrimonio, l'interesse di potenziali acquirenti o, in assenza di questi, la valutazione dei medesimi elementi con criteri di liquidazione.

Per raggiungere l'obiettivo di una proiezione efficiente, come esposto in "Nuovo trattato sulle valutazione delle aziende"[12] di Luigi Guatri e Mauro Bini, è *molto utile (o addirittura necessario) trovare nelle aziende oggetto di valutazione una serie di condizioni, quali*:

1. la disponibilità di una serie di informazioni ottenibili solo all'interno (così dette informazioni private);

2. la capacità di sviluppare un disegno strategico, individuandone almeno le leve ufficiali;

3. la capacità di tradurlo in piani accurati e documentati;

4. la capacità di tradurre i piani in adeguate scelte funzionali, cioè di implementarli efficacemente".

I Principi di Attestazione dei piani di risanamento 16/12/ 2020 del CNDCEC[2] *ritengono completo un piano di risanamento se risultano presenti le seguenti parti:*

a) presentazione dell'azienda;
b) dati storici economici e finanziari;
c) descrizione della situazione di crisi e analisi del management circa le relative cause;
d) esplicitazione delle ipotesi e delle strategie di risanamento;
e) presentazione degli interventi da adottare;
f) analisi del settore di appartenenza e del posizionamento dell'impresa nel contesto concorrenziale;
g) evoluzioni attese e impatti sullo scenario competitivo;
h) presentazione delle ipotesi economico finanziarie e del piano economico finanziario.

Si tratta di contenuti che, pur riferiti alla situazione presente all'atto dell'elaborazione del piano, giungono a formulare le ipotesi programmate, con i conseguenti risultati economici e finanziari.

In coerenza con quanto sopra esposto, "Le linee Guida per il Finanziamento delle Imprese in Crisi"(13), elaborate dall'Università degli studi di Firenze, dal CNDCEC e dall'Assonime, espongono: *il piano contiene l'esplicitazione delle ipotesi poste a base dell'analisi, delle fonti normative utilizzate nonché tutti i riferimenti metodologici che consentono all'attestatore ed ai terzi di verificare la correttezza e la congruità dei calcoli posti in essere per l'elaborazione quantitativa del piano*.

Le suddette linee guida rilevano in merito alla funzione dell'attestatore: *"l'attestatore dovrà, fra l'altro:*
a) accertare che i piani previsionali siano stati redatti sulla base di principi contabili omogenei rispetto ai principi utilizzati per la preparazione dei bilanci storici;
b) confrontare e valutare la coerenza delle ipotesi poste a fondamento del piano con il quadro macroeconomico e di settore;
c) accertare la coerenza dei dati previsionali rispetto alle ipotesi eseguendo, sia procedure di verifica dell'accuratezza dei dati elaborati, sia analisi in merito alla coerenza interna di tali dati;
d) analizzare con particolare attenzione le variabili del piano che potrebbero avere un elevato tasso di volatilità e modificare significativamente i risultati attesi;
e) prendere specifica posizione sulla probabilità di eventi condizionanti il successo del piano (dismissione, concessione di un finanziamento, conclusione di un contratto) si verifichino.

Per quanto riguarda la previsione prospettica del conto economico, una particolare attenzione deve essere posta alle voci che determinano i futuri flussi di cassa.

L'attestazione, come esposto nell'elaborato "Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi"(13), *si concretizza, essenzialmente, in un giudizio motivato compiuto ex ante ed ha soltanto due possibili esiti:*

a) attestazione se il piano è idoneo a conseguire il risultato voluto (per il piano attestato, il risanamento dell'impresa con il ripristino della solvibilità; per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'integrale pagamento dei creditori estranei, nei termini previsti dalla legge; per il concordato, l'esecuzione del concordato stesso) e fattibile;

b) non attestazione, se manca anche uno solo dei presupposti.

Contenuti analoghi ai precedenti sono esposti nel documento CNDCEC del 14/06/2019[14] che riporta i principi per la redazione del piano, la cui successione comprende:

- *i principi generali del piano comprendenti di contenuti e di forma*
- *il processo di elaborazione del piano;*
- *il quadro generale di partenza;*
- *la strategia generale di risanamento;*
- *l'impatto specifico della strategia di risanamento;*
- *la manovra finanziaria;*
- *l'action plan (principali operazioni da porre in essere);*
- *i dati prospettici (conto economico, stato patrimoniale, piano finanziario riferiti all'arco temporale del Piano)*
- *l'esecuzione e il monitoraggio del Piano;*
- *il ruolo dei consulenti.*

L'attestazione deve indicare le metodologie utilizzate e le attività svolte per giudicare l'idoneità e la ragionevolezza del piano e deve contenere un'adeguata motivazione della conclusione raggiunta.

La veridicità dei dati aziendali nella fase iniziale dell'attestazione richiede l'adozione del criterio patrimoniale, mentre la verifica della fattibilità del piano che ha contenuto economico-finanziario, richiede la quantificazione dei flussi attesi al servizio del debito da ristrutturare, con un'indagine che utilizza il criterio finanziario.

È opportuno, per quanto riguarda le strategie di intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, conoscere le cause della crisi e verificare se le strategie proposte sono funzionali agli obiettivi della procedura.

Può essere richiesta nuova finanza, necessaria per l'adozione di interventi strategici che siano atti a rimuovere i fattori di crisi; l'apporto di finanza nuova costituisce ovviamente un elemento positivo, ma non è determinante nei casi in cui la crisi deriva da una politica gestionale non idonea ad assicurare il futuro riequilibrio economico-finanziario.

L'analisi delle cause della crisi dell'impresa e le conseguenti strategie gestionali previste nell'action plan dovrebbero permettere di rimuovere lo stato di crisi o di insolvenza, consentire il risanamento dell'impresa e favorire la creazione di valore conseguente alla prosecuzione di un'attività risanata.

La scelta della strategia dipende dalle cause della crisi che possono derivare da carenze proprie gestionali, dalla situazione esterna della competizione sul mercato o dalla congiuntura del sistema economico generale.

La crisi o l'insolvenza dell'impresa si manifesta al termine di una successione di indizi che incidono sull'equilibrio economico-finanziario, con manifestazione di carenza di liquidità e di esaurimento delle fonti creditizie, ma il recupero della continuità aziendale non è conseguibile con la semplice falcidia delle ragioni creditorie, ma, evidenziate le cause della crisi, devono essere analizzate le modalità per risanare l'impresa, in modo coerente e ragionevolmente dimostrabile.

Il debitore dovrebbe presentare un piano che consente all'impresa non solo un positivo, anche se potenziale, risultato economico, ma anche una gestione che in prospettiva possa essere finanziariamente equilibrata. La presentazione del piano avviene in una fase nella quale è manifesta la carenza di liquidità, per cui l'obiettivo primario del piano dovrebbe essere quello di superare lo squilibrio finanziario e stimarne il fabbisogno finanziario dell'impresa, almeno fino all'omologazione del concordato o degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Quest'ultima finalità richiede la descrizione degli interventi operativi programmati nell'arco temporale previsto, nonché la verifica dei risultati conseguiti nella gestione, in una visione proiettata anche al periodo successivo all'omologazione della procedura.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020 rilevano che *l'attestatore non deve modificare il piano predisposto dall'azienda, essendo chiamato a verificare la veridicità dei dati ed la sua fattibilità/attuabilità. Egli deve, però, segnalare nell'attestazione eventuali errori rilevanti tenendo conto del loro effetto nella espressione del giudizio*.

La valutazione prospettica si basa su informazioni disponibili all'atto della sua formulazione. Gli eventi successivi possono comportare esiti diversi rispetto alle valutazioni che erano coerenti al momento della loro formulazione.

È comunque necessario considerare l'interesse dei creditori, per cui come dispone la Direttiva Unione Europea n. 1023/2019[15] se il debitore è prossimo all'insolvenza è importante proteggere i legittimi interessi dei creditori da decisioni di gestione che potrebbero ripercuotersi sulla costituzione della massa fallimentare, in particolare se tali decisioni possono avere l'effetto di diminuire ulteriormente il valore della massa disponibile per la ristrutturazione o la distribuzione ai creditori.

Si rileva che *"la continuità aziendale richiede la sussistenza di un equilibrio prospettico sia sotto il profilo finanziario-in relazione ai flussi di cassa futuri-sia sotto il profilo economico, avuto riguardo alla redditività dell'attività caratteristica, sia infine sotto il profilo "imprenditoriale", sulla base dell'assenza di alcuni indici sintomatici della crisi, quali la riduzione delle tempistiche di pa-*

gamento richieste dai fornitori, l'eventuale perdita di amministratori, dirigenti o dipendenti strategici e il venir meno di fornitori o di clienti essenziali per lo svolgimento dell'attività"[9].

L'esposizione della situazione economico-patrimoniale e finanziaria e delle principali cause della crisi, riferite al tempo della redazione del piano, ha carattere oggettivo, mentre le strategie, i tempi necessari per il riequilibrio della situazione finanziaria e gli strumenti da adottare, in caso di scostamento fra gli obiettivi e risultati gestionali, hanno inevitabilmente carattere previsionale, ovviamente nel limite della ragionevolezza.

L'attestatore verifica la ragionevolezza delle strategie gestionali nella successione temporale e se le stesse sono idonee ad eliminare le cause della crisi. Gli stessi Principi contabili rilevano che le proiezioni dei flussi finanziari futuri devono essere basati su presupposti ragionevoli e dimostrabili, conseguenti alle strategie che il debitore, come esposto nel piano, intende adottare.

Gli elementi acquisiti dall'attestatore dovrebbero essere valutati in modo critico, in un approccio dubitativo, anche tenendo in considerazione le capacità professionali e le esperienze pregresse della direzione dell'impresa.

Il requisito della fattibilità è inteso in senso prospettico e la sua ragionevolezza deve essere adeguatamente verificata dal professionista attestatore nella redazione della propria relazione. La Corte di Cassazione Sezioni Unite civili nella sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521[(3)] ha rilevato che *si pongono profili di incertezza, laddove entrino in discussione gli aspetti relativi alla fattibilità economica. Questa è infatti legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati.*

L'esame della fattibilità economica presuppone l'elaborazione di un documento previsionale di contenuto economico-finanziario, con particolare rilevanza per quest'ultimo aspetto, per cui occorre riferirsi alla dottrina economica in tema di proiezioni e valutazioni aziendali.

La verifica dell'attestatore è diretta agli aspetti maggiormente sig*nificativi, definiti dal Principio di revisione ISA Italia 570*[(17)] aspetti chiave. La descrizione di un aspetto chiave è finalizzata a fornire una spiegazione sintetica ed equilibrata che consenta ai creditori di comprendere perché tale aspetto sia stato ritenuto uno di quelli maggiormente significativi e in che modo si intende affrontarlo.

Il numero degli aspetti chiave può essere influenzato dalla dimensione e dalla complessità dell'impresa, dalla natura della sua attività e dal momento in cui opera, per cui un'attenzione significativa è riservata alle aree per le

---

9 V. C. Cincotti e F. Nieddu Arrica, "*La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*", in Giurisprudenza Commerciale 2016, fasc. 6.

quali è valutato un rischio più elevato di errori significativi. In particolare, l'attenzione dovrebbe essere posta alle stime contabili soggette ad un elevato grado di incertezza ed agli eventi e circostanze che possono fare sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento.

La valutazione delle cause della crisi pone l'attenzione sui punti di debolezza, ove il rischio è più elevato, sui quali il debitore deve necessariamente intervenire. Le cause della crisi, sia di natura interna che di mercato, possono essere molteplici e coloro che hanno la responsabilità della redazione del piano, devono essere in grado di esporre le modalità con le quali le stesse possono essere rimosse, in difetto non è possibile procedere all'attestazione.

L'attestatore non esercita alcuna funzione nella redazione dei piani di risanamento, ma deve tenere in considerazione i principi di redazione del documento programmatico. Il Documento del CNDCEC del 14 giugno 2019[(14)], riporta alcune linee operative, i cui principi costituiscono indicatori delle migliori pratiche di redazione dei piani e non come precetti assoluti.

Il suddetto documento definisce il piano come *un documento redatto dall'organo delegato e dal management, anche con il supporto di consulenti specializzati ed approvato dall'organo amministrativo ai sensi dell'articolo 2381, 3° comma, C.C. 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*.

Il piano costituisce una guida per l'azione futura e deve consentire a tutti i soggetti interessati di confrontare gli esiti attesi con i risultati consuntivi, onde permettere, in caso di scostamento, la rimodulazione delle azioni ancora da intraprendere o i cambiamenti nel piano stesso.

È opportuno che il piano, oltre ad esporre i conti economici prospettici ad espressione della continuità aziendale, riporti anche gli stati patrimoniali prospettici al fine di consentire un controllo efficace sulla gestione del periodo previsto nel piano.

L'attestazione del piano rappresenta una prima fase, in seguito verificata dal commissario giudiziale e dal Tribunale, per consentire l'espressione di un voto responsabile dei creditori, come disposto dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 5825/2018[10] che ha statuito "*spetta al giudice il compito di controllare la corretta predisposizione dell'attestazione, in termini di completezza dei dati e comprensibilità dei criteri di giudizio, ciò rientrando nella verifica di*

---

10 Cass. Civile sez. VI, 09/03/2018, n. 5825, in Giurisprudenza Commerciale 2018, 5, II, 823.

regolarità dell'andamento della procedura, che è presupposto indispensabile a garantire la corretta formazione del consenso".

Quanto previsto, in tema di completezza dei dati, è in linea con la giurisprudenza che non ritiene sufficiente la permanenza in attività dell'impresa, ma è necessario verificare se questa sia effettivamente in grado di continuare ad operare e, anche potenzialmente, di produrre utili.

Le misure proposte dal debitore sono finalizzate all'inversione di tendenza nella gestione dell'impresa e possono essere di varia natura, in aderenza alle diverse situazioni produttive e di mercato.

Il piano richiede l'elaborazione di un conto economico prospettico di durata pluriennale. La previsione deve indicare, tenuto conto delle cause della crisi, le modalità con le quali si intende realizzare il *turnaround*, con il passaggio dai negativi risultati ad una gestione che presenti l'equilibrio economico-finanziario.

Il debitore che presenta la proposta deve indicare, oltre le strategie di intervento, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

La durata della procedura non è determinata in termini assoluti, in quanto è collegata ai tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, ma non esistono indicazioni temporali.

Le misure strategiche hanno riflessi sulla gestione; in effetti, si tratta di una valutazione prospettica del conto economico per un periodo di tempo limitato, definito dalla dottrina in 3-5 anni. La valutazione del patrimonio conseguibile è oggetto di un'analisi analitica che non dovrebbe considerare l'eventuale terminal value (valore attuale dei proventi successivi all'analisi analitica), componente stimata e troppo spesso determinante la valutazione dell'impresa.

I Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento 03/09/2014 del CNDCEC, in merito alla suddetta disposizione, espongono: *l'arco temporale oggetto di considerazione deve pertanto attestarsi a data non anteriore al momento in cui, in base al piano, è previsto che siano soddisfatti i creditori, ovvero, nel caso di continuità aziendale siano ripristinate le normali condizioni di finanziamento (e di fido) ovvero nel caso di prosecuzione di contratti pubblici, siano ripristinate condizioni che consentano un regolare adempimento degli stessi*.

I successivi Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 del CNDCEC rilevano che *in ipotesi di continuità l'attestatore verifica che entro l'ultimo periodo amministrativo compreso nel piano, i flussi economici e finanziari evidenzino il raggiungimento di un equilibrio economico e finanziario sostenibile*.

Alcuni debiti, quali il TFR e il fondo di risoluzione del rapporto con gli agenti, permangono anche oltre il termine previsto per l'adempimento della proposta, per cui l'orizzonte temporale di osservazione può essere protratto.

Le verifiche periodiche esperite nell'arco temporale previsto dal piano, in caso di scostamento fra la previsione e la realtà gestionale, possono presentare criticità e, in tal caso, il piano dovrebbe prevedere gli interventi correttivi, compresi quelli che richiedono l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato.

Il piano si basa su situazioni definite, attuali e prospettiche, soggette inevitabilmente a mutamenti sia di ordine interno che di mercato, per cui è necessario considerare le eventuali modifiche e le possibilità per l'impresa per superare o comunque limitare gli effetti negativi.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 03/09/2014 del CNDCEC, con riferimento alle verifiche che deve svolgere l'attestatore, evidenziano che *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 della sostenibilità economico-finanziaria*.

L'attestazione richiede un'attenzione significativa sui rischi e richiede l'acquisizione di elementi probativi, tanto più persuasivi quanto più alta è la valutazione del rischio.

È richiesta una ragionevole sicurezza, definita come un elevato livello di sicurezza che non fornisce la garanzia che la previsione, seppure svolta secondo i principi contabili, individui un errore significativo. Come rileva il Principio ISA Italia 570 *gli errori possono derivare da frodi o da comportamenti o eventi non intenzionali, per cui occorre considerare l'esistenza di una incertezza significativa riguardo ad eventi o circostanze che possono fare sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento*. La continuità aziendale, in particolare in un'impresa in stato di crisi o di insolvenza, è soggetta a significative incertezze che considerate unitariamente possono limitare la ragionevole certezza ed assumere le *incertezze significative* che, fra loro cumulabili, non consentono di esprimere una valutazione positiva al piano di risanamento proposto dal debitore.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 CNDEC espongono che l'attestatore analizza le principali ipotesi poste a fondamento della strategia di risanamento, in moda da valutare come l'effettivo risanamento sia legato al verificarsi di ciascun assunto. *L'attestatore effettua una ricognizione delle variabili critiche (competitive e gestionali) che più sono in grado di esercitare un influsso sulla fattibilità del piano, dei relativi punti di rottura e delle potenziali iniziative da adottare previste nel piano*.

In merito al giudizio di fattibilità, i suddetti Principi di attestazione dei piani di risanamento 2020 CNDEC richiedono che *l'attestatore deve avere acquisito una visione globale di quanto rilevato mediante le analisi degli aspetti delineati (ipotesi strategiche, strategia di risanamento, programma di azione,*

ipotesi economico-finanziarie e stress test), nonché maturato un convincimento circa la concreta realizzabilità del piano in funzione delle risorse e delle competenze delle quali l'impresa dispone.

La relazione dell'attestatore deve essere documentata in modo che sia sufficiente a consentire ad un terzo professionista esperto, estraneo alla procedura, di comprendere i giudizi professionali significativi, in merito alla ristrutturazione del debito.

Il successo della procedura che intende recuperare la continuità aziendale, ha origine fino dalla presentazione della proposta che, oltre alla documentazione prevista dall'articolo 39, richiede, fra l'altro, in caso di concordato in continuità, un piano dettagliato sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, la descrizione delle cause della crisi, il fabbisogno finanziario, le modalità di ristrutturazione dei debiti e le iniziative previste in caso di scostamento degli obiettivi pianificati.

Il legislatore ha previsto con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza un piano di risanamento che richiede un elevato livello prognostico, in quanto il primo obiettivo è, oltre la tutela degli interessi dei creditori, il recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa che non è conseguibile solamente con una semplicistica riduzione dei debiti.

La responsabilità dell'imprenditore, cui spetta la presentazione del piano, coinvolge l'attestatore che, dotato delle idonee competenze, ovviamente deve pretendere dal debitore una informazione completa, con assunzione della relativa responsabilità.

4.5 L'attestazione nel piano attestato di risanamento

L'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza, ai sensi dell'articolo 56, può predisporre un piano ai creditori che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria. Solo con il nuovo Codice della Crisi di imprese è stata regolamentata la forma, il contenuto e gli obblighi, anche documentali dapprima elaborati dalla prassi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La procedura[11] è riservata ai soli imprenditori, anche non commerciali, per i quali la finalità essenziale è costituita dalla prosecuzione dell'attività aziendale. Si tratta di una soluzione prospettata dall'imprenditore in stato di crisi che può condurre ad un accordo con i diversi creditori, proposto ai propri creditori dall'imprenditore, e che persegue l'obiettivo di definire e (tenta-

11 Si tratta di un istituto che, introdotto dal legislatore dalla L. 80/2005, ma è con il Codice della crisi delle imprese che acquista un'autonomia giuridica sconosciuta nella precedente legge fallimentare.

re di) risolvere le cause della difficoltà aziendale, senza la necessità di accedere a concorsuali istituti maggiormente invasivi.

In caso di successiva liquidazione giudiziale si consegue, in particolare, l'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti relativi alla gestione dell'impresa. La disposizione rende più agevole la continuità dei rapporti commerciali fra il debitore e i terzi, in una fase di difficoltà finanziaria dell'impresa, così come disposto dall'articolo 166, comma 3, lett. d), che esclude l'azione revocatoria "per gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato".

I piani attestati di risanamento sono definiti dai Principi di attestazione dei piani di risanamento 2014 CNDCEC come *strumenti negoziali stragiudiziali, i cui contenuti, devono apparire idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*.

L'accordo ha carattere negoziale e non prevede alcun intervento del Tribunale, per cui, qualora sussista l'adesione della totalità dei creditori, è possibile che non sia rispettato l'ordine dei privilegi, né il principio della *par conditio creditorum*.

L'accordo ha la finalità principale di favorire la continuazione dei rapporti economici con i terzi e di realizzare la prospettiva dell'esonero dalla disciplina della revocatoria, mediante il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e il recupero dell'equilibrio economico-finanziario.

La finalità degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento è espressa dalla sentenza della Corte di Cassazione del 05 luglio 2016 n. 13719 [12], per cui "Il piano attestato di risanamento appartiene al genus delle convenzioni stragiudiziali adottate dall'imprenditore per rimediare alla situazione della crisi d'impresa, che trova la sua giustificazione nella volontà del legislatore di incentivare il riacquisto, da parte della stessa impresa in crisi, della capacità di stare sul mercato e di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, così esaltando il valore della così detta continuità aziendale".

Si tratta, di fatti di uno strumento di risanamento della situazione debitoria dell'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza, che interviene in una fase stragiudiziale e in via puramente negoziale, senza alcun intervento omo-

---

12 Cass. Civile sez. VI, 05/07/2016, n. 13719 in Giustizia Civile Massimario 2016: "*Per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento a norma dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (nel testo previgente al D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012), il giudice deve verificare, con giudizio "ex ante", la manifesta idoneità del piano medesimo, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della stessa. (Nella specie, la S.C. ha cassato il decreto con il quale il tribunale, in sede di opposizione allo stato passivo, ha ritenuto che il pegno concesso in esecuzione di un piano attestato fosse automaticamente sottratto alla revoca)*".

logatorio da parte dell'autorità giudiziaria. Per questo pacificamente l'istituto non assume natura giuridica di procedura concorsuale[13].

Il piano dell'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza rivolto ai creditori, idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico-finanziaria, deve avere data certa e, ai sensi dell'articolo 56, comma 2, indicare:

a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
b) le principali cause della crisi;
c) le strategie dell'intervento ed i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
d) i creditori e l'ammontare dei crediti per i 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;
f) 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;
g) il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Ai sensi dell'articolo 56, comma 3, un professionista indipendente, designato dal debitore, è chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali[14] e la fattibilità economica del piano. Il piano, l'attestazione e gli accordi conclusi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore, con i conseguenti effetti di natura fiscale.

Non esiste alcun controllo ex ante da parte dell'autorità giudiziaria, ma in caso di successiva liquidazione giudiziale è probabile un controllo sull'operato dell'attestatore e del debitore in merito all'esenzione dell'azione revoca-

---

13 In dottrina si V. S. *Ambrosini "Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma"* del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134," Zanichelli, Bologna, 2012.

14 Cassazione civile sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3018 in Diritto&Giustizia 2020 11 febbraio: *"A norma della l. fall., art. 67, comma 3, lett. d), (nel testo previgente al D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012) la veridicità dei dati aziendali costituisce elemento costitutivo dell'attestazione, quale necessario presupposto della valutazione di ragionevolezza del piano; inoltre, per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento, a norma della l. fall., art. 67, comma 3, lett. d), (nel testo previgente al D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012), il giudice deve effettuare, con giudizio "ex ante", una valutazione, parametrata sulla condizione professionale del terzo contraente, circa l'idoneità del piano, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa, seppure in negativo, vale a dire nei soli limiti della assoluta, evidente inettitudine del piano presentato dal debitore a tal fine"*.

toria, in quanto essa 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.

La competenza dell'esperto dovrebbe sussistere in quanto rispondente ai requisiti di legge, inoltre è fondamentale l'ulteriore requisito dell'indipendenza[15], non solo rispetto al debitore, ma anche nei confronti dei soggetti interessati.

L'iniziativa dell'imprenditore può riguardare un'impresa la cui insolvenza appaia reversibile con la prosecuzione dell'attività, anche con la cessione di cespiti non strategici.

Gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa.

È prevista, su richiesta del debitore, la pubblicazione sul Registro delle imprese del piano, dell'attestazione del professionista indipendente e degli accordi conclusi con i creditori.

Non è prevista alcuna misura protettiva, in quanto gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento riguardano una procedura negoziale fra il debitore ed i creditori, senza alcun intervento giudiziale.

Il ricorso al piano attestato di risanamento rappresenta essenzialmente una procedura[16] di carattere riservato che comporta oltre l'esenzione dell'azione revocatoria e i significativi effetti di natura civile, penale e fiscale che contribuiscono al mantenimento dei rapporti commerciali con i terzi nell'ottica dell'auspicata continuità aziendale.

L'iscrizione del piano attestato presso il Registro delle imprese è facoltativa, ma è sicuramente opportuna per la definizione della posizione fiscale con l'Agenzia delle Entrate, sia nei confronti del debitore che dei creditori.

Il Tribunale, in caso di successiva apertura di una procedura di liquidazione giudiziale, verifica la manifesta attitudine dell'attuazione del piano di risanamento per assicurare la continuità aziendale, come disposto dalla sentenza della Corte di Cassazione del 05 luglio 2016, n. 13719[17] che, "*per ritene-*

---

15 Professionista deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 lett. A) e b) L. Fall.

16 Per un approfondimento V. De Marchi, "*I piani di risanamento ex art 67 Legge Fallimentare"- Tentativo di ricostruzione di un istituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento", in Ilcaso.it, 2010; Costa "Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*", in Dir. Fall. 2010, p. 537 ss.

17 In senso conforme Cass. civile sez. I 10 febbraio 2020, n. 3018, in Giustizia Massimario 2020: "*Per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (nel testo previgente D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012), il giudice deve effettuare, con giudizio "ex ante", una valutazione, parametrata sulla condizione professionale del terzo contraente, circa l'idoneità del piano, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, seppure in negativo, vale a dire*

re esenti dalla domanda di azione revocatoria fallimentare proposta dalla curatela, gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento, il giudice deve verificare con un giudizio ex ante, la manifesta idoneità del piano medesimo, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della stessa".

La procedura negoziale non è oggetto di omologazione da parte del Tribunale, né esiste un organo terzo, per cui diviene di fondamentale importanza la funzione del professionista indipendente che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano sulla cui base i creditori dovrebbero manifestare una valutazione informata.

4.5.1 *Gli effetti degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*

Il deposito presso il Registro delle imprese del piano attestato di risanamento, unitamente all'attestazione del professionista indipendente e agli accordi conclusi con i creditori, presenta conseguenze civili, penali e fiscali di estrema rilevanza, riferite non solamente al debitore, ma anche ai soggetti terzi che con quest'ultimo intrattengono relazioni commerciali.

Per quanto riguarda gli aspetti civili, si richiama l'articolo 166, comma 3, lett. d) CCI, relativo all'esenzione dell'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria. L'esclusione, ai sensi dell'articolo 166, comma 3, lett. d), non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore e del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto.

Le disposizioni relative ai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice non si applicano se relative ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione dell'accordo depositato presso il Registro delle imprese.

Agli effetti delle imposte sui redditi, ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter DPR 917/1986, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite pregresse e di periodo. La disposizione si applica anche alla rinuncia dei soci ai crediti per la parte che eccede il relativo valore fiscale che, in assenza della prescritta comunicazione del socio alla partecipata, è assunto pari a zero.

---

nei soli limiti dell'assoluta, evidente inettitudine del piano presentato dal debitore a tal fine. (Nella specie, il Tribunale aveva ritenuto irrilevante, ai fini della revocatoria, la mancata attestazione della veridicità dei dati contabili ed escluso il potere del giudice di valutare, in dissenso dal professionista che aveva redatto il piano, l'idoneità dello stesso a realizzare gli obiettivi di risanamento in esso indicati)".

Nel contempo, è riconosciuta al creditore la perdita sui crediti, ai sensi dell'articolo 101, comma 5-bis DPR 917/1986, nel caso in cui il debitore abbia definito il piano attestato, con decorrenza dalla data di deposito presso il Registro delle imprese.

L'Agenzia delle Entrate, con l'interpello 319 del 10/05/2021[18] espone che *la finalità della previsione normativa è di riconoscere al soggetto che versa in uno stato di difficoltà un beneficio fiscale legato alla riduzione dei debiti derivanti da procedure di risanamento di imprese in crisi, che esclude parzialmente dall'imposizione la sopravvenienza attiva conseguente all'attuazione del piano attestato pubblicato nel Registro delle Imprese, volto alla prosecuzione dell'attività*. Inoltre, la stessa Agenzia espone che il beneficio fiscale è limitato alle riduzioni dei debiti definite in attuazione del piano, con esclusione della detassazione per le esdebitazioni già avvenute e non condizionate all'esito del piano.

Ai sensi dell'articolo 14, 5-bis D.Lgs. 472/1997, integrato dall'articolo 16 D.Lgs. 158/2015, non sussiste la responsabilità solidale tributaria del cessionario se la cessione avviene in attuazione di un piano attestato di risanamento.

Il piano attestato di risanamento comporta anche la variazione dell'imponibile agli effetti dell'IVA, in quanto l'articolo 26, comma 3-bis, lett. a) DPR 633/1972, prevede che dalla data di pubblicazione del piano nel Registro delle imprese, il cedente o il prestatore di servizio ha il diritto di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla variazione dell'imponibile. Il cessionario o il committente, ove il cedente o il prestatore si sia valso della suddetta facoltà, ai sensi dell'articolo 26, comma 5, DPR 633/1972, deve provvedere alla variazione.

4.6 L'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva delle società

Il D.Lgs. 14/2019 ha inserito la SEZIONE VI-bis, relativa ai quadri di ristrutturazione preventiva delle società con le disposizioni degli articoli 120-bis, 120-ter, 120-quater, 120-quinques riguardanti rispettivamente *l'accesso, il classamento dei soci e dei titolari di strumenti finanziari, le condizioni di omologazione del concordato con attribuzioni ai soci e l'esecuzione del concordato al fine di rendere più agevole alle società l'utilizzo delle procedure di ristrutturazione*.

Le suddette disposizioni si sono rese necessarie in relazione alle molteplici modalità delle proposte di piani di risanamento di società che, nelle diverse articolazioni delle operazioni societarie di carattere straordinario, coinvolgono non solo il rapporto fra il soggetto debitore ed i creditori, ma anche

18 V. Plusplus 24 Fisco del 12 maggio 2021.

i diritti dei soci e dei titolari degli strumenti finanziari.

L'articolo 120-bis conferma che l'accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva richiede, in via esclusiva anche per le condizioni del piano, la decisione degli amministratori, risultante dal verbale redatto da un notaio da depositare e iscrivere nel registro delle imprese.

Il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, inclusi aumenti e riduzione di capitale, anche con la limitazione o l'esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni.

La relazione illustrativa espone che l'accesso ai quadri di ristrutturazione costituisce l'esecuzione degli obblighi degli amministratori di attivarsi senza indugio, come previsto dall'articolo 2068 C.C., 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'avvio della ristrutturazione e il contenuto del piano sono di esclusiva competenza degli amministratori e i soci, che potrebbero non avere più un interesse nella società, non possono ostacolare la ristrutturazione.

Ai soci deve essere data informazione della decisione di accedere ad un quadro di ristrutturazione preventiva e sull'andamento della procedura.

La revoca degli amministratori è inefficace dall'iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino all'omologazione, se non ricorre una giusta causa che non sussiste in caso di presentazione di una domanda di accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva in presenza delle condizioni di legge. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto della sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati,

I soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti, ai sensi dell'articolo 90, con domanda sottoscritta da ciascun socio proponente.

Le suddette disposizioni si applicano, in quanto compatibili, agli imprenditori collettivi diversi dalle società.

La proposta del debitore può prevedere, ai sensi dell'articolo 120-ter, la formazione di una classe di soci o di più classi se esistono soci ai quali lo statuto, anche a seguito delle modifiche previste dal piano, riconosce diritti diversi. La formazione delle suddette classi, ai sensi del comma 2, è obbligatoria se il piano prevede modificazioni che incidono sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

I soci inseriti in una o più classi, ai sensi del comma 3, esprimono il proprio voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori. Il socio, all'interno della classe, ha diritto di voto in misura proporzionale alla partecipazione posseduta anteriormente alla presentazio-

ne della domanda. Il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il suddetto termine si ritiene consenziente.

Le disposizioni dell'articolo 120-ter si applicano, in quanto compatibili, ai titolari di strumenti finanziari, ad eccezione di quelli che attribuiscono il diritto incondizionato al rimborso anche parziale dell'apporto.

L'articolo 120-quater dispone le condizioni di omologazione del concordato se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda.

Il concordato, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, può essere omologato se il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci.

I soci, ai sensi del comma 3, possono opporsi all'omologazione del concordato al fine di fare valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria.

La relazione illustrativa rileva che l'obiettivo della normativa è quello di permettere che il Tribunale possa omologare il quadro di ristrutturazione preventiva, nonostante il dissenso di una o più classi, se il valore di liquidazione del patrimonio è distribuito fra i creditori secondo la regola di priorità assoluta e il plusvalore da continuità è assegnato ai creditori ed eventualmente ai soci, in una misura tale che il trattamento riservato a ciascuna delle classi dissenzienti sia almeno pari a quello delle classi di pari rango e più favorevole di quello riservato alle classi inferiori

I soci, ai sensi del comma 3, possono opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria.

Se non vi sono classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, il concordato può essere omologato solo quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

Per il valore riservato ai soci si intende il valore effettivo della partecipazione, conseguente all'omologazione della proposta dedotto il valore eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto, oppur, per le imprese minori anche in altra forma

Le disposizioni dell'articolo 120-quater si applicano, in quanto compatibili, all'omologazione del concordato in continuità aziendale presentato da imprenditori individuali o collettivi diversi dalle società e dai professionisti.

L'adempimento ai termini previsti dall'omologazione del piano del quadro di ristrutturazione preventive può comportare la riduzione o l'aumen-

to del capitale ovvero modificazioni statutarie della società, per cui, ai sensi dell'articolo 120-quinques, è attribuita agli amministratori ogni atto necessario a darvi esecuzione nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano.

In difetto, il Tribunale, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può nominare un amministratore giudiziario con i poteri necessari a provvedere agli adempimenti e disporre la revoca per giusta causa degli amministratori.

Se il notaio incaricato non ritiene adempiute le condizioni stabilite dalla legge dà comunicazione agli amministratori che, nei trenta giorni successivi, possono ricorrere per i provvedimenti necessari al Tribunale che ha omologato il quadro di ristrutturazione preventiva.

Le modificazioni alla compagine sociale conseguenti all'esecuzione di un quadro di ristrutturazione preventiva non costituiscono causa di risoluzione o modificazione di contratti stipulati dalla società, con inefficacia di eventuali patti contrari.

4.6.1 *Le classi dei creditori*

La domanda di accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva può prevedere trattamenti differenziati per i creditori distinti in classi. La direttiva UE 1023/2019 intende per formazione delle classi *il raggruppamento delle parti interessate ai fini dell'adozione del piano in funzione dei loro diritti e del rango dei loro crediti e interessi*.

La classe di creditori è definita dalla giurisprudenza come l'insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei, riferiti alla fonte ed alla tipologia socio-economica del credito, ovvero al particolare interesse del creditore.

L'omogeneità delle posizioni giuridiche riguarda la natura del credito, le sue qualità intrinseche, il carattere privilegiato o chirografario, l'eventuale presenza di contestazioni, la presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo.

La formazione delle classi è richiesta obbligatoriamente nei casi contemplati nei quadri di ristrutturazione preventiva. La Corte di Cassazione, con ordinanza del 16 aprile 2018, n. 9378[19], ha statuito che rientra *fra i compi-*

---

19 Cassazione civile sez. I, 16 aprile 2018, n. 9378, in Giustizia Civile Massimario 2018: "*In tema di concordato preventivo, ove intenda prevedere la suddivisione in classi, la proposta deve necessariamente conformarsi ai due criteri fissati dal legislatore nell'art. 160, comma 1, lett. c), l.fall., costituiti dall'omogeneità delle posizioni giuridiche (che riguardano la natura del credito, le sue qualità intrinseche, il carattere chirografario o privilegiato, l'eventuale esistenza di*

ti del Tribunale la verifica dell'omogeneità dei crediti raggruppati, che non può essere affermata in termini di assoluta idoneità, essendo sufficiente la presenza di tratti principali comuni di importanza preponderante, che rendono di secondario rilievo quelli differenzianti, in modo da fare apparire ragionevole una comune sorte satisfattiva per le singole posizioni costituite in classi.

L'articolo 85, comma 4, prevede che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, fermo restando quanto disposto dall'articolo 84, commi 5, 6 e 7, in aderenza al principio di priorità relativa esposto al **punto 5.10.1.1**.

4.7 L'attestazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, proposti con il ricorso dell'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza, sono strumenti negoziali soggetti ad omologazione da parte del Tribunale. L'imprenditore, nel corso dell'iniziale fase di carattere negoziale deve acquisire il consenso alla proposta di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'articolo 57, comma 1, di almeno il 60% dei crediti. La percentuale di adesioni richiesta è riferita ai crediti complessivi, comprendenti quindi oltre ai crediti chirografari anche quelli privilegiati e prededucibili e costituisce la condizione per accedere alla fase giudiziale che si può concludere con l'omologazione.

Il ricorso per l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva deve indicare, fra l'altro, ai sensi dell'articolo 40, comma 2, l'oggetto e le ragioni della domanda. La decisione in merito al ricorso è attribuita in via esclusiva dagli amministratori e la sottoscrizione compete a coloro che, a norma dell'articolo 265, hanno la rappresentanza della società.

Gli amministratori sono tenuti ad informare i soci dell'avvenuta decisione di accedere a un quadro di ristrutturazione preventiva e a riferire periodicamente del suo andamento.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti è disposto con il ricorso del debitore al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale; con il ricor-

---

contestazioni, ovvero la presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo) e degli interessi economici (riferiti alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito, ovvero al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare). Rientra tra i compiti del tribunale - con un accertamento in fatto che non è sindacabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato - valutare congiuntamente i detti criteri al fine di verificare l'omogeneità dei crediti raggruppati, che non può essere affermata in termini di assoluta identità, essendo sufficiente la presenza di tratti principali comuni di importanza preponderante, che rendano di secondario rilievo quelli differenzianti, in modo da far apparire ragionevole una comune sorte satisfattiva per le singole posizioni costituite in classe".

so deve essere presentato il piano, redatto con i contenuti previsti dall'articolo 56, con l'allegata documentazione indicata all'articolo 39. Pertanto, la richiesta documentazione deve comprendere:

a) le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi;
b) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
c) una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;
d) uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività;
e) un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi;
f) 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 possesso:
g) una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

Il piano e la suddetta documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista indipendente, in possesso dei requisiti di legge, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano e assicuri, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, l'integrale pagamento dei creditori estranei nei seguenti termini:

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.

La domanda del debitore, entro il giorno successivo al deposito, ai sensi dell'articolo 40, comma 3, è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese e quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive, il conservatore, nell'eseguire l'iscrizione, ne fa espressa menzione.

Gli accordi devono riportare gli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione, per cui l'aspetto finanziario è particolarmente significativo e la quantificazione dei creditori estranei, verificata dall'attestatore, deve essere dettagliata per importo e nominativo.

Gli accordi, contestualmente al deposito, sono pubblicati nel registro dele imprese insieme al piano, ai sensi dell'articolo 44, comma 6, e acquistano efficacia dal giorno della pubblicazione.

La domanda del debitore è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese e, se contiene la richiesta di misure protettive ne è fatta menzione nell'iscrizione.

Il Tribunale può nominare un commissario giudiziale, la cui nomina è, in ogni caso, disposta in presenza di istanze per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Al debitore è data facoltà di presentare la domanda avente ad oggetto l'assegnazione dei termini e il debitore limita la presentazione della documentazione a quanto previsto dall'articolo 39, comma 3, quindi:

a) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP concernenti i tre esercizi precedenti;
b) l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti.

L'ulteriore documentazione, prevista dai commi 1 e 2, deve essere depositata nel termine assegnato dal Tribunale, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. a).

Quando il debitore presenta la domanda di cui all'articolo 40, riservandosi di presentare la proposta, il piano e gli accordi, il Tribunale, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, pronuncia decreto con il quale:

a) fissa 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, entro il quale il debitore deposita la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti con la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1, o la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 2 o la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione di cui all'articolo 64-bis, con la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 2;
b) nomina un commissario giudiziale con la disposizione che riferisca immediatamente al Tribunale su ogni atto di frode o circostanza o condotta del debitore, tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi, in applicazione dell'articolo 49, comma 3;
c) dispone gli obblighi informativi periodici, riferiti alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, con periodicità almeno mensile;
d) ordina al debitore un versamento, nel termine perentorio non superiore a dieci giorni di una somma per le spese di procedura necessaria fino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a).

Il Tribunale, come disposto all'articolo 44, comma 2, su segnalazione del commissario giudiziale, di un creditore o del pubblico ministero, sentiti il debitore e i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta atti di frode ai creditori o atti del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti possono prevedere la continuità aziendale oppure, in alternativa, presentare il carattere liquidatorio.

Il Tribunale, ai sensi dell'articolo 54, comma 1, nel corso del procedimento per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, può emettere, su istanza di parte, i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle sentenze di omologazione dei quadri di ristrutturazione preventiva.

Se il debitore, ai sensi del comma 2, ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, i creditori, dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese, non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Pertanto, I creditori per titolo o causa anteriore, su richiesta del debitore nella domanda di accesso alla procedura, non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Le suddette misure protettive possono essere richieste dal debitore, ai sensi del comma 3, anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione allegando la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1 e la proposta di accordo corredata da un'attestazione di un professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la proposta, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso le trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

I diritti di credito dei lavoratori sono esclusi dalle richieste misure protettive.

Le misure protettive disposte conservano efficacia anche se il debitore prima della scadenza fissata dal giudice, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. a), deposita domanda di accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva diverso da quello indicato nella domanda depositata ai sensi dell'articolo 44.

Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contradditorio, ai sensi dell'articolo 55, comma 2, procede nel modo che ritiene più opportuno e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, assume, ove occorra, sommarie informazioni e procede con decreto motivato.

Con il suddetto decreto, il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, assegnando all'istante un termine perentorio, non superiore ad otto giorni, per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza, il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.

La durata delle misure è fissata con decreto al massimo in quattro mesi e se entro trenta giorni dallo stesso non è iscritto nel registro delle imprese cessano gli effetti protettivi prodotti dalla domanda del debitore.

Il Tribunale, su istanza delle parti e acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, può prorogare, in tutto o in parte, la durata delle misure concesse, la cui durata complessiva non può superare i dodici mesi.

Il Tribunale su richiesta del debitore o del commissario giudiziale o, in caso di atti di frode, ai sensi del comma 5, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, sentite le parti, revoca o modifica le misure protettive, queste ultime misure possono essere disposte anche quando il Tribunale accerta che la concessione delle stesse misure non soddisfa l'obiettivo di agevolare le trattative.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, seppure oggetto di omologazione, sono ritenuti da parte della dottrina di carattere negoziale, anche se la giurisprudenza considera la natura concorsuale degli stessi.

In merito alla natura concorsuale o negoziale degli accordi di ristrutturazione, la Corte di Cassazione con sentenza n.16347/2018[20] ha chiarito che *"l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui alla L.F., articolo 182-bis, appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla sua disciplina che presuppone, da un lato, forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata (in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione) e, dall'altro, effetti protettivi (quali i meccanismi di protezione temporanea e l'esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione), tipici dei procedimenti concorsuali"*.

L'accordo di ristrutturazione, come da sentenza della Corte di Cassazione n.12965/2018[21] ove è riportata la massima non ufficiale, *è ormai sedimentata la riflessione secondo la quale l'accordo di ristrutturazione appartiene agli istituti del diritto concorsuale ed è istituto affine al concordato preventivo nell'ambito delle procedure alternative al fallimento volte alla composizione della crisi d'impresa, tanto da rientrare "tra le procedure concorsuali"*.

In merito alla definizione o meno di procedura concorsuale, si rileva che l'articolo 26, comma 10-bis DPR 633/1972, inserito dall'articolo 18, comma 1, D.L.73/2021, con decorrenza dal 26/05/2021, considera il debitore assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato pre-

---

20 Cass. Civile sez. I, 21/06/2018, n.16347, in *Guida al diritto 2018, 48, 90*.

21 Sentenza commentata in *"Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi in una procedura concorsuale"* di Vittorio D. Gismundo in Giurisprudenza Commerciale 4/2019,

ventivo, senza alcuna menzione alla procedura di accordi di ristrutturazione dei debiti.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono ritenuti una procedura concorsuale dalla sentenza del Tribunale di Milano del 4/12/2019[22], in quanto *la progressiva omologazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella del concordato preventivo, unitamente alla qualificazione dell'istituto operata dalla legislazione unionale e alla possibilità, prevista dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di coinvolgere coattivamente tutti i creditori nella proposta di accordo inducono a ritenere quella di cui all'art. 182 bis e 182 septies 1°, 2°, 3° e 4° comma, una procedura concorsuale*.

4.7.1 *La transazione su crediti tributari e contributivi*

Il debitore, nell'ambito delle trattative finalizzate all'accordo di ristrutturazione dei debiti, può proporre, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, il pagamento parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione obbligatorie e dei relativi accessori.

Nei suddetti casi è dovuta l'attestazione di un professionista indipendente in merito alla convenienza del trattamento proposto per le agenzie fiscali e per gli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione obbligatorie rispetto a quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale.

La proposta di transazione, unitamente alla documentazione richiesta per le domande di omologazione di proposte per la ristrutturazione dei debiti, ai sensi degli articoli 57, 60 e 61, deve essere presentata al competente agente della riscossione ed agli altri uffici competenti. È richiesta una dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante, attestante che la documentazione rappresenta fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio. L'eventuale adesione dei competenti uffici, come previsto dall'articolo 63, comma 2-bis, deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione.

La transazione conclusa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro sessanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione, ai sensi dell'articolo 63, comma 2-bis, anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento del-

le percentuali di cui all'articolo 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.

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.

L'istituto, coma da sentenza della Corte di Cassazione del 06 agosto 2020, n. 16755[22], *rappresenta una particolare procedura transattiva tra fisco e contribuente, collocata nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, che consente il pagamento in misura ridotta o dilazionata del credito tributario privilegiato e di quello chirografario; essa risulta vantaggiosa sia per la società proponente che può chiudere definitivamente i rapporti con l'Erario e con gli Enti previdenziali, sia per il Fisco, il quale può recuperare denaro e al tempo stesso salvaguardando l'attività economica e l'occupazione*.

In effetti, la *ratio* che giustifica il ricorso allo strumento transattivo è strettamente legata all'esigenza di volere privilegiare la composizione concordata della crisi, evitando, il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale.

La transazione fiscale conclusa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue interamente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli Enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie In tal caso, come da sentenza appena citata si definisce, "*laddove il contribuente non dovesse assolvere, integralmente e tempestivamente, ai pagamenti dovuti in adempimento della transazione fiscale, l'eventuale risoluzione dell'accordo concernente i debiti tributari determina la riviviscenza della originaria pretesa fiscale anche con riferimento ai crediti per i quali sia stata dichiarata la cessazione della materia del contendere*".

Le diverse considerazioni relative al trattamento dei crediti tributari e contributivi, inerenti i rapporti con l'amministrazione finanziaria e gli Enti gestori di forme di assistenza e previdenza obbligatorie, riguardanti gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo sono esposte al **punto 5.10.5**.

4.7.2 *L'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*

La Direttiva Unione Europea 1023/2019 rileva che "*l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa serve*

22 Cass. Civile sez. trib. 6 agosto 2020 n. 16755, in Giustizia Civile Massimario 2020.

per garantire che la riduzione dei diritti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che tali soggetti abbiano accesso a un ricorso effettivo".

La suddetta Direttiva aggiunge che *l'autorità giudiziaria o amministrativa dovrebbe potere rifiutare di omologare piani di ristrutturazione che risultino privi di prospettive ragionevoli di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa*.

Il Tribunale, nel caso in cui non sia proposta alcuna opposizione da parte dei creditori e di terzi, procede all'omologazione dell'accordo, previa verifica della regolarità della procedura, riferita alla documentazione richiesta, all'idoneità della relazione attestativa ed al raggiungimento della richiesta percentuale di adesioni, quindi limitando la verifica, come espone una parte della dottrina, agli adempimenti prescritti dalla legge e al pagamento nei termini di legge ai creditori estranei.

In merito alla suddetta idoneità, la Corte di Cassazione, con sentenza del 08 maggio 2019 n. 12064[23] espone *il principio secondo cui nell'accordo di ristrutturazione il giudice, nella sede dell'omologa, non è limitato alla sola verifica di regolarità formale degli adempimenti previsti dalla legge, ma è tenuto a verificare tutti gli aspetti di legalità sostanziale e tra questi anche quelli inerenti la effettiva garanzia di soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo nei tempi previsti per legge. Tale verifica va fatta in termini di plausibilità e ragionevolezza*.

I creditori e ogni altro interessato, quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, possono proporre opposizione, ai sensi dell'articolo 48, comma 4, 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 comparazione delle parti e del commissario giudiziale, se nominato, e dispone che, a cura del debitore, il provvedimento sia comunicato al commissario giudiziale, ai creditori e ai terzi che hanno proposto opposizione. Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, sentito il commissario giudiziale, omologa con sentenza gli accordi.

La sentenza che omologa gli accordi di ristrutturazione è notificata e iscritta nel registro delle imprese e produce i propri effetti dalla data di pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, comma 1, cpc.

Se il Tribunale non omologa gli accordi di ristrutturazione, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara, con sentenza, l'apertura della liquidazione giudiziale, secondo quanto disposto dall'articolo 49, commi 1 e 2.

Le parti possono proporre reclamo, ai sensi dell'articolo 51, con ricorso da depositare nella cancelleria della Corte d'Appello nel termine di trenta gior-

---

23 Cassazione civile sez. I, 08 maggio 2019, n. 12064, in *Giustizia Civile Massimario 2019*.

ni, contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione degli accordi di ristrutturazione. Il reclamo non sospende l'efficacia della sentenza, in merito alla sospensione degli accordi, salvo quanto previsto dall'articolo 52 in presenza di gravi e fondati motivi.

Il ricorso, ai sensi dell'articolo 51, comma 2, deve contenere:

a) l'indicazione della corte di appello competente;
b) le generalità dell'impugnante e del suo procuratore e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede la corte di appello;
c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni;
d) l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti

La Corte, esaurita la trattazione, provvede sul ricorso con sentenza entro il termine di trenta giorni

Il ricorso per Cassazione deve essere proposto entro trenta giorni dalla notificazione; il ricorso, ai sensi dell'articolo 51, comma 14, non sospende l'efficacia della sentenza, salvo quanto previsto dall'articolo 52, in quanto compatibile.

La realtà economica, dipendente anche da eventi esterni all'attività dell'impresa, può richiedere modifiche sostanziali del piano nel corso della procedura od anche in data successiva all'omologazione, per cui è opportuna, ai sensi dell'articolo 58, comma 1, la modifica sostanziale del piano prima dell'omologazione, in presenza del rinnovo dell'attestazione e delle manifestazioni di consenso da parte dei creditori. Ai fini della tutela dei creditori, è richiesta la pubblicazione nel registro delle imprese del piano modificato e della relazione del professionista indipendente, con contestuale avviso a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata ai creditori per i quali è ammessa l'opposizione avanti il Tribunale entro trenta giorni dal ricevimento dell'avviso.

Le modifiche sostanziali del piano possono essere attuate anche dopo l'omologazione al fine di assicurare l'esecuzione degli accordi. In tal caso, è richiesto, ai sensi dell'articolo 58, comma 2, il rinnovo dell'attestazione e la pubblicazione del piano modificato e dell'attestazione nel registro delle imprese, con contestuale avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Ai creditori è data la facoltà di opposizione al Tribunale, entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso, che decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

L'eventuale adesione, ai fini deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento.

Oltre ai crediti così espressamente qualificati per legge, sono prededucibili i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'articolo 6, comma 1,

lettera b), nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati.

L'articolo 59, comma 1, introdotto con l'articolo 20 del D.L. 118/2021, prevede che ai creditori che hanno concluso l'accordo di ristrutturazione si applica l'articolo 1239 C.C., per cui la remissione accordata al debitore principale libera i fideiussori. La remissione accordata ad uno dei fideiussori non libera gli altri che per la parte del fideiussore liberato, se gli altri fideiussori hanno consentito la liberazione, essi rimangono obbligati per l'intero.

I creditori non aderenti conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Gli accordi di ristrutturazione della società, ai sensi del comma 3, hanno efficacia, salvo patto contrario, nei confronti dei soci illimitatamente responsabili che, se hanno prestato garanzia continuano a rispondere per tale diverso titolo, salvo che non sia diversamente previsto.

4.7.3 *Gli effetti civili fiscali e penali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*

Gli effetti civili, penali e fiscali degli accordi di ristrutturazione dei debiti[24] sono significativi e atti a creare le condizioni per mantenere i rapporti commerciali con i terzi.

Agli effetti civili, non sono soggetti all'azione revocatoria, i sensi dell'articolo 166, comma 3 lett. e), gli atti, i pagamenti, le garanzie sui beni del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione omologato e in essi indicati, nonché gli atti, i pagamenti, le garanzie legalmente posti in essere e dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso all'accordo di ristrutturazione. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria. L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto.

Dalla data del deposito della proposta di accordo per la ristrutturazione dei debiti ovvero dalla richiesta di misure cautelari e protettive e sino all'o-

---

24 V. Cassazione civile sez. trib., 06/08/2020, n.16755, in ltributario.it 18 GENNAIO 2021 con nota di L. Gambi: "*L'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti contenente la transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall. non determina alcun effetto di "cristallizzazione" dei rapporti giuridici d'imposta, non producendosi né il consolidamento del debito fiscale, né la cessazione delle liti fiscali pendenti. Una volta che l'accordo di ristrutturazione sia stato omologato ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere con riferimento a tutti i contenziosi fiscali pendenti al momento della presentazione della domanda. L'iscrizione a ruolo del carico tributario rientrante in una proposta di transazione fiscale exart. 182-ter l. fall. e la conseguente notificazione della cartella di pagamento sono possibili solo laddove gli effetti dell'accordo vengano meno in conseguenza dell'inadempimento del contribuente*".

mologazione, ai sensi dell'articolo 64, è prevista la non applicazione degli articoli 2446, commi 2 e 3; 2447; 2482-bis, commi 4, 5 e 6 e 2482-ter C.C., né opera la causa di scioglimento delle società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n.4, e 2545-dodecies C.C. Per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di ristrutturazione del debito, in merito ai poteri degli amministratori, rimane ferma l'applicazione dell'articolo 2486 C.C.

Per quanto riguarda le conseguenze penali dell'accordo di ristrutturazione del debito, i reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, previsti rispettivamente dagli articoli 322 e 323, non si applicano ai pagamenti ed alle operazioni compiute in esecuzione dell'accordo depositato presso il Registro delle imprese.

La riduzione dei debiti dell'impresa, agli effetti fiscali, non è considerata sopravvenienza attiva, ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter DPR 917/1986, per l'importo eccedente le perdite pregresse e di periodo, a condizione che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia omologato.

Per ciò che riguarda le perdite su crediti conseguite dal creditore, per la riscossione parziale del credito, queste ultime sono deducibili, ai sensi dell'articolo 101, comma 5, TUIR, se l'accordo di ristrutturazione dei debiti è omologato, dalla data di omologazione da parte del Tribunale.

Inoltre, non sussiste la responsabilità tributaria solidale del cessionario d'azienda, quando la cessione avviene nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'articolo 14. 5-bis D.Lgs. 427/1997, con decorrenza dal 01/01/2016.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti comporta la variazione dell'imponibile agli effetti dell'IVA, in quanto l'articolo 26, comma 3-bis, lett. a) DPR 633/1972, prevede che dalla data di omologa, il cedente o il prestatore di servizio ha il diritto di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla variazione dell'imponibile. Il cessionario o il committente, ove il cedente o il prestatore si si sia valso della suddetta facoltà, ai sensi dell'articolo 26, comma 5, DPR 633/1972, deve registrare la variazione.

4.7.4 *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono applicabili, in deroga agli articoli 1372 e 1411 C.C., ai sensi dell'articolo 61, anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria. L'applicazione della norma riguarda tutte le categorie dei creditori, dagli operatori economici agli istituti finanziari.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ove è prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa, sono estesi ai creditori non aderenti alle condizioni:

a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di partecipare in buona fede e abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti;
b) l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta;
c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;
d) 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 alle alternative concretamente praticabili;
e) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

La relazione del professionista indipendente dovrebbe attestare che, nell'ottica della migliore soddisfazione dei creditori, tutti i creditori risultano avvantaggiati dall'accordo proposto rispetto ad ogni altra alternativa concretamente applicabile. Il concetto, di origine comunitaria, riferito alla migliore soddisfazione dei creditori rappresenta il ricorrente criterio di valutazione nei quadri di ristrutturazione preventiva delle imprese in stato di crisi o di insolvenza.

È data facoltà ai creditori non aderenti di proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione.

I criteri di formazione delle classi dei creditori sono esposti al **punto 5.6**.

Ai creditori ai quali è stato esteso l'accordo di ristrutturazione dei debiti non possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. La concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati non è considerata nuova prestazione.

Per quanto riguarda i debiti nei confronti delle banche e intermediari finanziari, in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'articolo 61, comma 5, può individuare una o più categorie di creditori che abbiano fra loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei. In tal caso, il debitore con il ricorso può chiedere, anche se non è prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa, che gli effetti dell'accordo siano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.

Anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa sono consentiti, ai sensi degli articoli 63 e 64, rispettivamente la transazione e accordi su crediti contributivi, nonché gli effetti degli accordi sulla disciplina societaria.

4.7.5 *L'attestazione negli accordi di ristrutturazione agevolati*

La percentuale di adesione del 60 % dei crediti è ridotta, ai sensi dell'articolo 60, alla metà quando il debitore:
a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi;
b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee.

Negli accordi di ristrutturazione agevolati sono previsti, ai sensi degli articoli 63 e 64, rispettivamente la transazione e gli accordi sui crediti contributivi, nonché gli effetti degli accordi sulla disciplina societaria.

Non è richiesta alcuna specifica e ulteriore attestazione, in quanto la sussistenza delle suddette condizioni è evidenziata nella relazione del professionista indipendente ed allegata al piano proposto ai creditori.

4.8 L'attestazione nella convenzione di moratoria

Fra gli strumenti stragiudiziali soggetti ad omologazione è prevista la convenzione di moratoria, ai sensi dell'articolo 62, inserito dal D.L. 118/2021. L' accordo è concluso fra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretto a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi avente ad oggetto:
a) la dilazione delle scadenze dei crediti;
b) la rinuncia agli atti;
c) la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli articoli 1372 e 1411 C.C.

La convenzione di moratoria è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria.

La dottrina rileva che la convenzione di moratoria "*si presenta caratterizzata, quale fattispecie diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi. Invero, la convenzione di moratoria consente un intervento soltanto provvisorio, appunto, sulla situazione di crisi in cui versa l'imprenditore. In attesa che questi individui o metta a punto strumenti più pregnanti, che siano indirizzati a risolvere tale crisi in modo possibilmente definitivo*"[25].

---

25 V. S. Delle Monache in "*La convenzione in moratoria nel Codice della crisi d'impresa*"(26) *in Giurisprudenza Commerciale 2020*, fasc. 6.

La Convenzione in moratoria richiede, ai sensi del comma 2, la sussistenza delle condizioni:

a) sia data informazione dell'avvio delle trattative a tutti i creditori appartenenti alla categoria e o siano stati messi nelle condizioni di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti;
b) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;
c) i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, abbiano concrete prospettive che possono risultare soddisfatti all'esito della proposta in misura non inferiore rispetto a quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale;
d) un professionista indipendente attesti la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi e la ricorrenza delle condizioni indicate alla lettera c).

In nessun caso, per effetto della convenzione, ai creditori della medesima categoria non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

La convenzione deve essere comunicata, unitamente alla relazione del professionista indipendente, ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale. Entro trenta giorni dalla comunicazione può essere presentata opposizione avanti il tribunale.

Tribunale che si pronuncia in camera di consiglio con decreto, reclamabile alla Corte d'Appello.

4.9 L'attestazione nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

Il Codice con l'articolo 64-bis ha introdotto uno strumento per il debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza, come espone la relazione illustrativa, in attuazione della direttiva UE, per introdurre un quadro di ristrutturazione che può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali, ma può essere omologato solo se approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto.

Il piano è in deroga agli articoli 2740 e 2741 C.C., relativi rispettivamente alla responsabilità patrimoniale del debitore e al diritto dei creditori di es-

sere soddisfatti in base alle cause legittime di prelazione, quindi consente di distribuire il ricavato del piano senza alcun vincolo, tranne che per i lavoratori che non votano e devono essere soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione.

Il quadro di ristrutturazione prevede l'obbligatoria suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei.

La domanda di accesso è formulata ai sensi dell'articolo 40, relativo al procedimento per l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, con il deposito della documentazione indicata all'articolo 39, commi 1 e 2.

È consentita la domanda con riserva, ai sensi dell'articolo 44, comma 1.

Dalla data di presentazione della domanda e fino all'omologazione, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

L'articolo 64-bis, comma 6, per quanto riguarda il compimento degli atti di straordinaria amministrazione e l'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto al piano di ristrutturazione, dispone l'obbligo dell'informazione preventiva del debitore al commissario e l'eventuale segnalazione, da parte di quest'ultimo al Tribunale, per gli atti che possono arrecare pregiudizio ai creditori.

I crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili. I creditori, ai sensi dell'articolo 46, comma 5, non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione giudiziale. 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.

Un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Il Tribunale, a seguito della presentazione del ricorso, pronuncia, ai sensi dell'articolo 64-bis, comma 4, decreto, con il quale:

a) valutata la 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, lett. c) e d).

Il Tribunale con il suddetto decreto, oltre alla verifica della correttezza dei criteri di formazione delle classi e alla nomina del commissario giudiziale, adotta i provvedimenti di cui all'articolo 47, comma 2, lettere c) e d), pertanto stabilisce:

1) la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori con modalità idonee a salvaguardare il contradditorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;

2) il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del Tribunale la somma richiesta per la procedura.

La proposta è approvata se in ciascuna classe 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 favorevolmente i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe.

Se il creditore dissenziente nell'opposizione eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il Tribunale omologa il piano quando il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore alla liquidazione giudiziale.

Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione presenta analogie con gli altri quadri di ristrutturazione preventiva e, in quanto compatibili, sono applicati gli articoli 48, commi 1, 2 e 3; 84, comma 8; 87, commi1 e 2; 89; 90; 91; 92; 93; 94-bis; 95; 96; 97; 98; 99; 101 e 102, nonché le disposizioni di cui alle sezioni IV e VI, ad eccezione delle disposizioni di cui agli articoli 112 e 114.

Il piano consente, fra l'altro, ai sensi dell'articolo 64-bis, comma 9, la soddisfazione dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca alle condizioni previste dall'articolo 84, comma 5, la moratoria dei crediti privilegiati, la non applicazione delle norme sulle perdite del capitale sociale, le proposte concorrenti, le offerte concorrenti. Sono altresì applicabili, in quanto compatibili, le norme riguardanti la funzione del commissario giudiziale, le disposizioni per i contratti pendenti, la soddisfazione dei crediti prededucibili durante la procedura alle scadenze di legge, i finanziamenti prededucibili anche dei soci.

Ai sensi dell'articolo 64-quater, è consentita la conversione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione in concordato preventivo, sia nel caso di mancata approvazione di tutte le classi che di modifica per autonoma volontà del debitore.

In caso di conversione della proposta i termini per l'approvazione sono ridotti alla metà. La modifica della domanda è pubblicata nel registro delle imprese e dal giorno della pubblicazione si producono gli effetti del concordato preventivo.

È altresì consentito al debitore che ha presentato la domanda di concordato preventivo la modifica in domanda del piano di ristrutturazione e sino a che non sono iniziate le operazioni di voto.

Sono altresì prededucibili i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richiesta dagli organi medesimi.

I crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione sono prededu-

cibili nei limiti del 75% del credito accertato a condizione che il piano sia omologato.

4.10 L'attestazione nel concordato preventivo

L'imprenditore soggetto a liquidazione giudiziale, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre, ai sensi dell'articolo 84, un concordato sulla base di un piano che realizzi 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 assuntori anche i creditori o società da questi partecipate.

La proposta di concordato può prevedere, ai sensi dell'articolo 84, comma 5, che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa della prelazione, al netto del presumibile ammontare delle relative spese di procedura, attestato da un professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario.

La disposizione conferma l'orientamento del legislatore che tende a favorire, in presenza delle condizioni di legge, la responsabile soluzione di tipo privatistico rispetto a quella giudiziale.

In ogni caso, è opportuno premettere che, come principio generale, il trattamento stabilito per i creditori non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, ma con un'eccezione di estrema rilevanza, in merito al trattamento dei crediti tributari o contributivi. Infatti, l'articolo 88, comma 1, ha introdotto, in aderenza al principio comunitario di priorità relativa, una novità significativa per cui, in presenza di determinate condizioni, i crediti fiscali e contributivi possono essere parzialmente soddisfatti, purché il soddisfacimento per questi ultimi non sia inferiore o meno vantaggioso rispetto a quello offerte ai creditori di rango inferiore.

Il debitore, con la proposta di concordato e la documentazione prevista dall'articolo 39, presenta, ai sensi dell'articolo 87, comma 1, 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) le 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 degli 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.

Il debitore deve esporre le motivazioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale.

Il suddetto contenuto del piano, oltre ad essere dettagliatamente definito, risponde all'esigenza di assicurare ai creditori ed ai terzi un'informazione dettagliata sulla situazione dell'impresa e sui programmi che la stessa intende attuare per recuperare l'equilibrio economico-finanziario, anche al fine di

ridurre, se non annullare, l'asimmetria informativa fra il debitore ed i creditori con il concorso dell'attestatore e del commissario giudiziale.

La richiesta attestazione del professionista indipendente non è limitata alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano che deve essere atta, come disposto dall'articolo 87, comma 3, in caso di continuità aziendale, ad impedire o superare l'insolvenza del debitore, garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale[26].

La domanda di accesso al concordato preventivo per le società, approvata dagli amministratori e sottoscritta ai sensi dell'articolo 120-bis, è proposta con ricorso sottoscritto dal debitore in stato di crisi o di insolvenza al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale.

È altresì ammessa la proposta di concordato preventivo con relativo piano concorrente, ai sensi dell'articolo 90, da parte di coloro che rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore, con esclusione, ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, dei crediti delle società controllanti o controllate dalla società debitrice. La proposta dei creditori deve essere presentata non oltre trenta giorni prima della data iniziale stabilita per la votazione dei creditori.

Quanto disposto dal legislatore è in aderenza al principio esposto dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili nella sentenza del 23 gennaio 2013, n.1521, per cui "*è univocamente e incontestabilmente individuabile nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, obiettivo ritenuto meritevole di tutela sotto il duplice aspetto dell'interpretazione della crisi come uno dei possibili e fisiologici esiti della sua attività e della ravvisata opportunità di privilegiare soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali, altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento*".

Pertanto, è opportuno che, ai fini del confronto, il commissario giudiziale e l'attestatore evidenzino gli oneri che possono derivare dalla cessazione dell'attività, la cui entità contribuisce alla comparazione fra quanto conseguibile dall'impresa in continuazione di attività rispetto al provento della liquidazione giudiziale.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza dispone, in aderenza alle esigenze della realtà economica che chiede tempestive decisioni, ai sensi

---

26 In tal senso Cass. civ. sez. I 23 luglio 2021 n. 21190 in Dejure commento R. Tarolli, L. Riondato, in IlFallimentarista 2022: la verifica della fattibilità della proposta da parte del giudice comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità nei limiti della valutazione della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati: sicché la proposta deve ritenersi sempre sindacabile.

dell'articolo 113, comma 1-bis, prevede l'omologazione nel termine di dodici mesi dalla presentazione della domanda di accesso alla procedura.

La proposta non ha un contenuto fisso o predeterminabile, in quanto deve prevedere il superamento della crisi aziendale e la soddisfazione anche parziale dei creditori, ai quali deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Detta utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovamento di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Il debitore nel concordato preventivo realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la liquidazione del patrimonio oppure mediante la continuità aziendale. La distinzione fra il concordato liquidatorio e quello in continuità è di estrema rilevanza, in riferimento alle condizioni di ammissibilità, ai presupposti economico-finanziari previsti per la continuità aziendale, all'esito della votazione dei creditori, alla percentuale minima attribuibile ai creditori chirografari.

Il Documento CNDCEC del 14 giugno 2019 presenta sul piano operativo *una teorica distinzione fra i piani in continuità e di tipo liquidatorio. Nel piano in continuità la diagnosi sulle cause della crisi e sulle prospettive di mercato permette l'elaborazione di un piano tale da dare una credibile prospettiva di risanamento, anche mediante interventi radicali*.

Quando invece le cause della crisi o la situazione comportino l'impossibilità di un credibile ritorno alla redditività, il piano sarà di tipo liquidatorio, sia pure per un periodo di temporanea prosecuzione dell'attività d'impresa, come peraltro consentita dalla legge.

La formazione delle classi, ai sensi dell'articolo 85, comma 2, è richiesta obbligatoriamente per:

a) i creditori titolari di crediti tributari o contributivi per i quali non sia previsto l'integrale pagamento;
b) i creditori titolari di garanzie prestate da terzi;
c) i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro;
d) i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.

La suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria nel concordato in continuità aziendale.

L'inserimento in una classe non è precluso ai creditori oggetto di contestazione, i cui crediti sono computabili agli effetti della votazione solamente se il giudice ne ha disposto la provvisoria ammissione.

Alcuni significativi aspetti di carattere giuridico, collegati alla fattibilità, riguardano anche la relazione dell'attestatore in merito alla previsione di classi o di categorie di creditori, facoltà attribuita al debitore per proporre un diverso livello di soddisfazione ai creditori.

La proposta di pagamento parziale che prevede generalmente una percentuale predefinita per le singole categorie dei creditori, è ammissibile, anche con diverse percentuali di soddisfazione, come da sentenza della Corte di Cassazione del 11/04/2016, n. 7066[27], nel caso in cui *si prospetti la possibilità di diverse percentuali di soddisfacimento dei creditori, ricomprese entro una forbice variabile tra una soglia minima ed una massima, a seconda dell'esito dell'accertamento dei crediti in contestazione vantati da terzi*.

La percentuale proposta ai creditori può essere indicata in un range compreso fra un minimo ed un massimo che però sia ragionevolmente contenuto.

Il debitore può anche presentare la proposta di concordato, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, definita "in bianco" o "con riserva", allegando i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione, previsti dai commi 2 e 3 dell'articolo 39, entro il termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni. Il termina, in presenza di giustificati motivi, è prorogabile di non oltre sessanta giorni.

Il Tribunale, con il suddetto decreto fissa il termine per la presentazione del piano, dispone gli obblighi informativi che il debitore assume, con la vigilanza del commissario giudiziale, con periodicità almeno mensile, relativi alla gestione finanziaria dell'impresa ed all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano. Il debitore deve mensilmente redigere una situazione finanziaria che è pubblicata nel registro delle imprese. Il Tribunale, su segnalazione di un creditore, del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore e i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, ai sensi dell'articolo 44, comma 3, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta la condotta del debitore, tale da pregiudicare una soluzione efficace della crisi o quando vi sia stata una grave violazione dei richiesti obblighi informativi.

Il procedimento innescato dalla domanda con riserva, come da sentenza della Corte di Cassazione n. 13628/2020[(30)] *non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, semplicemente articolato in due fasi per così dire "interne"*.

---

27 Cassazione civile sez. I, 11 aprile 2016, n. 7066, in Guida al diritto 2016, 21, 38 nota di: GRAZIANO: *"È ammissibile la domanda di concordato che, ferme restando la proposta e le modalità di attuazione della stessa previste nel piano, prospetti la possibilità di diverse percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari, ricomprese in un certo range, a seconda dell'esito dell'accertamento dei crediti in contestazione vantati da terzi"*.

A seguito del deposito del piano, Il Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, verificata l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, con decreto non soggetto a reclamo, ai sensi dell'articolo 47, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo.

Con il decreto, il Tribunale nomina il giudice alla procedura, nomina ovvero conferma il commissario giudiziale, stabilisce, in relazione al numero dei creditori, all'entità del passivo e alla tempestività e all'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 in cancelleria le spese ritenute necessarie per la procedura.

Il Tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni per l'ammissione alla procedura, ai sensi dell'articolo 47, comma 4, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto la domanda di liquidazione giudiziale e il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta. Il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti e dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale quando è presentato ricorso da parte di uno dei soggetti legittimati.

Come rileva la relazione illustrativa, il concordato è caratterizzato da uno spossessamento attenuato, elemento che impone una costante vigilanza sulla gestione dell'impresa.

Il debitore, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di apertura della procedura di concordato preventivo, può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, seppure con le modalità esposte al punto 5.10.1.5, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione è richiesta l'autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale.

In merito alla prosecuzione dell'attività d'impresa nel corso della procedura, Il Tribunale con decreto può stabilire un limite di valore per il compimento di atti gestionali al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione.

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriori non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Il persistente esercizio dell'impresa nel corso della procedura, dal decreto di ammissione fino all'omologazione del Tribunale, espone i creditori ad un ulteriore rischio, per cui appare opportuna in caso di concordato in continuità, la disposizione che impone l'esposizione del piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Sono definiti prededucibili, i crediti sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'eserci-

zio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connessi alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

La proposta, se approvata dai creditori vincola anche i creditori dissenzienti.

L'aleatorietà in merito alla fattibilità economica del piano non è eliminabile; in ogni caso, deve essere esclusa l'assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati. La ritenuta fattibilità del piano può subire variazioni, dovute sia alla gestione nel corso della procedura che ad eventi di carattere esterno, per cui deve essere continuamente monitorata dal decreto di ammissione fino all'omologa della procedura.

La Corte di Cassazione con sentenza del 06 novembre 2013, n.24970[28] riconosce che *"la fattibilità economica è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato"*.

Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo e sino all'omologazione, ai sensi dell'articolo 89, non si applicano gli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6 e 2482-ter C.C. Né per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n.4 e 2545-duodecies C.C. Per il periodo anteriore al deposito della domanda si applica l'articolo 2486 C.C. in merito di poteri degli amministratori.

Le misure protettive conservano efficacia anche se il debitore prima della scadenza fissata dal giudice per il deposito dei documenti deposita domanda

---

28 Cassazione civile sez. I, 06 novembre 2013, n. 24970, in Giustizia Civile Massimario 2013: *"In tema di concordato preventivo, il sindacato del giudice sulla fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, quale presupposto di ammissibilità, consiste nella verifica diretta del presupposto stesso, sia sotto il profilo della fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, sia sotto il profilo della fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo, dovendosi in tal caso, verificare unicamente la sussistenza o meno di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato. (Nella specie, concernente un'ipotesi di omologazione di concordato preventivo con continuità aziendale, le osservazioni contenute nel parere del commissario giudiziale ex art. 180, secondo comma, legge fall. - inerenti alla mancanza di apporto di nuova finanza da parte delle banche in epoca successiva all'omologa, nel "deficit" patrimoniale registrato dal debitore con conseguente totale perdita del capitale, nella mancanza di garanzie di vendita degli immobili e nella mancanza di copertura del fabbisogno concordatario con le risorse previste dal piano e, dunque, sostanziandosi in rilievi valutativi e prognostici - sono state ritenute inidonee a palesare la manifesta irrealizzabilità del piano e a giustificare l'intervento officioso del tribunale)"*.

di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti in luogo della proposta di concordato preventivo.

In merito alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo, si espone che *"la diffusione quantitativa delle procedure di concordato, unitamente al venire meno del requisito della meritevolezza richiesto anche per le società di capitali nel previgente regime normativo, porta all'attenzione-più che in passato-il tema della praticabilità delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali"*[29]. Un tema che l'autore affronta pervenendo alla tesi dell'ammissibilità delle azioni di responsabilità sia dell'azione sociale che da parte dei creditori sociali.

Un orientamento opposto, esclude l'azione di responsabilità in capo agli organi della procedura di concordato[30].

Nel commento alla suddetta sentenza, Federica Sala rileva che tuttora manca una disposizione normativa che regoli la sorte delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali di società ammesse al concordato preventivo. Il senso e le conseguenze di questo silenzio hanno suscitato non pochi dubbi negli interpreti, sia in merito alle modalità di esercizio dell'azione sociale, sia in merito all'effettivo esercizio dell'azione da parte dei creditori.

Si rileva, inoltre, che *"nel concordato, diversamente dal fallimento non sono previste, né sembrano configurabili in forza di un principio o di una regola generale ricavabili dal sistema, azioni di pertinenza della massa, finalizzate cioè alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica"*[31].

Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale, ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione e, in caso di inadempimento, ciascun creditore e lo stesso commissario giudiziale possono chiedere la risoluzione o l'annullamento del concordato.

La risoluzione per inadempimento, prevista all'articolo 119, come da sentenza della Corte di Cassazione del 13 luglio 2018, n.18738[32], è disposta "qualora emerga che il concordato sia venuto a meno alla sua funzione di soddisfare i creditori nella misura promessa, a meno che l'inadempimento non abbia scarsa rilevanza, a prescindere da eventuali profili di colpa imputabile al debitore".

---

29 V. M. Fabiani,"*Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori di società nel concordato preventivo*", in Le Società 2015, fasc.5; G. Gerbini "Il concordato preventivo per scampare alle azioni risarcitorie per mala gestio, tra abuso del diritto e atti in frode", in IlFallimentarista, 2022.

30 V. "*Un auspicato approdo sull'azione di responsabilità dei creditori sociali nel concordato preventivo*", in Le Società 2016, fasc. 6, con il commento di Federica Sala alla sentenza del Tribunale di Piacenza 12/02/2015, n. 113.

31 V. A. Zanardo in "*Legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità nel concordato preventivo: il ruolo del commissario giudiziale*", in Le Società 2019, fasc. 12.

32 Cassazione civile sez. I, 13 luglio 2018, n.18738, in Giustizia Civile Massimario 2018.

La Corte di Cassazione con sentenza del 14 settembre 2016 n. 18090[33] considera l'annullamento del concordato, previsto all'articolo 120, quale *rimedio concesso ai creditori nei casi in cui la rappresentazione dell'effettiva situazione patrimoniale del debitore proponente, in base alla quale il concordato è stato approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale, sia risultata falsata, per effetto della dolosa esagerazione del passivo o di altri atti di frode, idonei ad indurre in errore i creditori sulla fattibilità e sulla convenienza del concordato proposto*.

Sono considerati prededucibili, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lett. c), i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nel limite del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47.

I crediti prededucibili, ai sensi dell'articolo 98, sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto.

4.10.1. *L'attestazione nel concordato in continuità*

Il piano del concordato in continuità aziendale, previsto all'articolo 84, comma 2, prevede la prosecuzione dell'attività di impresa mediante la gestione diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di un soggetto terzo. Quest'ultimo può assumere la gestione con diverse modalità, quali la cessione, l'usufrutto dell'azienda in esercizio, il 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.

Il concordato in continuità è riservato alle imprese che presentano prospettive di risanamento da realizzare nel processo di ristrutturazione proposto, previa rimozione delle cause della crisi che si sono manifestate nella pregressa gestione. La continuità aziendale, ai sensi dell'articolo 84, comma 2, tutela, in via prioritaria, l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro.

Il piano deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta e, oltre il piano industriale, anche gli effetti sul piano finanziario. Pertanto, il riferimento a grandezze economiche e finanziarie proiettate nel futuro implica che solamente nel tempo successivo alla proposta sarà oggettivamente riscontrabile la correttezza della stessa, permanendo, in ogni caso, ai creditori il rischio di riscossio-

33 Cassazione civile sez. trib., 14 settembre 2016, n. 18072, in *Giustizia Civile Massimario 2016*.

ne, in quanto non esiste la certezza che la previsione si realizzi o che sia smentita dai fatti.

Il piano di ristrutturazione può prevedere diverse modalità, collegate alle strategie che il debitore intende attuare, anche in una visione allargata, come previsto dall'articolo 84, comma 2, che, oltre a prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato domanda di concordato, prevede anche la gestione dell'azienda o la ripresa di attività da parte di un soggetto diverso dal debitore.

La procedura richiede il confronto fra il valore che l'impresa ha in continuazione di attività, diretta o indiretta, con quello conseguibile con la cessione dei singoli componenti patrimoniali, per cui la prosecuzione dell'attività deve conseguire il maggiore soddisfacimento dei creditori. La fattibilità di un piano in continuità aziendale deve esporre una stretta correlazione fra la prosecuzione dell'attività d'impresa e il migliore soddisfacimento dei creditori, in quanto non è ritenuta sufficiente la permanenza in attività dell'azienda.

L'attestazione del professionista indipendente presuppone il confronto fra la previsione di soddisfacimento dei creditori a seguito della liquidazione e la prospettiva di migliore soddisfazione dei creditori conseguita dalla continuazione dell'attività. Il migliore soddisfacimento dei creditori dovuto dalla continuazione dell'attività è in genere dimostrato dall'incremento del patrimonio, risultante dal valore prodotto dalla gestione dell'impresa.

Si ritiene che *"l'attestazione anche un giudizio comparativo (miglior soddisfacimento). Il cui primo termine è rappresentato dalla soluzione "in continuità" oggetto della domanda di concordato, la cui coerenza, logicità e completezza devono essere verificati dal Tribunale. Pertanto, l'attestatore dovrebbe procedere ad un giudizio comparativo, ai fini del migliore soddisfacimento dei creditori, fra il concordato in continuità aziendale e quello liquidatorio"*[34].

In ragione della documentazione richiesta al debitore per la presentazione di un piano in continuità, appare evidente che il legislatore ha posto l'attenzione, in primo luogo, all'impresa con l'obiettivo della continuità aziendale, presupposto necessario anche per assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Si tenga altresì presente che la continuità aziendale finalizzata al semplice riequilibrio della situazione economico-finanziaria, necessario per consentire la prosecuzione dell'attività, non è sufficiente, ma deve essere tale da fare conseguire il migliore soddisfacimento dei creditori.

Come espone la Direttiva dell'Unione Europea 20 giugno 2019, n. 1023[(15)] l'autorità giudiziaria o amministrativa dovrebbe poter rifiutare di omologa-

---

34 V. C. Cincotti e F. Nieddu Arrica, in *"La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo"*, in Giurisprudenza Commerciale 6/2013.

re piani di ristrutturazione che risultino privi di prospettive ragionevoli di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa.

La migliore soddisfazione dei creditori dovrebbe essere intesa in modo tale che nessun creditore dissenziente esca dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale.

Ai fini dell'apertura del concordato preventivo in continuità, il Tribunale, ai sensi dell'articolo 47, comma 1, lett. b), acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, verifica la ritualità della proposta e l'idoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Il legislatore intende favorire la continuità aziendale e, a tal fine, ha disposto misure innovative, anche in contrasto con le pregresse disposizioni, fra di esse è di particolare rilevanza l'articolo 84, comma 3, per cui i creditori nel concordato in continuità possono essere soddisfatti anche in misura non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata e valutabile economicamente, che può anche consistere nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Il valore di liquidazione, nel concordato in continuità è distribuito, ai sensi dell'articolo 84, comma 6, nel rispetto delle cause legittime di prelazione, mentre per il valore eccedente quello di liquidazione, quindi il surplus generato dalla gestione dell'impresa, 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. In tal modo è recepito il principio della priorità relativa per i flussi positivi derivanti dalla gestione dell'impresa nel corso della procedura.

I crediti di lavoro dipendente, di cui all'articolo 2751-bis, sono soddisfatti nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sia sul valore di liquidazione che sul valore eccedente il valore di liquidazione.

Se il piano prevede la liquidazione dell'azienda con un offerente da individuare, il Tribunale, ai sensi dell'articolo 84, comma 8, nomina un liquidatore che compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza, con applicazione degli articoli da 2919 a 2929 C.C.

Nel caso in cui il piano preveda l'offerta da parte di un soggetto già individuato con oggetto il trasferimento a suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il commissario giudiziale, ai sensi dell'articolo 84, comma 9, verifica l'assenza di soluzioni alternative migliori sul mercato, assicurandone il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

La prosecuzione dell'attività può comportare anche il rischio della riduzione di quanto attribuibile ai creditori, per cui il piano, ai sensi dell'articolo 87, comma 1, fra l'altro, deve contenere:

a) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, nonché il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
b) in caso di 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 anche conto dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente;
c) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento degli obiettivi pianificati;
d) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione e sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

I richiesti contenuti del piano, anche con l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario contribuiscono a rendere verificabile la ragionevolezza del piano e la successiva attestazione del professionista indipendente.

La gestione dell'impresa, nel corso della procedura deve essere costantemente monitorata non solo dagli organi giudiziali, ma anche con il concorso del collegio sindacale che mantiene la funzione di vigilanza.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 del CNDCEC rilevano che l'attestatore individui gli indicatori *chiave* (riconosciuti dal Principio di revisione ISA Italia 701 come aspetti maggiormente significativi), al fine di intercettare gli scostamenti rispetto al piano che, se violati, impediscono il risanamento dell'esposizione debitoria e pregiudicano il raggiungimento dell'equilibrio finanziario. In relazione agli eventuali scostamenti si potranno prevedere le azioni alternative, oppure una nuova strategia o il ricorso ad altro strumento di composizione della crisi o dell'insolvenza.

Al concordato in continuità è riconosciuta anche una misura premiale, per cui, ai sensi dell'articolo 86, il piano può prevedere una moratoria dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. La moratoria è limitata, per i crediti riguardanti le retribuzioni e le indennità dovute ai prestatori di lavoro subordinato, a sei mesi dall'omologazione.

L'attestazione deve fare riferimento ai contenuti del piano, con le integrazioni previste in caso di concordato in continuità aziendale. In particolare, il professionista indipendente, ai fini operativi, dovrà quantificare il fabbi-

sogno finanziario dell'impresa e, di conseguenza, i necessari finanziamenti prededucibili da richiedere prima dell'omologazione, valutando la ragionevole capacità di rimborso e l'entità dei pagamenti di crediti pregressi, operazioni che richiedono la preventiva autorizzazione da parte del Tribunale o del giudice delegato.

Il funzionamento all'impresa in crisi è facilitato e protetto dalla prededucibilità dei crediti che sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto, a condizione che siano attuati in base a corretti principi amministrativi dell'impresa in crisi.

Si considera la continuità aziendale come *eletta a finalità principale, se non di fatto esclusiva, del concordato preventivo, in conseguenza della scelta di condizionare l'ammissibilità del concordato con finalità diverse (liquidazione), non solo al rispetto di una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari (20%), ma anche alla promessa di un soddisfacimento incrementale, derivante da risorse esterne*"[35].

I presupposti oggettivi per la definizione del concordato in continuità prevedono anche la presenza di una componente liquidatoria (il così detto concordato misto), allorché i creditori sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

Il risanamento dell'impresa può richiedere una politica più incisiva sulle attività che rappresentano il core business e, nel contempo può essere ritenuta opportuna la cessione di beni ritenuti non strategici, anche per acquisire liquidità, con operazioni di carattere straordinario che richiedono l'autorizzazione giudiziale.

In merito agli eventuali tentativi del debitore di eludere l'obbligo di pagamento del 20% ai creditori chirografari, si rileva che "*compete ai sindaci la verifica che la società al fine di eludere l'obbligo di corrispondere almeno il venti per cento dei creditori chirografari attraverso la presentazione di un piano soltanto all'apparenza in continuità; in tale circostanza, il collegio sindacale dovrebbe segnalare agli amministratori che il piano, di là della sua formale intestazione, reca elementi che ostano alla classificazione in termini di continuità aziendale*"[36].

Il commissario giudiziale espone le esperibili azioni revocatorie e risarcitorie, con l'indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle relative prospettive di recupero.

L'apertura della procedura di liquidazione giudiziale può anche comportare una perdita all'impresa e quindi ai creditori, pertanto è opportuno che a

---

35 V. V. Pinto in "*La fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della crisi*", in Giurisprudenza Commerciale 2020, fasc. 2.

36 V. R. Russo in "*Momenti di dialogo tra collegio sindacale e commissario giudiziale in concordato preventivo*", in Giurisprudenza Commerciale 2021, fasc. 1.

questi ultimi sia data informazione non solo delle azioni recuperatorie e risarcitorie esperibili, ma anche della perdita conseguente all'apertura della liquidazione giudiziale.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, nell'obiettivo prioritario di tutela dell'interesse dei creditori, richiede costantemente il confronto fra quanto attribuibile ai creditori con la proposta e quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale. Pertanto appare doveroso che il commissario giudiziale comunichi ai creditori la distruzione di valore conseguente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, come ad esempio avviene per il mancato riconoscimento dell'indennizzo per gli investimenti realizzati da un concessionario di pubblico servizio non riconosciuti, in quanto condizione esistente nel preesistente contratto di servizio stipulato dal concessionario e dall'ente concedente, in caso di liquidazione giudiziale.

Appare opportuno, in presenza di bilanci pregressi non veritieri, al fine di superare le criticità del passato e dimostrare una qualità prognostica più affidabile rispetto a quella dei precedenti amministratori, procedere al rinnovo dell'organo amministrativo poiché, di fatto, continua a sussistere il requisito della *meritevolezza* che, in simili situazioni, è sinonimo di credibilità.

4.10.1.1 *Le cause legittime di prelazione la finanza esterna la finanza interna la priorità relativa*

L'articolo 84, commi 6 e 7, presenta, in conformità a quanto disposto dalla Direttiva UE 1023/2019, un contenuto innovativo in merito alla graduazione delle cause legittime di prelazione, per cui è opportuno, per meglio considerare quanto disposto dalla riforma, il richiamo alle pregresse disposizioni di legge.

L'articolo 160, comma 2, dell'abrogata legge fallimentare, prevede che il trattamento previsto per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n.10884/2020 espone che la disposizione impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore e non è ammessa la falcidia del credito di rango poziore e il pagamento parziale del credito di rango più basso, a condizione che al primo sia assicurato un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato al secondo.

Un'interpretazione opposta è data dall'ordinanza della Corte di Cassazione n. 17155 del 26 maggio 2022[37], per la quale l'articolo 182-ter consente di de-

37 Cassazione civile sez. I, 26 maggio 2022, in DeJure.

rogare al principio generale di cui alla L.F., articolo 160, permettendo di falcidiare il credito erariale al di sotto della somma ottenibile in sede di liquidazione fallimentare, in quanto l'articolo 182-ter, comma 1, *elimina la condizione preclusiva dell'integrale soddisfazione dei crediti di rango superiore ai fini del soddisfacimento di quelli di rango inferiore*.

La destinazione dell'incremento patrimoniale derivante dalla continuità aziendale è stato oggetto di dibattito dottrinario e di difforme giurisprudenza, in quanto la diversa valutazione dei proventi positivi della gestione comporta significativi effetti degli stessi in dipendenza dell'utilizzazione della così detta *finanza esterna o esogena*, in alternativa alla *finanza interna o endogena* in merito alle regole del concorso ed all'utilizzo delle stesse da parte del debitore nella proposta di concordato.

In merito agli aspetti economici del concordato preventivo, i Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 del CNDCEC anticipano, come principio, la disposizione del Codice, rilevando che *un intervento solo finanziario, tramite ricorso a nuova finanza, senza modifiche dell'assetto produttivo, organizzativo, commerciale e competitivo generalmente non integra gli estremi di una strategia di risanamento. È utile che l'attestatore focalizzi la propria analisi sui fattori che si prevede determinino miglioramenti delle marginalità positive*.

Per quanto riguarda la finanza esterna, *"le risorse finanziarie rientranti nella nozione di "finanza esterna" (patrimonio esogeno) sono sottratti alle regole del concorso e possono essere quindi liberamente (o comunque più liberamente) utilizzate dal debitore"*[38].

L'Agenzia delle Entrate nella Circolare n.16 del 23/07/2018 espone una tesi opposta, in quanto *ai fini del confronto, l'attestatore dovrà tenere conto anche del maggior apporto patrimoniale, rappresentato dai flussi o dagli investimenti generati dall'eventuale continuità aziendale oppure ottenuto all'esito dell'attività liquidatoria gestita in sede concordataria, che non costituisce una risorsa economica nuova, ma deve essere considerato finanza endogena, in quanto, ai sensi dell'articolo 2740 C.C., l'imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri*.

L'ordinamento pregresso della legge fallimentare prevedeva, nei termini utilizzati dalla *Direttiva UE 1023/2019, la regola della priorità assoluta. La richiamata Direttiva rileva che gli Stati membri dovrebbero potere derogare alla regola della priorità assoluta, se ad esempio si consideri giusto che i detentori di strumenti di capitale mantengano determinati interessi ai sensi del piano, nonostante che una classe di rango superiore sia obbligata ad accettare una falcidia dei suoi crediti, o che i fornitori essenziali cui si applica la disposizione sul-*

---

38 Giulio Andreani e Angelo Tubelli in *"Utilizzo dei flussi gestionali nella transazione fiscale"*(55) in Il Fisco 39/2019.

la sospensione delle azioni esecutive individuali siano pagati prima di classi di creditori di rango superiore.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, all'articolo 84, comma 6, nel concordato in continuità aziendale, supera gli opposti orientamenti dottrinari e giurisdizionali e distingue:

a) Il valore di liquidazione deve essere distribuito nel rispetto delle cause legittime di prelazione;
b) Il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo 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.

Pertanto, il valore di liquidazione deve essere distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione (priorità assoluta), mente il valore derivante dalla prosecuzione dell'attività è distribuibile secondo i criteri esposti alla suddetta lettera b) (priorità relativa).

La suddetta disposizione recepisce, in conformità alla dottrina orientata a criteri aziendali e economici, il principio della priorità relativa sulla parte di valore del patrimonio generato dalla continuità aziendale.

È altresì indicativo che ai fini della corretta applicazione della normativa, l'articolo 87, comma 1, lettera a), preveda l'indicazione delle attività e passività al momento della presentazione del piano

Al contrario, le retribuzioni e le indennità dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato sono soddisfatte, ai sensi dell'articolo 84, comma 7, nel rispetto delle cause legittime di prelazione sia sul valore di liquidazione che sul valore eccedente il valore di liquidazione.

4.10.1.2 *Le proposte concorrenti*

La possibilità di presentare proposte concorrenti rispetto a quella proposta dal debitore è prevista dall'articolo 90.

Il legislatore, con la previsione della proposta di concordato concorrente, intende perseguire un obiettivo competitivo rispetto a quanto proposto dal debitore, con la possibilità offerta ai creditori di valutare una seconda opportunità, in modo di impedire che il debitore possa presentare proposte che non rispecchiano il valore economico dell'impresa in crisi. La proposta concorrente può essere presentata non oltre trenta giorni prima della data dell'adunanza dei creditori.

La proposta concorrente di concordato preventivo può essere presentata da coloro che rappresentano, anche per effetto di acquisti successivi alla domanda di concordato, almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore. Nel computo non sono con-

siderati, ai sensi del comma 2, i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo.

Il commissario giudiziale riferisce in merito alla proposta con una relazione integrativa, comprendente la comparazione fra tutte le proposte presentate, da depositare in cancelleria e comunicare ai creditori, almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori. La relazione integrativa del commissario deve esporre la comparazione fra tutte le proposte depositate.

La proposta concorrente richiede la relazione del professionista indipendente, limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti non ancora verificati dal commissario giudiziale.

La proposta può prevedere anche l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società di capitali, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione.

La proposta concorrente non può essere presentata dal debitore, neppure per interposta persona, dal coniuge, da 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.

La proposta, nel caso in cui si prevedano classi di creditori, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere posta al giudizio del Tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

La formazione di un'autonoma classe consente la partecipazione al voto dei proponenti, per cui, come esposto nella sentenza della Corte di Cassazione n. 17186/2018[39] si ammette *la loro partecipazione al voto, ma solo a condizione che sia neutralizzato il conflitto d'interesse, in cui versano, mediante la tecnica del classamento*.

I creditori che presentano una proposta di concordato concorrente, modificabile dalle parti fino a venti giorni prima della votazione, hanno diritto di voto solo se sono collocati in un'apposita classe.

Le proposte di concordato concorrente non sono ammissibili, ai sensi dell'articolo 90, comma 5, se il professionista indipendente nella relazione attesta che la proposta del debitore *assicura* il pagamento di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, ridotto al venti per cento nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'articolo 13.

La suddetta disposizione comporta un ulteriore rischio per il professionista indipendente, in quanto l'attestazione non è limitata alla valutazione della fattibilità economica, ma addirittura ad assicurare il pagamento della percentuale minima proposta ai creditori chirografari.

---

39 Corte di Cassazione n. 17186/2018 in Plus24Fisco.

Il Tribunale di Firenze, con sentenza dell'08/01/2016, in merito alla suddetta attestazione, ha mitigato il rischio attribuendo al verbo "assicurare" una prospettiva intermedia fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione.

4.10.1.3 *Le offerte concorrenti*

Il Tribunale o il giudice delegato quando il piano di concordato comprende un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso, in suo favore, dell'azienda o di uno o più rami, dispone, in attuazione dell'articolo 91, che all'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. La stessa disciplina si applica in caso di affitto d'azienda.

L'apertura della procedura competitiva avviene se pervengono manifestazioni di interesse e il Tribunale o il giudice da esso delegato, dispone con decreto l'apertura della procedura competitiva.

Nel caso in cui, indetta la gara, non vengano presentate offerte, l'originario offerente rimane vincolato in aderenza al piano proposto.

Il decreto del Tribunale che dispone l'apertura del procedimento competitivo definisce le regole di partecipazione e i tempi della procedura, con modalità assimilabili a quelle attuate nelle vendite competitive da parte degli enti pubblici. Pertanto sono definite le forme di pubblicità, i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per la partecipazione alla gara, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti di carattere tecnico-economico dell'impresa, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e la data dell'udienza per l'esame delle offerte.

È di tutta evidenza l'esistenza di un'asimmetria informativa fra il debitore, i creditori ed i terzi interessati, per cui diviene di particolare rilevanza il compito del commissario giudiziale per consentire l'accesso alle informazioni di carattere tecnico-economico dell'impresa.

La gara deve concludersi almeno venti 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. Il debitore modifica la proposta e il piano in conformità all'esito della gara.

La competizione fra i concorrenti richiede un uguale livello di conoscenze fra di essi sull'azienda oggetto della gara e il commissario giudiziale che entra in contatto con i potenziali offerenti contribuisce, nella fase che precede la gara, ad assicurare parità di informazioni fra di essi.

Le offerte, da presentarsi in forma segreta, devono essere conformi a quanto previsto dal decreto e non possono prevedere condizioni. Se sono presentate più offerte migliorative è disposta una gara fra gli offerenti.

Qualora l'offerta concorrente preveda diverse classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta al giudizio del Tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

Il debitore modifica la proposta ed il piano in conformità all'esito della gara.

Il commissario, In caso di aggiudicazione ad un soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta originaria, dispone il rimborso delle spese sostenute per la formulazione della proposta, nel limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato.

4.10.1.4 *Le attestazioni nel concordato di gruppi di imprese*

Il Codice al Titolo VI, capo 1, detta le disposizioni relative alla regolazione della crisi o dell'insolvenza di gruppo.

L'articolo 2 lett. h) definisce gruppo di imprese *"l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che ai sensi degli artt. 2497 e 2545-septies C.C., 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"*.

L'articolo 284, comma 1, prevede che *"più imprese in stato di crisi o di insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro di interessi principali nello Stato italiano possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti. Parimenti può essere proposta con un unico ricorso, da più imprese appartenenti allo stesso gruppo, la domanda di accesso alla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti"*.

La domanda di accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, ai sensi dell'articolo 289, presentata da un'impresa aderente ad un gruppo deve contenere informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le società e indicare il registro delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis C.C.

Si rileva in dottrina che nella definizione del perimetro di gruppo, una prima sorpresa, in quanto emerge *"l'insieme delle imprese sottoposte alla direzione e coordinamento di un medesimo soggetto. Non anche, dunque, il soggetto dirigente e coordinatore"*[40].

---

40 V. C. D'Alessandro in *"Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza; prime valutazioni"*, in Giurisprudenza Commerciale 2019, fasc. 6.

La domanda proposta, ai sensi dell'articolo 284, comma 4, deve illustrare le ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati o interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa. Il piano o i piani quantificano il beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Il documento deve inoltre fornire informazioni analitiche, complete ed aggiornate sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese e indicare il Registro delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis C.C.

La sussistenza del gruppo di imprese deve essere documentata, a prescindere dalla pubblicità formale, in quanto non è sufficiente un'operatività limitata a ripetuti rapporti commerciali, in assenza di univocità di obiettivi e di direttive impartite dagli amministratori della società controllante agli amministratori delle società sottoposte.

Si deve richiamare anche dottrina che sostiene come "*la direzione e coordinamento consiste nell'imposizione agli organi direttivi della società controllata, di decisioni provenienti dalla società dominante*"[41]. Pertanto, si esclude la pretesa sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2497 C.C., qualora i rapporti fra le società siano limitati a scambi di e-mail, indicazioni o consigli, comunque formulati, fra i dipendenti delle società, senza alcun coinvolgimento degli organi direttivi delle società interessate.

Inoltre, la Corte di Cassazione con sentenza del 31 luglio 2017, n.19014[42], rileva che l'istituto del concordato di gruppo non può ammettersi nel caso di crisi gestita da ente delle singole società mediante forme di aggregazione diverse dal gruppo societario propriamente inteso, limitate a meri conferimenti di beni e all'accollo di debiti fra le dette società.

I presupposti giuridici richiesti per l'esistenza del gruppo sono esposti da dottrina, ove intende" per attività di direzione e coordinamento, l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali". L'autore ritiene presente la direzione unitaria nel caso in cui esiste "accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo o di elaborazione da parte della medesima di programmi finanziari e pro-

---

41 V. H. Simonetti in "*Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*", in Le Società 2012, fasc. 3, si riporta il contributo dottrinario di P.G. Jaeger.

42 V. commento di Giuseppe Fauceglia, "*I confini del concordato preventivo di gruppo*", in Le Società 12/2017.

duttivi di gruppo, cosicché l'esercizio della direzione unitaria significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo, mediante un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate[43].

La dottrina ritiene che l'interesse di gruppo debba essere comune a tutte le società del gruppo in un quadro di sostanziale univocità degli obiettivi, per cui, come da Circolare Assonime n. 44/06, l'attività di direzione e coordinamento viene istituzionalizzata nell'intento di raggiungere un fine unitario, altrimenti irrealizzabile da parte delle singole imprese.

Il piano unitario o i piani reciprocamente collegati, rivolti ai rispettivi creditori, devono avere il contenuto degli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento esposti all'articolo 56, comma 2, quindi idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa ed assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna.

Un professionista indipendente, ai sensi dell'articolo 284, comma 5, attesta:

a) la veridicità dei dati aziendali;
b) la fattibilità del piano o dei piani;
c) le ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati o interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa;
d) la quantificazione del beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo.

L'attestazione contiene anche informazioni analitiche, complete ed aggiornate sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese.

La spinta (al coordinamento e possibilmente) all'unificazione, che proviene dall'unità del gruppo, spiega i propri effetti solamente sul piano procedimentale (cd. procedural consolidation). Dal punto di vista sostanziale, la pluralità di soggetti, e corrispondentemente quella dei diversi e distinti patrimoni, rimane un dato assolutamente immutato e intatto (non ha luogo alcuna substantive consolidation)[44].

Il Tribunale, se accoglie il ricorso, ai sensi dell'articolo 286, comma 2, nomina un unico giudice delegato ed un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e dispone un unico fondo per le spese di giustizia.

I piani concordatari di gruppo, ai sensi dell'articolo 285, comma 1, possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'atti-

---

43 V. P. Montalenti in "*L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*", in Giurisprudenza Commerciale 2016, fasc. 2.

44 V. C. D'Alessandro, "*Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*", in Giurisprudenza Commerciale 6/46.

vità di altre imprese del gruppo. Si applica la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

Il piano o i piani concordatari di gruppo, ai sensi dell'articolo 285, comma 1, possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese, con applicazione della disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dal continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

La proposta di concordato, ai sensi dell'articolo 285, comma 2, può prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, a condizione che un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le aziende e coerenti con l'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese.

Merita segnalazione anzitutto un gruppo di regole connotate dalla comune finalità di assicurare una gestione della crisi coordinata e unificata, nonostante la pluralità di soggetti coinvolti.

Emerge *la finalità di rafforzare le difese dei creditori, in primo luogo con le misure intese a inasprire il regime dell'azione revocatoria infragruppo, essenzialmente attraverso la maggiore estensione temporale del periodo sospetto*.

L'articolo 290, comma 1, in caso di apertura di una procedura di liquidazione unitaria, prevede che il curatore può promuovere azioni, nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo, dirette a conseguire le dichiarazioni di inefficacia di atti e di contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori

Il voto dei creditori di ciascuna delle imprese, ai sensi dell'articolo 286, comma 5, che hanno proposto la domanda di accesso al concordato di gruppo, suddivisi per classi se previsto dalla legge o dal piano, avviene in maniera contestuale e separata sulla proposta presentata dall'impresa loro debitrice. Il concordato è approvato quando le proposte delle singole imprese del gruppo sono approvate dalla maggioranza prevista dall'articolo 109.

Il Tribunale, con il decreto di omologazione, ai sensi del comma 7, nomina un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo e, quando il

concordato prevede la cessione dei beni, un unico liquidatore giudiziale per tutte le imprese.

L'articolo 2497, comma 4, prevede che in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di quest'ultima è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.

La suddetta disposizione normativa è ripetuta all'articolo 255 che prevede, fra le azioni di responsabilità promuovibili dal curatore, l'azione prevista dall'articolo 2497, comma 4, C.C.

Per quanto riguarda la responsabilità degli organi sociali, l'articolo 285, comma 5, prevede che i soci possono far valere il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale per le operazioni infra gruppo, esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Il Tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza del predetto pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese dal piano di gruppo.

L'articolo 286, comma 8, prevede che "il concordato di gruppo omologato non può essere risolto o annullato quando i presupposti per la risoluzione o l'annullamento si verificano soltanto rispetto ad una o ad alcune imprese del gruppo, a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano anche da parte delle altre imprese".

L'elenco delle questioni interpretative potrebbe ragionevolmente essere esteso, *anche nella fase di formazione del concordato. Questo deve essere approvato dai creditori di ogni singola società con altrettante votazioni separate. Quid se, in una procedura complessa, la votazione dà esito negativo solo per una delle società, magari di importanza del tutto marginale nell'economia generale del gruppo? salta l'intera procedura unitaria? O è pensabile che quella sola società fallisca e le altre invece vadano alla fase omologazione?*[45].

4.10.1.5 *I contratti pendenti*

La prosecuzione dell'attività è facilitata da quanto previsto dall'articolo 97, salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 2 in caso di esistenza di un contratto che abbia la finalità del trasferimento dell'azienda. Pertanto, i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo proseguono anche durante il concordato; quest'ulti-

45 Si V. C. D'Alessandro, op. cit.

ma disposizione prevede l'inefficacia di eventuali patti contrari.

L'articolo 94-bis detta le disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale, per cui:

a) 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 della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari;
b) i creditori interessati dalle misure protettive, concesse ai sensi dell'articolo 54, comma 2, non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento di contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale.

Il debitore, se la prosecuzione dei contratti non è coerente con le previsioni del piano, può chiedere con autonoma istanza, ai sensi dell'articolo 97, comma 1, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti.

Le suddette norme sono aderenti alla Direttiva Unione Europea 1023/2019[15], per la quale la risoluzione anticipata dei contratti in corso può compromettere la capacità di un'impresa di continuare ad operare; in particolare per quanto riguarda i contratti di fornitura, durante la procedura, di beni o servizi essenziali quali gas, energia elettrica, acqua, telecomunicazioni e servizi di pagamento tramite carta. Inoltre, la Direttiva ritiene che, per promuovere la ristrutturazione preventiva, è importante consentire che i dirigenti non siano dissuasi dal prendere decisioni commerciali con assunzione di rischi ragionevoli per migliorare la probabilità di successo della ristrutturazione di un'impresa potenzialmente sana.

L'istanza di sospensione, ai sensi del comma 2, può essere depositata contestualmente o successivamente al deposito della domanda di accesso al concordato, mentre la richiesta di sospensione può essere depositata solo quando sono presentati anche il piano e la proposta.

Il debitore con l'istanza propone anche una quantificazione dell'indennizzo dovuto alla controparte La richiesta di scioglimento, anche con una quantificazione dell'indennizzo dovuto alla controparte, quest'ultima può opporsi depositando una memoria scritta entro sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza. Il Tribunale o il giudice delegato dopo il decreto di apertura, provvede con decreto motivato e reclamabile.

Decorso il suddetto termine, provvede sull'istanza il tribunale con decreto motivato e reclamabile fino al decreto di apertura previsto dall'articolo 47 e successivamente il giudice delegato.

La sospensione o lo scioglimento del contratto hanno effetto dalla data della notificazione, a cura del debitore, del provvedimento autorizzativo all'altro contraente.

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Gli effetti della sospensione o dello scioglimento dei contratti, ivi compreso il contratto di locazione finanziaria, sono esposti nei commi 7, 8. 9 e 10.

L'indennizzo, ai sensi del comma 11, è soddisfatto come credito chirografario anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente a eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi dopo la domanda di accesso al concordato e prima della notificazione dello scioglimento o della sospensione del contratto.

Le disposizioni previste dall'articolo 97 non sono applicabili ai rapporti di lavoro subordinato.

Per quanto riguarda il contratto di finanziamento bancario, il finanziatore, in caso di scioglimento, ha diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte dai terzi debitori, fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate nel periodo compreso tra i centoventi giorni antecedenti il deposito della domanda di accesso, ai sensi dell'articolo 40 e la notificazione del provvedimento autorizzativo effettuata a cura del debitore.

4.10.1.6 *La prosecuzione dell'attività di impresa e la prededuzione*

Il legislatore esprime, proprio per le finalità che persegue, il favore per il concordato in continuità rispetto al concordato liquidatorio. La continuità aziendale prosegue nelle condizioni di crisi o di insolvenza reversibile dell'impresa nelle quali il debitore, ai sensi dell'articolo 94, conserva, dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione, l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

I crediti legalmente sorti per la gestione dell'impresa, nel corso della procedura, derivanti sia da atti di gestione ordinari che straordinari, se attuati questi ultimi con le prescritte autorizzazioni, sono prededucibili.

In termini oggettivi, la gestione dell'impresa in stato di crisi, dalla domanda di accesso fino all'omologazione, comporta ulteriori rischi che dovrebbero essere ragionevoli, in quanto la prededucibilità riconosciuta a coloro che proseguono i rapporti economici con l'impresa debitrice potrebbe comportare anche una diminuzione del patrimonio sul quale concorrono i creditori.

I limiti comportamentali imposti dal legislatore in merito alla continuazione dell'attività aziendale, unitamente al controllo del commissario giudiziale, contribuiscono alla limitazione del rischio che. comunque, non è eliminabile.

La continuità aziendale è strutturalmente connessa alla prededuzione, in quanto quest'ultima è essenziale per assicurare la continuità dei rapporti economici con i terzi. Le disposizioni di legge e la vigilanza del commissario giudiziale sulla gestione dell'impresa intendono tutelare le ragioni dei creditori, in modo che non siano sottratte le risorse originariamente disponibili per il riparto ai creditori.

La scelta di proseguire l'attività in seguito all'emersione della crisi o al venir meno della continuità aziendale comporta l'obbligo di pianificare una strategia di riequilibrio economico-finanziario e quindi di orientare la gestione a protezione degli interessi dei creditori.

La continuazione dell'attività comporta un'assunzione di responsabilità, in quanto i crediti prededucibili, dalla data del decreto di ammissione fino alla sentenza di omologazione sono soddisfatti, durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto. La norma intende favorire la continuità aziendale con la tutela dei soggetti terzi che, in caso contrario, potrebbero evitare di mantenere o avviare rapporti con il debitore in concordato, se all'obbligazione assunta da quest'ultimo non corrispondesse il credito prededucibile della controparte in caso di successiva liquidazione giudiziale.

Il piano di risanamento dovrebbe evidenziare che le operazioni gestionali, programmate dal debitore nel corso della procedura, sono funzionali agli interessi dei creditori e, di conseguenza, atte ad assicurare il beneficio della prededuzione alle controparti dell'imprenditore in crisi.

La gestione dell'impresa, in pendenza della procedura di composizione, può anche causare l'eccesso di prededuzione derivante dagli effetti negativi della continuazione dell'attività. Pertanto, l'attestazione del professionista indipendente non è limitata alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano, ma estesa anche alla previsione dei costi prededucibili ed alla relativa copertura per evitare l'assorbimento di risorse finanziarie che sarebbero sottratte alla disponibilità dei creditori.

Vincenzo Pinto, in "La fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della crisi"[40] in Giurisprudenza Commerciale 2/2020, espone che *la continuità dell'impresa in crisi, oltre che un rischio e un'opportunità, è anche un valore particolarmente delicato e instabile, e dunque un valore da proteggere, anche con misure protettive ammesse nelle sole fattispecie concordatarie che optino per la continuazione dell'attività aziendale*.

Infatti, il concordato in continuità comporta un grado di aleatorietà ed un rischio maggiore rispetto al concordato liquidatorio, proprio per le valutazioni poste a fondamento con un carattere tipicamente prognostico delle va-

lutazioni, nell'elaborazione del *business plan* e con il pericolo di esaurire le risorse a disposizione dei creditori concorsuali in dipendenza delle obbligazioni contratte per l'esercizio dell'impresa.

L'intento protettivo nei confronti dei creditori è manifestato anche dalle disposizioni che impongono gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa condotta dal debitore e sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Il credito per essere prededucibile deve derivare da atti "legalmente compiuti" e come rileva la Corte di cassazione con sentenza del 29 maggio 2019, n.14713[46], il giudice verifica che *il debitore non abbia abusato del concordato preventivo, aumentando la sfera di produzione e, quindi, anche alterando la par condicio creditorum, poiché è assolutamente ovvio il danno che i creditori anteriori possono subire per effetto del depauperamento dell'attivo (e della correlata riduzione della garanzia patrimoniale) che deriva da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili*.

Per quanto riguarda l'amministrazione del debitore, l'articolo 94, oltre a richiedere l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione, sancisce che gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione giudiziale, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Pertanto, diviene discriminante la distinzione fra gli atti di ordinaria e gli atti di straordinaria amministrazione, con particolare riferimento alla gestione affidata al debitore nel corso della procedura di concordato preventivo. Il debitore nel corso della procedura, fino dalla presentazione del ricorso, deve operare nell'ambito dell'amministrazione ordinaria in coerenza e in conformità a quanto esposto nel piano ed attenersi negli atti di amministrazione ordinaria alla più assoluta prudenza.

In merito alla distinzione fra gli atti di amministrazione straordinaria e quelli di amministrazione ordinaria, la Corte di Cassazione, con sentenza appena menzionata, *ha affermato che atti astrattamente qualificabili come di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possono, invece, assumere un diverso connotato se compiuti dopo la presentazione di una domanda di concordato, poiché quegli atti possono risultare idonei a sottrarre risorse, ovvero pregiudicare la consistenza del patrimonio, compromettendo la capacità residua di soddisfacimento delle ragioni dei creditori*.

Nell'ambito della fase di preconcordato è certamente concessa al debitore la facoltà di compiere atti di gestione d'impresa, senza necessità di autorizzazione, ma pur sempre tenendo conto del fine primario di conservazione dell'integrità e del valore patrimoniale.

---

46 Cassazione civile sez. I, 29 maggio 2019, n. 14713, in *Giustizia Civile Massimario 2019*.

La suddetta sentenza della Corte di Cassazione rileva che *anche dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria amministrazione o di straordinaria amministrazione dell'atto deve essere compiuta con riferimento all'interesse della massa dei creditori, e non dell'imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nel contesto procedimentale attivato dalla domanda suddetta, laddove gli stessi finiscano con l'investire gli interessi del ceto creditorio mediante l'assunzione di ulteriori debiti o la sottrazione di beni alla disponibilità della massa*.

Pertanto, in merito al possibile incremento delle passività nel corso delle procedure di composizione della crisi, assume una particolare rilevanza il controllo degli organi giudiziari sull'operato del debitore nella specifica situazione aziendale che determina la distinzione fra gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti di straordinaria amministrazione. Questi ultimi attuabili solamente previa autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, sentito il commissario giudiziale.

Si aggiunge che il collegio sindacale resta investito nelle funzioni di vigilanza, che continua ad esercitare secondo le regole del diritto societario, anche in merito alla conduzione aziendale in coerenza con il piano di risanamento.

"*Il persistente esercizio dell'impresa-in specie se in capo all'imprenditore in concordato-espone i creditori anteriori al c.d. rischio di incremento della prededuzione, che, unitamente al rischio di generare una perdita insito nell'attività stessa, potrebbe tradursi-se non debitamente controllato- in una drastica riduzione delle loro chances di soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria*"[47].

Al fine di evitare la suddetta situazione, l'articolo 87, comma 1, richiede, ove sia prevista la continuazione dell'attività d'impresa in forma diretta, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. Inoltre, il professionista indipendente assume la responsabilità di attestare oltre la veridicità dei dati anche la funzionalità della prosecuzione dell'attività di impresa al migliore soddisfacimento dei creditori.

La gestione dell'impresa nel corso della procedura deve attenersi a quanto previsto nel piano di concordato in merito ai contenuti di carattere industriale, finanziario ed economico.

Il riconoscimento della prededucibilità, fino dalla presentazione della proposta di concordato, costituisce un obbligo che, se violato, compromette la legittimità della procedura, come confermato dal Tribunale di Rimini che, con

---

47 V. V. Pinto in "*La fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della crisi*", in Giurisprudenza Commerciale 2020, fasc. 2.

decreto e contestuale sentenza di fallimento del 21 novembre 2013, ha disposto la revoca dell'ammissione al concordato preventivo del debitore che, dopo avere presentato due successive proposte di concordato con riserva, non ha riconosciuto il beneficio della prededuzione a favore di crediti sorti nel corso della vigenza del primo concordato e ciò a prescindere dalla esatta quantificazione degli stessi.

Il Codice consente al debitore la presentazione della domanda di concordato in bianco; in tal caso, in assenza del piano di concordato, l'autonomia attribuita al debitore è ulteriormente ridotta anche nei rapporti con i terzi, come da sentenza della Corte di Cassazione n.14713/2019, *per cui per essere prededucibile il credito derivante dalla esecuzione di una prestazione di ordinaria amministrazione, compiuta successivamente alla presentazione della domanda di concordato con riserva, avrebbe dovuto essere comunque originato da un atto inerente alla procedura concordataria, e astrattamente funzionale agli interessi dei creditori. Pertanto, la prededuzione non è automatica, ma deve esclusivamente derivare da atti "legalmente compiuti", nella positiva valutazione della funzionalità della prestazione del terzo rispetto agli interessi dei creditori*.

In definitiva, *solo il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore offre infatti ai creditori la ragionevole prospettiva di non essere pregiudicati dalla prosecuzione dell'attività*[48].

Non solo, occorre considerare che la prosecuzione dell'attività aziendale comporta ulteriori rischi, in quanto la gestione dell'impresa può richiedere finanziamenti, nel periodo precedente l'omologazione e successivamente nel corso dell'esecuzione del concordato preventivo.

4.10.2 *L'attestazione nel concordato liquidatorio*

Il superamento della crisi per le imprese che non presentano prospettive di risanamento è attuabile con il concordato liquidatorio.

Il concordato con liquidazione del patrimonio, previsto all'articolo 84, comma 4, richiede l'apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il dieci 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 venti per cento del loro ammontare complessivo.

Il piano è di tipo liquidatorio qualora la causa della crisi e la situazione economico-finanziaria comportino l'impossibilità di un credibile recupero di redditività dell'attività di impresa.

---

48 V.C. Cincotti e F. Nieddu Arrica op. cit.

Il Tribunale, a seguito del deposito del piano, in caso di concordato liquidatorio, verifica, ai sensi dell'articolo 47, comma 1, lett. a), l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inettitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile, purché sia rispettato il requisito del venti per cento. Sono considerate esterne, le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede con la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

Il Tribunale, quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio e l'offerente non è individuato, nomina, ai sensi dell'articolo 84, comma 8, un liquidatore che compia le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

In riferimento alla riforma avviata con le precedenti disposizioni di legge, si rileva che *l'intervento riformatore persegue, con molta decisione, l'obiettivo di indirizzare lo strumento del concordato preventivo verso la finalità della continuità aziendale, con una significativa penalizzazione, sotto il profilo delle condizioni di accesso alla procedura, dei piani concordatari di stampo liquidatorio*. Si aggiunge, alle suddette considerazioni, che la moratoria per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca è riservato unicamente al concordato in continuità.

Il fine prioritario del concordato preventivo, costituito dal migliore soddisfacimento dei creditori, può avere diversi percorsi giuridici e, come da sentenza della Corte di Cassazione del 20 dicembre 2016, n. 26332[49], *il proponente può legittimamente indicare, tra le risorse funzionali alla soddisfazione dei creditori la liquidazione di beni di terzi, ma tale offerta deve correlarsi a parametri di sicurezza adempitiva prevedibili ex ante, sia in termini di assenza di rischio giuridico, sia per fondamentali aspetti di concreta e manifesta non irrealizzabilità, tali cioè da escludere l'opposto rischio economico del non raggiungimento in assoluto della causa concreta del concordato*.

Inoltre, si rileva che "*in riferimento al concordato liquidatorio ed alla soglia del 20%, deve ritenersi che la misura dell'eventuale inadempimento del debitore vada calcolata in base non già alla percentuale indicata nella domanda, ma al mancato conseguimento del 20%. In altri termini, nel concordato liquidatorio la percentuale deve considerarsi vincolante soltanto nel limite del 20 % di legge, cui va aggiunta l'ipotesi in cui il debitore, nell'ottica di rendere la propria proposta ancora più appetibile agli occhi del ceto creditorio, si impegni in modo esplicito al conseguimento di una determinata percentuale. Ne deriva che, specie ai fini della risoluzione del concordato liquidatorio, non vi è inadempimen-*

49 Cass. Civile 20 dicembre 2016 n. 26332, in IlFallimentarista.it.

to ove la percentuale di soddisfacimento concretamente realizzata rimanga pur sempre al di sopra della soglia del 20 %, o poco al di sotto di essa, trattandosi, in tal caso, di inadempimento di scarsa importanza"[50].

Il controllo giudiziale è anche diretto ad evitare che il fine principale della proposta del debitore nel concordato in continuità aziendale consista nel minore soddisfacimento da corrispondere ai creditori chirografari, quindi in entità inferiore alla soglia del venti per cento, qualora la dismissione dei cespiti, in luogo del loro persistente utilizzo, consenta un maggiore beneficio per il ceto creditorio. Nella suddetta situazione è del tutto evidente la responsabilità dell'attestatore.

4.10.3 *La procedura nel concordato preventivo: la proposta, l'apertura della procedura, l'omologazione, la risoluzione, l'annullamento*

Le fasi della procedura del concordato preventivo, i cui caratteri economico-aziendali sono collegati all'interesse pubblicistico, presentano aspetti operativi disciplinati e coordinati dalle disposizioni di legge, fino dal momento della proposta da parte del debitore,

Il debitore presenta per l'accesso al concordato preventivo la domanda al Tribunale unitamente alla documentazione richiesta all'articolo 39, con facoltà di richiesta della concessione dei termini per integrare la domanda di accesso, ai sensi dell'articolo 44.

L'apertura del concordato preventivo, a seguito della proposta di concordato e del deposito del piano, è disposta, ai sensi dell'articolo 47, previa verifica del Tribunale avente ad oggetto l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano.

Il Tribunale, compiute le verifiche in merito all'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, con decreto, comunicato e pubblicato, a cura del cancelliere, presso l'ufficio del registro delle imprese:

a) nomina il giudice delegato;
b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale;
c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori e all'efficacia della procedura, la data iniziale e quella finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contradditorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa un termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;
d) fissa un termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il qua-

---

50 V. S. Ambrosini, in "Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore" in Giurisprudenza Commerciale 2017, fasc. 3.

le il debitore deve depositare nella cancelleria del Tribunale la somma ulteriore per l'intera procedura.

Il Tribunale, quando accerta, ai sensi dell'articolo 47, comma 4, nella verifica della proposta e del piano, la mancanza delle condizioni richieste per l'apertura del concordato preventivo, sentiti il debitore, i creditori che hanno presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale e il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta.

Il suddetto decreto è reclamabile alla Corte d'Appello nel termine di trenta giorni dalla comunicazione.

La domanda del debitore può essere riproposta, decorso il termine per proporre reclamo, quando si verifichino mutamenti delle circostanze.

Il debitore, dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale; dopo il decreto di apertura della procedura l'autorizzazione è data dal giudice delegato.

La manifestazione di voto e il raggiungimento delle maggioranze di legge, per consentire l'avvio dell'omologazione, sono particolarmente rigorose e dettagliate.

I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti integralmente in denaro, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Il termine è ridotto a trenta giorni per crediti assistiti dal privilegio dei lavoratori.

I creditori muniti di privilegio, se non ricorrono le suddette condizioni, votano e, per la parte incapiente sono inseriti in una classe distinta.

Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge e i soggetti indicati all'articolo 109, comma 6. Le società controllanti, controllate e sottoposte a comune controllo possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe.

Il commissario giudiziale deposita in cancelleria, ai sensi dell'articolo 105, comma 1, almeno quarantacinque giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori, la relazione particolareggiata con i contenuti richiesti all'articolo 105, comma 1. In presenza di proposte concorrenti, il commissario giudiziale riferisce in merito ad esse con una relazione integrativa contenente la comparazione fra tutte le proposte, da depositare in cancelleria almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

Il debitore, coloro che hanno presentato proposte alternative, i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso, i creditori hanno facoltà, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, almeno dieci giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, di formulare osservazioni e contestazioni a mezzo di posta elettronica certificata indirizzata al com-

missario giudiziale, in merito alla convenienza della proposta di concordato ed ai crediti concorrenti.

Il commissario giudiziale informa il giudice delegato e dà comunicazione delle contestazioni e delle osservazioni pervenute al debitore e a tutti gli altri interessati, quindi deposita la propria relazione definitiva e la comunica ai creditori, al debitore ed agli altri interessati almeno sette giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

I provvedimenti del giudice delegato sono comunicati al debitore, ai creditori, al commissario giudiziale e a tutti gli interessati almeno due giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

Il voto è espresso a mezzo posta elettronica certificata da inviare al commissario giudiziale.

In relazione alla maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato, l'articolo 109 prescrive maggioranze diverse fra il concordato in continuità e quello liquidatorio.

In entrambe le procedure, la proposta è approvata dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma nel concordato in continuità aziendale è anche richiesta, ai sensi dell'articolo 109, comma 5, l'approvazione di tutte le classi dei creditori.

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.

Il giudice delegato, se nel termine stabilito non si raggiungono le maggioranze richieste, riferisce immediatamente al Tribunale che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale.

Ad avvenuta approvazione del concordato da parte dei creditori, il Tribunale, ai sensi dell'articolo 48, fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparazione delle parti e del commissario giudiziale e dispone che il provvedimento sia iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese.

I creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono proporre opposizione con memoria da depositare almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il motivato parere nei cinque giorni precedenti l'udienza, con facoltà per il debitore di depositare una memoria fino a due giorni prima dell'udienza.

Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti, omologa con sentenza il concordato, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 112, comma 4. Nel concordato in continuità aziendale, in caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente che eccepisce la convenienza o il mancato rispetto delle condizioni della così detta ristrutturazione traversale di cui all'articolo 112, comma 2, procede alla stima del complesso aziendale del debitore.

Il Tribunale, ai sensi dell'articolo 112, comma 1, 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.

Nel concordato in continuità aziendale, qualora una o più classi siano dissenzienti, il Tribunale su richiesta del debitore o con il consenso di quest'ultimo in caso di proposte concorrenti, procede all'omologazione se ricorrono, ai sensi dell'articolo 112, comma 2, 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 più 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.

Nel concordato in continuità aziendale, se 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.

Nel concordato che prevede la liquidazione del patrimonio, nelle ipotesi considerate all'articolo 112, comma 5, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Ai sensi dell'articolo 113, la procedura di concordato preventivo si chiude con la sentenza di omologazione che, per quanto previsto dal comma 2, deve

intervenire nel termine di dodici mesi dalla presentazione della domanda di accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva.

Se il concordato consiste nella cessione dei beni, il Tribunale, ai sensi dell'articolo 114, nella sentenza di omologazione nomina uno o più liquidatori ed un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determinare le altre modalità della liquidazione.

Alle vendite, alle cessioni ed ai trasferimenti posti in essere legalmente dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale.

Il liquidatore comunica al commissario giudiziale, con periodicità semestrale, le informazioni rilevanti sull'andamento della liquidazione e il commissario giudiziale ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero ed ai creditori, con il deposito della copia presso la cancelleria del Tribunale.

Il liquidatore giudiziale, ai sensi dell'articolo 115, esercita o prosegue ogni azione per conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e il recupero dei crediti.

Se il piano prevede il compimento di operazioni straordinarie (trasformazione, fusione o scissione della società debitrice) durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, la validità di queste può essere contestata dai creditori, ai sensi dell'articolo 116, comma 1, solo con l'opposizione all'omologazione. Il comma 5, in riferimento al piano che prevede le suddette operazioni, dispone che il diritto di recesso dei soci è sospeso fino all'attuazione del piano.

La sentenza che omologa il concordato è notificata e iscritta nel registro delle imprese e produce i propri effetti dalla data della pubblicazione. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione nel registro delle imprese.

Il tribunale se non omologa il concordato, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale.

Le parti, contro la sentenza del Tribunale che pronuncia l'omologazione del concordato oppure dispone l'apertura della liquidazione giudiziale, ai sensi dell'articolo 51, comma 1, possono proporre reclamo con ricorso da depositare nella cancelleria della Corte d'Appello nel termine di trenta giorni.

Il termine per proporre l'eventuale ricorso per Cassazione è di trenta giorni dalla notificazione.

Il ricorso per Cassazione, ai sensi del comma 14, non sospende l'efficacia della sentenza. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 52 se il ricorso è promosso contro la sentenza con la quale la Corte d'Appello ha rigettato il reclamo, allorché ricorrono gravi e fondati motivi per sospendere, in tutto o in parte, gli atti di gestione.

Il commissario giudiziale, dopo l'omologazione del Tribunale, ai sensi dell'articolo 118, sorveglia l'adempimento, riferisce al giudice ogni fatto dal

quale possa derivare pregiudizio ai creditori e al Tribunale nel caso in cui il debitore non stia provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta.

L'imprenditore, qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indipendente il rinnovo della relazione. Il piano modificato e la relazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori che possono proporre opposizione al Tribunale. La norma ha lo scopo di agevolare l'imprenditore che intende eseguire l'accordo di ristrutturazione, precedentemente stipulato con i creditori e omologato dal Tribunale, anche in presenza di sopravvenuti eventi, dipendenti da cause esterne che comportano la necessità di modifiche sostanziali del piano di risanamento.

Il Tribunale può attribuire al commissario i poteri per provvedere, in luogo del debitore, al compimento degli atti necessari o, se si tratta di società, revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario, da comunicare al registro delle imprese, stabilendo la durata dell'incarico e il potere di compiere gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata.

L'acquirente o cessionario, In caso di trasferimento dell'azienda, non risponde dei debiti pregressi, salvo diversa previsione del piano di concordato.

Il concordato, come previsto dall'articolo 119, può essere risolto per inadempimento su ricorso del commissario giudiziale o di uno o più creditori, proponibile entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.

Il concordato non può essere risolto per inadempimenti di scarsa importanza e quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

Il Tribunale, come disposto dal comma 7, dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo.

Il concordato può essere annullato, ai sensi dell'articolo 120, su istanza del commissario o di qualunque creditore, in contradditorio con il debitore, se è scoperto che il passivo è stato dolosamente esagerato ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

Il ricorso per annullamento deve essere proposto nel termine di 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.

4.10.4 *Gli effetti civili penali e fiscali*

Il favore manifestato dal legislatore nei confronti della procedura di concordato preventivo è evidenziato anche dagli effetti civili e penali conseguenti all'omologazione della procedura.

In merito ai rapporti economici fra il debitore ed i terzi, in caso di successiva dichiarazione di fallimento, sono esenti da azione revocatoria, ai sensi dell'articolo 166, comma 3, lettera e), gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria.

Per quanto riguarda le conseguenze penali, nell'eventualità di una successiva liquidazione giudiziale, non sussistono, ai sensi dell'articolo 324, le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 e 323, rispettivamente per i reati di bancarotta preferenziale, riferita ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzate dal giudice ai sensi degli articoli 99, 100 e 101 e di bancarotta semplice.

Gli aspetti fiscali sono significativi, non solo nei confronti del debitore, ma anche a favore dei terzi. Per quanto riguarda l'imposta sui redditi, la sopravvenienza attiva, derivante dalla riduzione dei debiti dell'impresa, non costituisce imponibile a condizione che il concordato preventivo sia omologato. In particolare, nel concordato preventivo liquidatorio, ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, DPR 917/1986, non sono considerate sopravvenienze attive le riduzioni dei debiti nella loro integrale entità, senza alcuna detrazione delle perdite pregresse e di periodo.

L'esenzione riguarda, l'intera entità della teorica sopravvenienza attiva, per cui sono utilizzabili le perdite pregresse e le perdite di periodo a compensazione dei futuri redditi, a differenza di quanto previsto nelle procedure relative ai piani attestati di risanamento ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Infatti, In questi ultimi procedimenti la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza per pari importo, in quanto da quest'ultima devono essere detratte le eventuali perdite pregresse e di periodo. Nel contempo, è riconosciuta ai creditori la perdita sui crediti, ai sensi dell'articolo 101, comma 5 DPR 917/1986, alla data del decreto di ammissione alla procedura.

In tema di responsabilità solidale tributaria del cessionario, ai sensi dell'articolo 14, comma 5-bis D.Lgs. 472/1997, la responsabilità non sussiste allorché la cessione avviene nell'ambito di una procedura concorsuale.

L'articolo 86, comma 5 DPR 917/1986, prevede che "*la cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il va-*

lore di avviamento". La Corte di Cassazione con sentenza n.22168/2006[46], in Repertorio del Foro Italiano 2006 ha giudicato che *l'articolo 54 (ora art. 86) DPR 917/1986, il quale dispone che la cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo di plusvalenza tassabile ai fini dell'imposta sui redditi, deve essere interpretato nel senso che la plusvalenza non si realizza neppure con il trasferimento a terzi dei beni ceduti*.

Il principio è ribadito dalla sentenza della Corte di Cassazione n.11701/2007[51] che, in tema di imposte sui redditi, rileva che l'articolo 54(ora art. 86) DPR 917/1986 *esclude che la cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo costituisca realizzo di plusvalenze tassabili, in quanto volto ad incentivare ed agevolare la liquidazione concordataria, riducendo l'onere fiscale delle operazioni compiute nel corso della stessa. La norma trova applicazione anche alle vendite che, in esecuzione del concordato preventivo, il liquidatore realizzi in relazione ai beni ceduti ai creditori, nell'ambito ed ai fini della procedura, da parte di un soggetto diverso dal debitore ad essa assoggettato*.

La Corte di Cassazione con sentenza n. 13122/2018[52] ha giudicato che *l'articolo 86 (già art.54) DPR 917/1986. in riferimento al trasferimento a soggetti terzi dei beni ceduti ai creditori in esecuzione della proposta di concordato, ha il fine, da un lato, di incentivare l'adesione dei creditori alla procedura concorsuale e, da un altro, di impedire che possa sorgere un debito di imposta a carico di un soggetto che, avendo subito lo "spossessamento" integrale del patrimonio, non potrebbe adempiere allo stesso*.

La procedura di concordato comporta anche la variazione dell'imponibile agli effetti dell'IVA, in quanto l'articolo 26, comma 3-bis lett.a) DPR 633/1972 prevede che, a partire dalla data in cui il debitore è assoggettato a una procedura concorsuale, il cedente o il prestatore di servizio ha il diritto di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla variazione dell'imponibile. Ai sensi dell'articolo 10-bis DPR 633/1972, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Il cessionario o il committente nel caso di procedure concorsuali non hanno l'obbligo di registrare la variazione dell'imponibile.

Per quanto riguarda il credito IVA formatosi nel corso della procedura, la Corte di Cassazione con sentenza n. 13467/2020[49] ha disposto: *nel caso in cui, in materia di concordato preventivo, l'imprenditore concordante o suoi aventi causa chiedano il rimborso di un credito IVA formatosi durante lo svolgimento della procedura concorsuale, l'amministrazione finanziaria può opporre in compensazione crediti che siano sorti successivamente all'apertura della pro-*

51 Cassazione civile sez. trib., 21 maggio 2007, n. 11701, in *Giust. civ. Mass. 2007, 6.*

52 V. Repertorio del Foro Italiano 2018.

cedura medesima, mentre al contrario-non può opporre in compensazione crediti formatisi in epoca precedente l'apertura della procedura, stante il principio richiamato dall'articolo 56 L.F., applicabile anche ai crediti erariali.

Il decreto è assoggettato all'imposta di registro in misura fissa, come giudicato dalla Corte di Cassazione con sentenze n. 10352/2007[53] e n. 19141/2010[54], quest'ultima sentenza in "Concordato preventivo tassato in misura fissa" in Il Fisco 36/2010 rileva: *la disciplina dell'imposta di registro relativa alla tassazione del concordato preventivo (anche nella modalità di cessione dei beni ai creditori) contempla per tale atto il regime dettato dall'articolo 8, comma 1, lett. g) della tariffa allegata al DPR 131/1986 dovendosi preferire il profilo nominalistico in virtù del carattere specifico e non residuale delle prescrizioni di cui alla lett. a) del medesimo articolo*.

Infatti l'omologazione del concordato non comporta immeditati effetti traslativi, in quanto il trasferimento di ricchezza si produce ed è tassato solo all'atto dei successivi negozi attuativi.

4.10.5 *L'attestazione per Il trattamento dei crediti tributari e contributivi*

Il Codice, ai sensi dell'articolo 88, comma 1, fermo restando quanto previsto per il concordato in continuità aziendale dall'articolo 112, comma 2, in merito al trattamento dei crediti tributari e contributivi, prevede:

a) il debitore con il piano di concordato può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori;
b) l piano deve prevedere 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, come da relazione di un professionista indipendente;
c) 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 assistenza e previdenza obbligatorie;

---

53 Cassazione civile sez. trib., 07 maggio 2007, in DeJure.

54 Cassazione civile sez. trib., 07 settembre 2010, n. 19141, in *Riv. dottori comm. 2011, 2, 439*.

d) 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 crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

L'attestazione del professionista indipendente, in relazione ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale.

La prevista attestazione del professionista indipendente, relativa alla convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, non vincola l'Amministrazione finanziaria ad esprimere il voto favorevole.

Il Tribunale omologa il concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 88, comma 2-bis, anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza e 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.

La Corte di Cassazione con sentenza n. 16755/2020[55] evidenzia che "*il ricorso allo strumento transattivo è strettamente legato all'esigenza di volere privilegiare la composizione concordata della crisi, evitando, se possibile il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale. Con la transazione fiscale il debitore ottiene il vantaggio della certezza sull'ammontare del debito, con conseguente maggiore probabilità di conseguire, oltre l'assenso del fisco, anche quello degli altri creditori*".

In merito all'articolo 88., si rileva che *nell'applicazione di tali norme l'azione dell'Agenzia delle Entrate è caratterizzata da una "discrezionalità controllata", in quanto "vincolata" al conseguimento del migliore soddisfacimento possibile dei crediti erariali e dunque all'approvazione della proposta che assicuri tale soddisfacimento*[56].

Si aggiunge che "*deve essere valutato l'effetto positivo che il processo di risanamento, di cui la transazione fiscale è parte, produce, sia in termini economici generali, in virtù della conservazione di una struttura produttiva e della salvaguardia dell'occupazione del personale in essa impiegato, sia dalla capacità dell'impresa risanata di generare, direttamente e indirettamente, futuri reddi-*

55 Cassazione civile sez. trib., 06 agosto 2020, n. 16755, in Iltributario.it.

56 V. G. Andreani e A. Tubelli, "*Transazione fiscale, indisponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'Amministrazione*", in Il Fisco 2020, fasc. 39.

ti su cui si dovranno dovute ulteriori imposte da parte dell'impresa stessa, dei suoi dipendenti e dei suoi fornitori, che certamente non verrebbero prodotti in caso del fallimento di questa ultima. Anche questi fattori devono quindi essere tenuti in considerazione ai fini della valutazione della proposta di transazione fiscale e della comparazione tra il soddisfacimento offerto e quello alternativo"[57].

L'articolo 88, comma 3, dispone che copia della proposta e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il Tribunale, deve essere presentata all'agente della riscossione ed al agli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per i quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici e delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda.

L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito a ruolo scaduto o sospeso. Gli uffici, nello stesso termine, devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica degli avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento per la parte non iscritta a ruolo, nonché dei ruoli non ancora consegnati all'agente della riscossione.

La copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essere trasmessa al commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dagli articoli 105 e 106.

Il voto, relativo al credito tributario chirografario complessivo è espresso dall'ufficio, previo parere conforme della direzione regionale. Il voto espresso dall'agente della riscossione è limitato agli oneri di cui all'articolo 17 del D.Lgs. 112/1999.

La richiesta attestazione del professionista indipendente, per quanto riguarda i crediti tributari e contributivi, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto all'alternativa liquidatoria., oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale.

Le suddette disposizioni confermano la visione economica di carattere generale rivolta al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti, procedure finalizzate a soluzioni che prevedono la continuità operativa dell'impresa. Le disposizioni previste per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sono in aderenza alla Direttiva UE n. 1023/2019[(15)] che rileva: *il superamento della verifica del "migliore soddisfacimento dei creditori" dovrebbe essere intesa in modo che nessun altro creditore dissenziente esca dal piano di ristrutturazione svantaggiato*

---

57 V. Giulio Andreani e Angelo Tubelli in "*Utilizzo dei flussi gestionali nella transazione fiscale*", in Il Fisco 2019, fasc. 39.

rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in continuità aziendale.

L'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa serve per garantire che la riduzione dei diritti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che tali soggetti abbiano accesso ad un ricorso effettivo.

La Corte di Cassazione Sezione U civile con ordinanza del 25/03/2021, n. 8504[58], ha esposto, a definizione di ogni altra interpretazione, che *nell'ambito del concordato preventivo la posizione dell'Ente impositore non è più espressa con un "atto autonomo", di accoglimento ovvero rigetto della proposta, bensì con il voto dell'ufficio territoriale*.

La Corte di Cassazione statuisce che *la scelta normativa indirizza in modo marcato la questione della mancata adesione alla proposta di transazione da parte dell'agenzia fiscale verso la competenza giurisdizionale di merito del Tribunale fallimentare, collocando ancor più chiaramente l'istituto de quo all'interno delle procedure concorsuali ed alle loro, peculiari, finalità, piuttosto che nell'ambito delle procedure di attuazione dei tributi. Insomma ed in sintesi, con la scelta in questione, il legislatore della riforma ha incastonato la transazione fiscale con maggio chiarezza nel campo del diritto fallimentare, ancorché ne siano evidenti i riflessi di diritto tributario*.

Si aggiunge che la norma, sottoposta al controllo giudiziale, supera i tempi richiesti dalla burocrazia amministrativa e i timori dei funzionari pubblici di incorrere nella responsabilità erariale personale, espressa, per il "timore della firma", con il diniego o con la mancata espressione del voto.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 06/08/2020, n. 16755, rileva che *la cessazione della materia del contendere nelle liti riguardanti i tributi oggetto dell'accordo non ancora definite, qualunque sia il grado di giudizio in cui le stesse si trovano, è prevista come effetto della proposta di transazione conclusa nell'ambito della procedura di concordato preventivo*.

La suddetta sentenza usa il termine *consolidamento* che individua come *"quadro di insieme del debito tributario, tale da consentire di valutare la congruità della proposta con riferimento alle risorse necessarie a far fronte al complesso dei debiti". Ovviamente l'effetto del consolidamento rimane circoscritto alle sole violazioni relative alle annualità che gli uffici finanziari hanno potuto conoscere fino al momento in cui hanno deciso di esprimere la propria adesione alla proposta di transazione presentata dal contribuente.*

In merito ai reati tributari, la Corte di Cassazione con sentenza n. 13628/2020[59] ha disposto che *la mera presentazione della domanda di ammis-*

---

58 Cass. civile 25 marzo 2021, n. 8504, in Plus24Fisco.

59 Cassazione civile sez. lav., 2 luglio 2020, In DeJure.

sione al concordato preventivo, anche con riserva, non impedisce il pagamento dei debiti tributari che vengano a scadere successivamente alla sua presentazione, e pertanto la mera presentazione della domanda non assume rilevanza, né sul piano dell'elemento soggettivo, né su quello della esigibilità della condotta, salvo che, in data antecedente alla scadenza del debito, sia intervenuto un provvedimento del Tribunale che abbia vietato il pagamento di crediti anteriori, essendo configurabile la scriminante dell'adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo dell'autorità di cui all'art. 51 c.p., derivante da norme poste a tutela di interessi aventi anche rilievo pubblicistico, equivalenti a quelli di carattere tributario.

4.10.6 *L'attestazione del professionista indipendente e l'Agenzia delle Entrate*

L'Agenzia delle Entrate in merito alle recenti diposizioni di legge interviene con la Circolare 34/E del 29/12/2020[(4)], come in precedenza è avvenuto con la Circolare n. 16 del 23/07/2018[(55)] in occasione della modifica della normativa sul trattamento dei crediti tributari. L'Agenzia delle Entrate con la Circolare che ha ad oggetto "La gestione delle proposte di transazione fiscale nelle procedure di composizione della crisi di impresa," espone le istruzioni e i principi operativi alle Direzioni provinciali ed agli Uffici dipendenti.

L'Agenzia delle Entrate pone in evidenza che le disposizioni di legge prevedono la facoltà concessa al Tribunale, in presenza di determinate condizioni, di omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli Enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie. L'omologazione della procedura, anche in assenza del consenso dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, richiede l'attestazione del professionista indipendente che la proposta di soddisfacimento è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

L'Agenzia delle Entrate dedica preliminarmente una particolare attenzione al requisito di indipendenza richiesto all'attestatore ed alle conseguenze che ne derivano, nel caso in cui, per difetto dell'indipendenza, sia dichiarata l'illegittimità della procedura.

La Circolare n. 34/E[(4)] espone le linee essenziali dell'attestazione dei dati aziendali e della fattibilità del piano proposto dal debitore. L'Agenzia delle entrate, in merito a quest'ultimo aspetto, ritiene che debba essere evidenziata l'analisi delle cause della crisi, la cui rimozione dovrebbe essere alla base della proposta del debitore formulata nel piano di risanamento.

La Circolare detta le istruzioni e i principi che dovranno essere osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti affinché, accertate le cau-

se della crisi o dell'insolvenza, procedano alla valutazione della proposta, con un'indagine tecnico-finanziaria, anche estesa alla condotta del contribuente, alle eventuali attività distrattive o decettive, al ruolo della così detta finanza esterna ed al riconoscimento dei creditori ritenuti strategici.

L'Agenzia delle Entrate prende atto che i contenuti economici delle disposizioni di legge si riflettono sul sistema produttivo, tanto che la proposta di transazione fiscale e contributiva nelle procedure di composizione assistita della crisi d'impresa è anticipata al 4 dicembre 2020.

Nella suddetta Circolare, L'Agenzia delle Entrate rileva che gli interventi normativi si collocano nel più ampio discorso, legislativo e giurisprudenziale, inaugurato con il D.Lgs. 5/2006, onde favorire la conservazione dell'impresa e, con essa, la salvaguardia dei livelli occupazionali e la tutela dei creditori., enfatizzando, al contempo, il ruolo, gli obblighi e i profili di responsabilità in capo ai professionisti incaricati di attestare la veridicità dei dati aziendali che supportano la previsione del piano di risanamento.

Il ruolo del professionista "attestatore" è collegato alla scelta del legislatore di propendere verso soluzioni simil-privatistiche della crisi aziendale e rileva la necessità dell'adozione di adeguati presidi a tutela dei terzi e dei creditori, in modo che le scelte e le rinunce di fronte alle quali sono posti, siano ponderate ed assunte in base ad informazioni corrette, attendibili e sufficientemente complete.

L'attestatore assume una significativa rilevanza in relazione agli interessi tutelati; in tal senso, il legislatore ha subordinato l'esercizio della funzione attestativa al possesso di una serie di requisiti, tra i quali emerge quello dell'indipendenza. Il requisito è necessario per assicurare che gli accertamenti condotti, le analisi economico-finanziarie e patrimoniali, le valutazioni prospettiche di convenienza e di sostenibilità del piano industriale o di risanamento, la garanzia della veridicità dei dati e il giudizio finale, siano effettuati da soggetti in possesso di particolari competenze professionali. Si tratta di un ruolo centrale, da assolvere con rigore, competenza e trasparenza per assicurare la corretta riuscita della procedura di composizione della crisi.

L'attestazione è indicata come uno degli elementi di cui il Tribunale può avvalersi per omologare il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, anche in mancanza dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria.

La Circolare ribadisce la rilevanza che assume il requisito dell'indipendenza del professionista, anche con il richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2706/2009[65], ove è statuito che: *quale che sia il ruolo che la legge ha inteso attribuire al professionista nei cui confronti non può non riconoscersi anche una posizione di terzietà pur se connotata da un rapporto di fiducia con l'imprenditore*".

È definitivamente sancito che il professionista attestatore, pur nominato dal debitore, non debba essere legato all'impresa, né a coloro che hanno interesse alla riuscita dell'operazione.

L'indipendenza non può essere intesa in senso puramente formale, dovendo, invece, essere assicurata da un punto di vista sostanziale, così da garantire l'autonomia di giudizio e l'indipendenza economica dell'attestatore rispetto al debitore. Ad esempio, appare opportuno che il compenso venga compiutamente determinato all'atto dell'incarico, in quanto eventuali accordi negoziali che subordinano il pagamento del corrispettivo al rilascio di un positivo giudizio di fattibilità del piano, ovvero all'intervenuta omologa da parte del tribunale, possono essere ritenuti sintomatici dell'assenza di indipendenza. In tal caso, il lavoro di asseverazione deve essere configurato come una prestazione di mezzi e non di risultato, pertanto è incompatibile con la presenza di premi di risultato (o *succes fee*) che, per loro natura, incidono negativamente sulla sussistenza delle condizioni di indipendenza.

Nel caso in cui il Tribunale accerti il difetto del presupposto di indipendenza, si producono gli effetti che possono minare la legittimità della procedura compositiva. L'assenza del requisito potrà, in ogni caso, essere rilevata anche con l'impugnazione del decreto di omologazione, costituendo vizio idoneo a provocare la revoca del decreto medesimo.

La Circolare 34/E, a conferma di quanto esposto, richiama l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 9927/2017[66] che, in riferimento ad un evento concreto, precisa: *la violazione del professionista attestatore, ampiamente accertata nella vicenda in esame, è un vizio radicale, che impedisce al professionista di svolgere in maniera adeguata la propria funzione, di essere ed apparire una figura di garanzia nell'interesse, oltre che del proponente il concordato, di ogni singolo creditore e dell'intera procedura. La sanzione, anche a tutela degli interessi pubblicistici sottesi alla procedura, non può allora essere diversa dall'inammissibilità della proposta di concordato preventivo. Deve infatti trovare applicazione l'articolo 162, comma 2 L.F., il quale prevede che quando il giudice, nel corso del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo, accerti il difetto dei presupposti (fra l'altro) di cui all'articolo 161 L.F. dichiara inammissibile la proposta di concordato*.

Nel merito di quanto esposto nella Circolare n. 34/E, si rileva che la suddetta ordinanza della Corte di Cassazione riguarda una situazione che risulta assolutamente illegittima, in quanto il professionista attestatore risulta, in modo inequivocabile e documentalmente provato, collegato con un professionista che risulta creditore della società proponente il concordato.

La circolare espone le attività propedeutiche all'attestazione in relazione al controllo della veridicità dei dati aziendali, con tutte le assunzioni alla base

del lavoro di attestazione e, soprattutto, la descrizione dei riscontri effettuati che devono essere esposti nella relazione di attestazione.

Per quanto riguarda la fattibilità tecnico-finanziaria del piano, l'Agenzia ritiene fondamentale la diagnosi delle cause della crisi della impresa, ritenuta precondizione necessaria per valutare se la strategia proposta nel piano possa essere efficace. Le specifiche analisi dell'attestatore devono essere dirette alle principali ipotesi che il debitore pone a fondamento della strategia di risanamento. Per i piani che prevedono la continuazione dell'attività d'impresa, la relazione di attestazione deve confermare che i meccanismi causali posti a fondamento dell'*action plan* siano idonei a raggiungere gli obiettivi prefissati, suffragandone la coerenza interna ed esterna.

La Circolare n. 34/E, illustrati i contenuti necessari che dovrebbero essere riportati nella relazione dell'attestatore, fornisce le indicazioni operative agli Uffici, finalizzate a garantire un approccio uniforme all'attività di valutazione delle proposte di trattamento dei crediti tributari. Il fulcro del procedimento argomentativo è incentrato sulla maggiore, o minore, convenienza economica della proposta di composizione rispetto all'alternativa liquidatoria.

L'Agenzia delle Entrate ritiene che i flussi di cassa generati dalla continuità aziendale non siano qualificabili come *finanza esterna*, in quanto considerati ricavi comunque riconducibili al patrimonio del debitore, con tutte le conseguenze in ordine alla soddisfazione nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione. Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ha risolto con l'articolo 84, commi 4 e 6, sia nel concordato liquidatorio che in continuità aziendale, ogni dubbio interpretativo.

L'Ufficio, qualora il commissario giudiziale renda un parere favorevole alla proposta di concordato e, conseguentemente, alla connessa proposta di trattamento del credito, dovrà predisporre l'eventuale diniego con una puntuale motivazione, idonea a confutare analiticamente, *in base ad elementi chiari, oggettivi e verificabili, le argomentazioni e le conclusioni del commissario giudiziale*. L'esame è esteso al requisito della maggiore convenienza economica della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria. Pertanto, è indispensabile che nel piano siano sicuramente quantificati, in termini monetari, gli esiti delle diverse linee di azione che devono essere vagliate dall'attestatore, in modo da assicurarne la coerenza, la correttezza metodologica e, in definitiva, l'attendibilità.

Ad esempio, la determinazione del valore di realizzo dei beni immobili va motivata ricorrendo a parametri pubblicamente disponibili, alle informazioni desumibili dai borsini immobiliari, ovvero ai valori di vendita presenti nei siti on line delle agenzie immobiliari.

Le risultanze, rispetto a quanto attestato dal commissario giudiziale, dovranno essere disattese solo allorquando siano ritenute inattendibili, ovve-

ro non sostenibili, anche alla luce del momento economico e competitivo di riferimento, nonché della situazione economico-patrimoniale dell'impresa.

In sede di esame della documentazione, qualora dovessero emergere particolari carenze o criticità, gli Uffici onde garantire la massima celerità del vaglio istruttorio, avranno cura di avviare un tempestivo confronto con il contribuente, volto a meglio definire i termini della questione ed a pervenire ad una soluzione condivisa. Pertanto, è auspicato un confronto con il debitore o con i suoi consulenti per pervenire ad una soluzione condivisa con un contradditorio preventivo.

La circolare aggiunge che è necessario fornire chiarimenti in merito alla condotta del contribuente.

Le condotte distrattive dovranno essere segnalate, per le conseguenti iniziative legali o penali al commissario giudiziale, in quanto l'Agenzia rileva che i precedenti fiscali del contribuente non sono generalmente esaminati in sede di valutazione della proposta, ma rientrano nell'ambito della predetta valutazione, eventuali condotte riconducibili ad una sistematica e deliberata violazione degli obblighi fiscali, pur non assumendo autonoma rilevanza.

La presenza di atti di frode, quale l'utilizzazione di fatture false, deve indurre, in sede di valutazione della proposta di concordato, ad ampliare l'ambito oggettivo di valutazione, poiché la gravità dei comportamenti pregressi deve portare a ritenere le esigenze di tutela dell'interesse erariale prevalenti rispetto alla speditezza della procedura. In dette circostanze, in sede di esame della proposta, dovranno essere valorizzate situazioni di discontinuità rispetto alla precedente compagine sociale o agli organi direttivi dell'impresa, responsabili della realizzazione dei predetti disegni.

La stessa Direttiva dell'Unione Europea 1023/2019 prevede la possibilità di stabilire presunzioni, relative alla presenza di motivi di rifiuto, qualora l'imprenditore abbia commesso un reato finanziario o mostrato un inadempimento sostanziale nei confronti dei lavoratori e delle agenzie fiscali.

In merito alla dilazione del debito tributario ed alle percentuali di ristoro, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate espone che, per quanto riguarda la valutazione del lasso temporale proposto per l'assolvimento del debito tributario, sarà riservata precipua attenzione al grado di attendibilità che riveste il piano di pagamento. La percentuale di ristoro non può prevedere un'entità minima o massima, ma occorre che la proposta di soddisfacimento *non sia 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*.

La Circolare dispone che gli Uffici *devono corredare il giudizio di manifesta inattendibilità o insostenibilità con una puntuale motivazione, idonea ad*

individuare in maniera analitica le ipotesi, le prospettazioni e i dati-compendiati nel piano e nella relazione-ritenuti non attendibili.

Per quanto riguarda i creditori strategici, per i quali la legge ammette un trattamento preferenziale in funzione dell'imprescindibilità del loro apporto ai fini della continuità aziendale, la Circolare rileva che la strategicità del creditore che sottrae risorse ai creditori dovrà essere giustificata sulla base di elementi oggettivi e concreti e non meramente asserita.

In proposito, rilevano *"a ben vedere, un miglior trattamento dei creditori strategici non è mai parso penalizzante per il Fisco, avendo esso necessariamente lo scopo di rendere possibile, in virtù della regolare fornitura di beni e servizi essenziali, per la prosecuzione dell'attività dell'impresa e attraverso di essa, il migliore trattamento dei crediti, inclusi quelli tributari"*[60].

In riferimento a quanto esposto nella Circolare n. 34/E, è opportuno ribadire che il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza presenta, a tutela dell'interesse pubblico, la finalità di consentire la continuità aziendale dell'impresa in stato di crisi o di insolvenza e, nel contempo, di evitare la chiusura dell'impresa ed assicurare il migliore soddisfacimento dei creditori. La continuità aziendale non deve essere conseguita tramite una semplice falcidia delle ragioni creditorie, tanto che il Codice richiede agli organi della procedura un costante confronto, a tutela di tutti i creditori, fra quanto conseguibile con la continuità aziendale rispetto a quanto può derivare dalla liquidazione giudiziale.

La neutralizzazione del diniego, espresso o tacito, dell'Amministrazione finanziaria alle condizioni previste dalla normativa costituisce un interesse della comunità, per cui *l'interesse fiscale, costituzionalmente inteso, non è un interesse proprio dell'Ufficio che lo rappresenta. È un interesse della comunità*[61].

Se l'Ufficio erariale competente non svolge la dovuta valutazione dell'interesse fiscale, la Pubblica Amministrazione deve avere-e ora ha-legalmente al suo interno la risorsa per effettuare, in via suppletiva ed in attuazione del medesimo interesse fiscale, tale funzione valutativa. Essa si compie in via giurisdizionale.

Il punto nodale è sempre stato quello della indisponibilità del responsabile dell'Ufficio ad assumersi la responsabilità di un voto determinate, anche quando la decisione è evidentemente vantaggiosa per il credito erariale, altrimenti destinato ad essere (non o mal) pagato con moneta fallimentare.

Le medesime considerazioni sono ribadite per i rapporti, in sede concorsuale, fra l'impresa debitrice e gli Enti gestori di forme di previdenza e di assistenza obbligatorie.

---

60 V. G. Andreani e A. Tubelli, "*Utilizzo dei flussi gestionali nella transazione fiscale*", in Il Fisco 2019, fasc. 39.

61 V. Enrico De Mita sul Sole 24 Ore del 23 febbraio 2021.

Gli aspetti tecnico-giuridici richiamati nella circolare e l'invito agli Uffici in merito alla concreta operatività, alla verifica dei dati aziendali ed alla fattibilità tecnico-finanziaria del piano di risanamento, contribuiscono all'attuazione delle disposizioni di legge.

È evidente che la recente normativa comporta per l'Amministrazione finanziaria e per gli Enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie una particolare attenzione in merito alla proposta, per cui il redattore del piano e l'attestatore dovranno dimostrare la convenienza per i creditori pubblici della procedura concordataria rispetto a quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale.

In merito al controllo che sarà esercitato dai creditori pubblici, è opportuno ribadire che la procedura oggetto di omologazione da parte del Tribunale prevede, fin dal decreto di ammissione alla procedura, rigorosi controlli da parte degli organi giudiziali finalizzati al migliore soddisfacimento di tutti i creditori.

A prescindere dall'incisività dei controlli, da parte dei singoli creditori, è evidente che le procedure di composizione della crisi sono condotte, nelle successive fasi, con la massima trasparenza, tanto che i creditori sono posti nelle condizioni di esprimere un voto consapevole, anche con il raffronto fra le relazioni del commissario giudiziale e dell'attestatore.

Il piano di risanamento richiede l'attestazione della fattibilità del piano da parte del professionista indipendente, seguita dalla relazione del commissario giudiziale che, come pubblico ufficiale, verifica, fra l'altro, la funzionalità del piano al migliore soddisfacimento dei creditori ed illustra le utilità che in caso di liquidazione giudiziale possono essere apportate dalle azioni che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi. Inoltre, il commissario redige una relazione integrativa qualora emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto, espone l'eventuale carenza delle condizioni prescritte per l'apertura del concordato, deposita la propria relazione definitiva che comunica ai creditori ed agli altri interessati.

Le procedure di composizione della crisi non prevedono, come avviene nella liquidazione giudiziale, il comitato dei creditori, ma ogni singolo creditore ha la possibilità di essere costantemente informato dal commissario giudiziale sull'andamento della gestione nel corso della stessa procedura. Il riferimento riguarda gli obblighi informativi, da parte del debitore, con periodicità almeno mensile, in merito alla gestione finanziaria dell'impresa ed all'attività compiuta. Inoltre, il Tribunale nell'istruttoria per le autorizzazioni al compimento di operazioni di carattere straordinario può sentire senza alcuna formalità i principali creditori.

Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere; successivamente il concordato può essere approvato dai creditori se rappresen-

tano la maggioranza di legge. Nel corso del giudizio di omologazione, i creditori dissenzienti e qualunque interessato possono proporre opposizione.

La verifica del contenuto dell'attestazione è ritenuta ulteriore compito del collegio sindacale, nella considerazione che *è stato opportunamente precisato che il collegio sindacale dovrà compiere la verifica sull'attestazione in relazione ai contenuti fissati dall'art. 182-bis L.F. in ordine al soddisfacimento dei crediti vantati dall'amministrazione finanziaria o dagli Enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie che non abbiano aderito all'accordo o al concordato tenendo conto delle modifiche apportate a tale disposizione in vigore dal 4 dicembre 2020 per cui il Tribunale omologa l'accordo o il concordato anche mancanza del voto favorevole di tali creditori pubblici*[62].

Ad avvenuta omologazione, è attribuito a ciascun creditore il diritto di ricorrere contro l'omologazione e, nei casi di inadempimento, chiedere la risoluzione o l'annullamento del concordato, allorché in quest'ultima situazione si scoprono comportamenti dolosi del debitore.

In effetti, la procedura concorsuale è prevista con modalità tali che consentono a ciascun creditore il costante controllo della procedura e, senza dubbio, la rigorosa verifica sull'operato dell'attestatore e del commissario giudiziale, che precede l'omologazione da parte del Tribunale, dimostra l'esistenza di una procedura trasparente, che favorisce e stimola la correttezza dei piani di risanamento finalizzati alla continuità aziendale del debitore ed al migliore soddisfacimento dei creditori.

L'iniziativa dell'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 34/E di invito alle Direzioni provinciali e gli Uffici dipendenti di attenersi alle istruzioni fornite ed ai principi enunciati è comunque positiva, in quanto si tratta di creditori che dispongono di un'idonea struttura e di informazioni non accessibili ai creditori privati, quindi in grado di esercitare un controllo documentale più incisivo rispetto al singolo creditore privato. Il controllo rigoroso, incrementa, a vantaggio di tutti i creditori, l'esame critico della documentazione aziendale e delle ipotesi di recupero dell'equilibrio economico-finanziario.

Inoltre, è certamente doveroso, anche per i professionisti incaricati dell'attestazione attenersi al prudente rispetto del requisito dell'indipendenza dell'attestatore, pena l'illegittimità della procedura, con tutte le conseguenze civili e penali.

La valutazione della convenienza della proposta di soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria rappresenta per l'Amministrazione finanziaria e per gli Enti gestori di forme di previdenza e di assistenza obbligatorie un aspetto particolarmente significativo.

---

62 V. A. Currarini in "Società non quotate, in "*Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale*", in "Norme & Tributi Plus Diritto del 08 gennaio 2021.

L'Agenzia delle Entrate considera anche l'esercizio di un contradditorio preventivo con il debitore, iniziativa che appare assimilabile a quanto disposto dal Comando Generale della Guardia di Finanza nel "Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali", in ogni caso la proposta può essere legittimamente presentata anche nel caso in cui non emerga una preventiva soluzione condivisa dalle parti.

Si aggiunge che anche il diffuso timore dell'assunzione di responsabilità erariale da parte dei funzionari degli Uffici, ha costituito una realtà, con la mancata espressione del voto che procura lo stesso effetto del diniego.

Potrebbe essere addirittura esclusa, come auspica l'Agenzia delle Entrate, la possibilità di una composizione della crisi d'impresa o dell'insolvenza, nelle situazioni alla cui origine esistono distrazioni, occultamenti di attivo, utilizzo di documentazione falsa, operazioni simulate ed in genere artifizi e raggiri, anche di natura fiscale. La stessa Direttiva Unione Europea 1023/2019[15] dispone che gli *Stati membri possano limitare l'accesso al quadro di ristrutturazione con riguardo ai debitori che sono stati condannati per gravi violazioni dagli obblighi di contabilità o di tenuta dei libri. Al fine di agevolare e di accelerare lo svolgimento della procedura, gli Stati membri dovrebbero potere stabilire presunzioni relative in ordine alla presenza di motivi di rifiuto, qualora, ad esempio, il debitore dimostri la condotta tipica di un debitore che non è in grado di pagare i debiti in scadenza, come un inadempimento sostanziale nei confronti dei lavoratori o delle agenzie fiscali e di sicurezza sociale, o qualora l'imprenditore o l'attuale dirigenza dell'impresa abbia commesso un reato finanziario che induca a ritenere che la maggioranza dei creditori non sosterrà l'avvio delle trattative*.

Nelle situazioni di minore gravità, dovute ad esempio, alla errata applicazione dei principi contabili, sarebbe oltremodo opportuno, come rilevato dalla Circolare n.34/E, la sottoscrizione della proposta da parte dei nuovi organi direttivi dell'impresa per valorizzare la situazione di discontinuità. Il requisito della meritevolezza è stato abolito, ma ancora sussiste la credibilità degli organi proponenti la composizione della crisi o dell'insolvenza.

La Circolare, per quanto riguarda il realizzo di beni immobili, fa riferimento ai valori dell'Osservatorio del mercato immobiliare, integrati con le informazioni desumibili dai borsini immobiliari ed ai valori di vendita presenti nei siti on line delle agenzie immobiliari.

In proposito, emerge l'opportunità che il riferimento sia rivolto a valori effettivi, quali quelli conseguibili dalle vendite giudiziarie, i cui proventi non hanno nulla a che vedere con i valori originari di stima, anche se desunti dai borsini immobiliari. In tal senso, è evidente che il mercato è attualmente penalizzato dalla mole di vendite giudiziarie, conseguente ai *npl* prodotti dalle insolvenze bancarie. Le vendite sono caratterizzate da continui e ricorrenti

esperimenti di gara che, oltre a richiedere lunghi tempi per la conclusione, si concludono con realizzi in entità estremamente ridotta, rispetto ai valori stimati dai consulenti incaricati.

Il legislatore, con l'articolo 216, comma 2, in tema di modalità di liquidazione nella relativa procedura, dimostra una realistica concretezza, disponendo che il curatore della liquidazione giudiziale deve porre in essere almeno tre esperimenti di vendita all'anno; dopo il terzo esperimento andato deserto il prezzo può essere ribassato fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultimo esperimento.

Gli effetti del potere attribuito al Tribunale fallimentare, si rileva[63]:

1) *l'impresa che non si vede approvare una proposta di transazione fiscale o contributiva non può essere privata di una tutela giurisdizionale, al contrario di quanto hanno sempre ritenuto l'Agenzia delle Entrate, l'INPS e l'INAIL;*
2) *la giurisdizione compete al tribunale fallimentare e non al giudice tributario o al giudice del lavoro;*
3) *i novellati articoli 180 e 182-bis della legge fallimentare devono essere interpretati nel senso che il potere del tribunale di omologare la transazione fiscale e contributiva sussiste non solo quando i suddetti Enti non si pronunciano sulle rispettive proposte, ma anche quando le rigettano espressamente;*
4) *il tribunale fallimentare, nell'esercitare tale potere, deve considerare l'interesse concorsuale prevalente su quello fiscale.*

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E invita le Direzioni provinciali e gli Uffici dipendenti affinché esercitino la dovuta vigilanza sugli effetti delle norme. Nei fatti, si verifica un'interessante situazione: il contribuente ha la facoltà di presentare ricorso a fronte degli accertamenti degli Uffici finanziari, ora, in una sorta di inversione dei ruoli, gli Uffici potranno avviare le procedure di legge per la tutela degli interessi erariali.

4.10.7 *L'attestazione del professionista indipendente e gli Enti previdenziali*

È consentita non solo la transazione fiscale con il pagamento parziale o dilazionato dei tributi, ma anche la transazione per i contributi amministrati dagli Enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori.

La norma, considerata estremamente significativa dal sistema imprenditoriale, sconvolge le precedenti disposizioni definite dal Decreto Ministeriale del 4 agosto 2009 che disciplina le modalità di applicazione, i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli Enti previdenziali degli accordi sui

63 Principi che sono esposti da G. Andreani in "*Il risanamento aziendale è più importante dell'interesse fiscale*" in Il Sole 24 Ore del 12/04/2021.

crediti contributivi, nell'ambito della procedura definita dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.

Il decreto ministeriale, in vigore dal 29 ottobre 2009, ora abrogato, prevede pesanti condizioni, quali:

a) la proposta di accordo deve essere accompagnata da una relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano dell'impresa;
b) il pagamento parziale per i crediti privilegiati di cui all'articolo 2778, comma 1, n.1 C.C. non deve essere inferiore al 100% e per i crediti privilegiati di cui all'articolo 2778, comma 1, n.8 C.C. non inferiore al 40%;
c) la proposta di pagamento parziale per i crediti di natura chirografaria non può essere inferiore al 30%.

La richiesta delle suddette condizioni, di carattere essenzialmente burocratico, non ha nulla a che vedere con l'auspicata continuazione dell'attività dell'impresa e con il beneficio che, comunque, gli stessi Enti, a beneficio del sistema pubblico generale, potrebbero conseguire tramite la transazione contributiva.

È opportuno aggiungere, per quanto riguarda la transazione contributiva, che il comma 1-ter dell'articolo 3-bis della L.159/2000 dispone testualmente: "dalla data della entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto cessa di avere applicazione il provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 32, comma 6, del decreto legge 29 novembre 2008, n.185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2".

Giulio Andreani nel Sole 24 Ore del 12/04/2021[71] espone che per *l'INPS-ma altrettanto può dirsi per l'INAIL-nulla è cambiato, perché-risulta dalle comunicazioni inerenti al rigetto di proposte di transazione contributiva inviate nelle scorse settimane-continuerebbero a trovare applicazione le istruzioni fornite con la circolare n.38 del 15 marzo 2010 per illustrare il citato decreto*.

Eppure, non sussiste alcun dubbio: il Decreto ministeriale ha cessato di avere vigore per espressa disposizione della L. 159/2020, articolo 3-bis, comma 1-ter, per cui solo il Tribunale può rimuovere l'ostacolo., come ribadito dalla Corte di Cassazione Sezione U civile che, con ordinanza del 25/03/2021, n.8504[57] ha ribadito che la posizione dell'Ente impositore non è più espressa con un "atto autonomo" di accoglimento ovvero di rigetto della proposta, bensì con il voto dell'ufficio territoriale sulla proposta concordataria.

4.11 Le autorizzazioni del Tribunale e del giudice delegato

Le attività gestionali proseguono nel corso della procedura anche dopo il deposito della domanda di concordato, per cui il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, oltre a prevedere l'ordinaria amministrazione affidata al

debitore, ne fissa i limiti e prevede le autorizzazioni che possono essere concesse dal tribunale o dal giudice delegato per determinati atti gestionali di carattere straordinario.

Le autorizzazioni disposte dal Tribunale o dal giudice delegato per il compimento di determinati atti gestionali dell'impresa nel corso della procedura riguardano il concordato preventivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

L'autorizzazione al debitore è concessa dal tribunale dalla data del deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione alla procedura, successivamente l'autorizzazione è disposta dal giudice delegato.

L'attività di impresa prosegue dopo il deposito della domanda di accesso ad uno dei quadri di ristrutturazione preventiva e il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. I rapporti con i terzi sono facilitati, grazie alla disposizione che dispone la prededucibilità, in caso di successiva dichiarazione di liquidazione giudiziale, per i crediti derivanti da atti legalmente compiuti.

Il debitore, dalla data di deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione alla procedura, può compiere gli atti di ordinaria amministrazione. Il riferimento all'ordinaria amministrazione degli atti, distinti dagli atti di straordinaria amministrazione, è diverso rispetto alla distinzione riferita al normale esercizio dell'impresa, in quanto il connotato è riferito al rischio di compromettere, riducendo la consistenza del patrimonio, la capacità residua di soddisfacimento dei creditori.

Possono essere compiuti, anche nel periodo successivo al ricorso e precedente l'ammissione alla procedura, atti urgenti di amministrazione straordinaria, se autorizzati dal Tribunale, previa l'assunzione di sommarie informazioni e il parere del commissario giudiziale, se nominato.

Nel corso della procedura, ad avvenuta ammissione del concordato, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, devono essere autorizzati dal giudice, in difetto, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

In riferimento alla qualificazione degli atti gestionali, la Corte di Cassazione con sentenza n. 13261/2019[64], espone che *l'esercizio imprenditoriale presuppone necessariamente il compimento di atti dispositivi, e non meramente conservativi, sicché la distinzione va fondata, per contro, sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale del tipo di impresa e con le relative dimensioni. Il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, in quando ne determina la riduzione, ovvero*

64 manca nota

lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi.

È richiesta l'attestazione del professionista indipendente per atti gestionali di particolare rilievo, se funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, quindi riguardanti i finanziamenti prededucibili, il pagamento di crediti pregressi e i contratti con le pubbliche amministrazioni.

4.11.1 *L'attestazione riferita ai finanziamenti prededucibili*

L'equilibrio finanziario di un'impresa che ha in corso la procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti è generalmente precario, per cui il legislatore ha previsto l'opportunità di atti di carattere straordinario che, in quanto tali, potrebbero comportare un ulteriore rischio per il ceto creditorio.

L'erogazione dei finanziamenti alle imprese in stato di crisi comporta un rischio per gli istituti finanziari che è limitato se i finanziamenti sono erogati nel rispetto delle norme previste dal Codice, in quanto è assicurata la prededucibilità in caso di successiva liquidazione giudiziale dell'impresa debitrice.

Come dispone la direttiva UE 1023/2019[15] *il successo del piano di ristrutturazione spesso dipende dal fatto che l'assistenza finanziaria è erogata al debitore per sostenere, in primo luogo, l'operatività dell'impresa durante le trattative di ristrutturazione e, in secondo luogo, l'attuazione del piano di ristrutturazione dopo l'omologazione, per evitare potenziali abusi, dovrebbero essere protetti solo i finanziamenti che sono ragionevolmente e immediatamente necessari per la continuazione dell'operatività o la sopravvivenza dell'impresa del debitore, o per la preservazione o il miglioramento del valore dell'impresa in attesa dell'omologazione del piano di ristrutturazione*.

Le disposizioni del Codice relative ai finanziamenti erogabili in funzione della domanda di ammissione al concordato preventivo o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono in aderenza al principio esposto dalla Direttiva UE 1023/2019.

L'aspetto finanziario nel concordato in continuità rappresenta un aspetto particolarmente significativo che il debitore deve considerare fin dal contenuto del piano presentato che, ai sensi dell'articolo 87, lettere e), f) e g), deve esporre, fra l'altro, l'indicazione degli effetti sul piano finanziario, l'analitica individuazione del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura e i previsti apporti di finanza nuova.

Ovviamente, per evitare abusi, dovrebbero essere protetti solo i finanziamenti che sono ragionevolmente e immediatamente necessari per la continuazione dell'operatività per consentire la migliore soddisfazione dei creditori.

Il debitore può chiedere, ai sensi dell'articolo 99, comma 1, con ricorso al

Tribunale di essere autorizzato, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, a contrarre finanziamenti prededucibili funzionali all'esercizio dell'attività aziendale, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il ricorso deve specificare, ai sensi del comma 2, 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 suddetti, nonché la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori.

Il professionista indipendente, al fine di procedere alla richiesta attestazione, deve essere a conoscenza nei suoi elementi essenziali dei benefici derivanti dal piano economico in corso di elaborazione, al fine di procedere all'attestazione rispettando il principio che i finanziamenti devono essere funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori e non alla mera continuazione dell'attività.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020[(2)] rilevano che *l'attestatore deve tenere in considerazione la circostanza che tale prosecuzione comporta il mantenimento, a sostegno della continuità, di risorse patrimoniali e finanziarie che sono, come tali, sottratte alla disponibilità dei creditori anteriori. Ciò è consentito se l'attestatore esprime il convincimento che la destinazione di quelle risorse ai creditori pregressi, ove anche fosse possibile in assenza di continuità aziendale, non ne migliorerebbe il grado di soddisfazione*.

La suddetta attestazione, di elevata responsabilità, anche per le conseguenze negative che può produrre, richiede che sulla base dell'elaborazione predisposta dal debitore e dai suoi consulenti, l'attestatore, come previsto dai Principi di attestazione dei piani di risanamento 16/12/2020 del CNDCEC[(2)] disponga:

a) *la verifica del fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione che rende necessaria l'elaborazione, da parte dell'impresa debitrice, di un piano economico-finanziario da porre a fondamento delle previsioni finanziarie;*
b) *l'esame del piano economico e del piano finanziario predisposti dall'impresa, al fine di accertarne l'affidabilità e la determinazione del suddetto fabbisogno finanziario;*
c) *la conseguente verifica della corrispondenza dei nuovi finanziamenti richiesti dall'impresa al fabbisogno finanziario della stessa;*
d) *l'accertamento della idoneità e della strumentalità delle azioni che l'impresa intende porre in essere e della conseguente Acquisizione dei predetti finanziamenti a conseguire la migliore soddisfazione dei creditori, rispetto alla qua-*

le l'acquisizione di nuova finanza deve essere legata da un nesso di funzionalità, cioè di un rapporto di "causa-effetto", nel senso che tale migliore soddisfazione non può essere realizzata in assenza dell'erogazione di nuova finanza.

e) il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti che il debitore non è in grado di reperire altrimenti e le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura.

Il Tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.

Le suddette disposizioni, ai sensi del comma 5, si applicano anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, quando i finanziamenti sono previsti dal relativo piano e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero gli accordi di ristrutturazione siano omologati.

I finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che:

a) il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso atti di frode;
b) il curatore dimostra che i soggetti finanziatori conoscevano le suddette circostanze.

La disposizione di prededucibilità dei finanziamenti si applica, ai sensi dell'articolo 102, in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinques C.C. anche ai finanziamenti effettuati dai soci in qualsiasi forma fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

Il beneficio opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Sono altresì prededucibili, ai sensi dell'articolo 101, i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di accordi omologati ed espressamente previsti nel piano ad essi sottostante.

I finanziamenti concessi nel corso della procedura comportano per il professionista indipendente una rilevante responsabilità, al punto che l'attestazione con dati falsi o con omissione di informazioni rilevanti ha rilevanza penale. In dette situazioni è evidente il rischio assunto anche dal finanziatore al quale è negata la prededuzione nei casi in cui il concordato preventivo non sia ammesso oppure non sia disposta la prededuzione nel provvedimento con il quale il Tribunale ammette il concordato.

4.11.2 *L'attestazione per i contratti con le pubbliche amministrazioni*

Fermo restando quanto previsto nell'articolo 97 per i contratti pendenti, i contratti con le pubbliche amministrazioni non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato e sono inefficaci eventuali patti contrari, salvo che il debitore chieda l'autorizzazione per lo scioglimento del contratto, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua esecuzione.

La continuazione dei contratti, ai sensi dell'articolo 95, comma 2, prosegue se il professionista indipendente attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento. La società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami dell'azienda cui i contratti siano trasferiti, può beneficiare della suddetta disposizione, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto.

La disposizione si applica anche in caso di concordato liquidatorio, quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

Inoltre, l'impresa, successivamente al deposito della domanda, può partecipare a procedure di affidamento dei contratti pubblici, previa autorizzazione del Tribunale, e, dopo il decreto di apertura con autorizzazione del giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale, ove già nominato.

La suddetta autorizzazione richiede il deposito di un'ulteriore relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità dell'impresa all' adempimento del contratto al quale intende partecipare.

Inoltre, l'impresa in concordato può concorrere anche 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 ad una procedura concorsuale.

4.11.3 *L'attestazione riferita al pagamento dei crediti pregressi*

La prosecuzione dell'attività aziendale costituisce il presupposto essenziale per ottenere l'omologa di un concordato preventivo in continuità o di un accordo di ristrutturazione dei debiti per un'impresa che prosegue l'attività, sia in forma diretta che indiretta.

Il debitore, nelle suddette situazioni, può chiedere al Tribunale, ai sensi dell'articolo 100, di essere autorizzato a pagare crediti anteriori alla data di presentazione della domanda, per prestazioni di beni e servizi. L'utilizzo di beni o il ricorso a prestazioni di servizi devono essere essenziali per la pro-

secuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Il pagamento dei crediti pregressi presenta la finalità essenziale di ottenere la prosecuzione di forniture di beni o servizi da parte dei così detti "creditori strategici".

L'attestazione non è necessaria, ai sensi dell'articolo 100, comma 1, per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengono apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. Il Tribunale può autorizzare, alle medesime condizioni, il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

Inoltre, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale la suddetta disciplina si applica, in deroga dell'articolo 154, comma 2 al rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio d'impresa, se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il Tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data. Il professionista indipendente attesta che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori.

4.12 Il Commissario giudiziale l'attestatore il collegio sindacale

Nelle procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza intervengono le figure professionali del commissario giudiziale e dell'attestatore, operanti nelle rispettive funzioni in modo autonomo, nella comune finalità di concorrere alla soluzione di una situazione di crisi o di insolvenza reversibile dell'impresa.

Le suddette funzioni professionali, pur senza alcun confronto diretto e nel rispetto dei rispettivi ruoli, sono chiamate a un necessario confronto, di carattere collaborativo.

Il commissario giudiziale è un pubblico ufficiale, nominato dal Tribunale al quale, come da sentenza della Corte di Cassazione n. 25330 del 25 ottobre 2017[65], *la legge fallimentare attribuisce funzioni composite-vigilanza, informazione, consulenza e impulso, complessivamente finalizzate al controllo della re-*

65 Cassazione civile sez. I, 25 ottobre 2017, n. 25330, in *Giustizia Civile Massimario 2017*.

golarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione ai creditori-ma non anche di amministrazione e gestione, né di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio.

L'attestatore, nominato dal debitore, ha il compito di assicurare, come da sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 1521 del 23 gennaio 2013[66], che *i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura concordataria in questione ed al cui soddisfacimento sono per l'appunto deputati a provvedere dapprima il professionista indipendente, in funzione dell'ammissibilità al concordato e quindi il commissario giudiziale prima dell'adunanza per il voto. Il professionista attestatore, pur non essendo un consulente del giudice, come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo, ha le caratteristiche di indipendenza (ulteriormente indirettamente rafforzate dalle sanzioni penali previste e di professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo*.

Il collegio sindacale nel corso della procedura mantiene le proprie funzioni, *gli organi nominati nella procedura affiancano, ma non sostituiscono, gli organi societari, che, al contempo, conservano le loro prerogative e continuano a svolgere le tradizionali funzioni attribuite dalla legge: l'organo amministrativo, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, continua a gestire la società e dà attuazione al piano di concordato; il collegio sindacale resta investito delle sue tradizionali funzioni di vigilanza, che continua a svolgere regolarmente secondo le regola del diritto societario nell'interesse dei soci e della società ai sensi dell'articolo 2403 C.C*[67].

L'attività del collegio sindacale è sempre un'attività di vigilanza, sia nelle società *in bonis*, sia nelle società *in crisi*, rimane nella pienezza delle proprie funzioni anche in presenza di un organo giudiziale, quale è il commissario giudiziale.

Resta inteso che il collegio sindacale è tenuto a instaurare un rapporto improntato alla reciproca collaborazione e dunque a informare il commissario giudiziale delle irregolarità eventualmente riscontrate nel corso dell'attività di vigilanza sull'esecuzione del concordato.

In merito ai rapporti fra il commissario giudiziale e il collegio sindacale si rileva: *aperto il concordato, la gestione della società è sottoposta alla vigilanza del commissario giudiziale, un soggetto esterno con il quale i sindaci devono necessariamente interfacciarsi. È conseguente chiedersi se la compresen-*

---

66 Cassazione civile sez. un., 23 gennaio 2013, n.1521, in *Giustizia Civile Massimario 2013*.

67 V. Cristina Bauco, "Operazioni straordinarie e procedure concorsuali, vigilanza del collegio sindacale", in Guida alla Contabilità & Bilancio del 01 aprile 2021, a commento delle Norme di comportamento del collegio sindacale, emanate dal CNDCEC.

za di più organi di controllo determini aree di sovrapposizione e duplicazione di funzioni[68].

Il collegio sindacale nel corso della gestione deve informare il commissario giudiziale delle irregolarità rilevate, anche in riferimento all'attuazione di atti ritenuti di ordinaria amministrazione che possono comportare, con la riduzione del patrimonio aziendale, pregiudizio alle ragioni dei creditori.

I Principi di Attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020[(2)], in merito alla relazione di attestazione, rilevano che *la stessa dovrebbe contenere tre parti*:

a) *una prima parte introduttiva e di rendicontazione sulle verifiche svolte sulla veridicità della base dati;*
b) *una seconda parte nella quale sono svolte le analisi del piano e di sensitività;*
c) *una parte finale contenente il giudizio di fattibilità e, ove richiesto, la valutazione di migliore soddisfacimento dei creditori.*

La valutazione del migliore soddisfacimento dei creditori, nelle ipotesi normativamente previste, integra quello ordinario di veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano.

I suddetti Principi di attestazione dei piani di risanamento, ai fini del riconoscimento delle responsabilità, prevedono che l'attestatore ottenga dalla direzione *il riconoscimento della corretta predisposizione della situazione patrimoniale, economia e finanziaria. E altresì opportuno che la situazione contabile di partenza (base dai contabile) e il piano siano approvati dall'organo amministrativo*.

La documentazione dell'attività esercitata deve essere conservata dall'attestatore per un periodo di dieci anni, termine indicato dai Principi di attestazione con riferimento alle norme relative alla conservazione delle scritture contabili.

L'istituto del concordato preventivo conserva rilevanti profili sia sul piano pubblicistico che su quello negoziale, come evidenziato, da un lato, dalla nomina del commissario giudiziale e dalla valutazione della fattibilità, non solo giuridica, del piano da parte del Tribunale e dall'altro dalla nomina dell'attestatore da parte del debitore e dal rapporto diretto con i creditori chiamati al voto sulla proposta di regolazione della crisi o dell'insolvenza formulata dal debitore.

La funzione del professionista indipendente non si esaurisce nell'attestazione del piano depositato, ma le prestazioni proseguono con le eventuali successive attestazioni speciali, eventualmente con professionisti indipen-

---

68 V. R. Russo, "*Momenti di dialogo tra collegio sindacale e commissario giudiziale nella s.p.a. in concordato preventivo*", in Giurisprudenza Commerciale 2021, fasc. 1.

denti diversi rispetto all'attestatore iniziale, per consentire interventi economici e finanziari di significativa rilevanza, con assunzione delle conseguenti responsabilità, dirette ad assicurare la continuità aziendale e, nel contempo, il migliore soddisfacimento dei creditori.

Il collegio sindacale che continua ad esercitare le funzioni di vigilanza anche in occasione delle operazioni che richiedono attestazioni speciali deve confrontarsi con il commissario giudiziale, al quale dovrebbe assicurare la massima collaborazione.

L'intervento pubblico, come esposto nella sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite civili del23 gennaio 2013, n. 1521[69], tiene conto, né può essere diversamente, *dell'avvertita esigenza degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia*.

il commissario in pendenza della procedura:

a) riferisce immediatamente al Tribunale se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode;
b) fornisce ai creditori che ne fanno richiesta le informazioni utili per la presentazione delle proposte concorrenti;
c) vigila sull'amministrazione del debitore durante la procedura di concordato;
d) procede alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori;
e) redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori;
f) comunica al pubblico ministerio i fatti che possono interessare ai fini delle indagini in sede penale;
g) illustra nell'adunanza dei creditori la sua proposta e le proposte definitive del debitore ed eventualmente quelle concorrenti presentate dai creditori.

Il commissario giudiziale nel periodo successivo all'omologazione del concordato:

a) avvisa i creditori, se dopo l'approvazione del concordato, sono mutate le condizioni di fattibilità del piano,
b) sorveglia l'adempimento dopo l'omologazione del concordato;
c) riferisce al Tribunale se il debitore non provvede al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta di concordato omologata.

---

69 Cassazione civile sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giustizia Civile Massimario 2013*.

Il commissario giudiziale, se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato deve riferirne immediatamente al Tribunale, dando comunicazione al pubblico ministero ed ai creditori. L'azione del commissario giudiziale, se confermata dal Tribunale, sottrae ai creditori l'espressione del voto, per cui è auspicabile che, nel caso in cui l'iniziativa sia assunta per carenza delle condizioni richieste dal piano, sia usata in condizione di assoluta non fattibilità del piano proposto.

Il piano presentato dal debitore è esaminato dal commissario giudiziale che dispone di risorse, qualificati coadiutori, consulenti fiscali e tempi adeguati; nell'ipotetico confronto fra i mezzi di indagine a disposizione, il professionista indipendente, in genere, non dispone delle strutture e degli strumenti a disposizione del commissario. Pertanto, a maggiore ragione, il professionista indipendente, come previsto dalla direttiva UE in tema di revisione legale, deve rendere concreto sul piano operativo il principio dello scetticismo professionale, nell'eventualità che si possa verificare un errore significativo.

Inoltre, occorre considerare che le valutazioni del commissario giudiziale avvengono ex post con la disponibilità di mezzi e di qualificate strutture esterne.

La consulenza del commissario giudiziale si esprime, anche con i pareri espressi al giudice delegato o al Tribunale, per gli atti di straordinaria amministrazione richiesti dal debitore, quali l'accesso a finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti, operazioni che richiedono la preventiva attestazione del professionista indipendente.

La verifica dell'ammissibilità della proposta e della fattibilità del piano proposto ai creditori richiede il parere del commissario giudiziale sul piano e sui relativi allegati presentati dal debitore ai creditori.

Ovviamente la situazione di crisi di impresa, rispetto ad una manifestata situazione di insolvenza reversibile, rende più agevole il percorso per recuperare la continuità aziendale alle condizioni esposte nella domanda per l'accesso alle procedure di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti.

Un aspetto rilevante della procedura è rappresentato dalla relazione del commissario giudiziale nella quale sono esposte le cause della crisi, la situazione dell'impresa, evidenziando lo stato di crisi o di insolvenza, la condotta del debitore, i contenuti della proposta di concordato e le garanzie offerte ai creditori, nonché le utilità che potrebbero derivare da azioni risarcitorie o revocatorie che potrebbero essere apportate in caso di liquidazione giudiziale. La relazione del commissario giudiziale rileva anche l'origine e la storia dell'attività dell'impresa, espressa anche dai bilanci degli esercizi pregres-

si sui quali espone le valutazioni critiche e l'evoluzione dell'attività risultante dai bilanci in correlazione con le cause della crisi. Esaminata la situazione pregressa, il commissario presenta, ai fini della valutazione della fattibilità del piano, la relazione tecnico-finanziaria sui contenuti della proposta e sugli effetti finanziari, economici e patrimoniali derivanti dalle programmate strategie di risanamento.

Per quanto riguarda l'esposizione delle azioni risarcitorie o revocatorie, è opportuno, anche se non espressamente previsto dalla normativa, che il commissario giudiziale esponga anche gli effetti negativi, ovviamente di carattere oggettivo e non valutativo, derivanti dalla liquidazione giudiziale, per opportuna conoscenza dei creditori nel raffronto fra quanto conseguibile con la proposta rispetto alla liquidazione giudiziale.

In proposito, si ritiene, per motivi di giustizia, che il commissario giudiziale riferisca al Tribunale anche la distruzione di valore che deriva dall'apertura della liquidazione giudiziale. Si espone un esempio concreto, rappresentato dall'apertura di una liquidazione giudiziale nei confronti di un'impresa concessionaria di servizi pubblici e, per tale situazione, già obbligata, per erogare il servizio, a ingenti investimenti. Il contratto di servizio fra ente concedente e concessionario può prevedere, come nel caso esaminato, che, in caso di cessazione del rapporto di concessione per apertura della liquidazione giudiziale del concessionario, a quest'ultimo nulla sia dovuto né dall'ente concedente, né dal successivo concessionario, per gli investimenti realizzati e non ancora ammortizzati. In tali casi, l'eventuale richiesta di indennizzo promossa dall'Ufficio fallimentare verso l'ente concedente, oppure al concessionario subentrante, non può ragionevolmente ottenere alcun risultato. La suddetta situazione avrebbe dovuto essere esposta dall'attestatore e dal commissario giudiziale al tribunale ed ai creditori.

Il confronto fra le relazioni del professionista indipendente e del commissario giudiziale, a conferma dei significativi aspetti negoziali che conserva la procedura, si sostiene che "*la decisione dei creditori comporta anche, necessariamente, una valutazione sulla fattibilità del piano presentato dal debitore, e in questo essi avranno modo di comparare le valutazioni espresse dal professionista attestatore con la successiva relazione del commissario giudiziale, la quale ha appunto queste precise finalità: verificare la veridicità e la correttezza dei dati esposti dal debitore e certificati dal professionista attestatore, accertare la realizzabilità degli obiettivi illustrati nel piano ed esporre i dati comparativi con l'alternativa fallimentare che consentano ai creditori un giudizio meditato sulla convenienza della proposta di concordato*"[70].

---

70 V. A. Jorio, "*La riforma fallimentare pregi e difetti delle nuove regole*", in Giurisprudenza Commerciale 2013, fasc. 4.

Appare opportuno, anche per evitare latenti e possibili conflitti di interesse, che, in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, pur non esistendo alcuna disposizione contraria, il Tribunale nomini un curatore diverso dal precedente commissario giudiziale.

Il commissario giudiziale, in caso di opposizione dei creditori che hanno espresso il loro dissenso e di qualsiasi interessato all'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, interviene con il deposito del proprio motivato parere.

Ad omologazione avvenuta, le attività del commissario giudiziale e dell'attestatore si separano. Il commissario giudiziale, ai sensi dell'articolo 118, sorveglia l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione e riferisce al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

La procedura di regolazione della crisi si chiude con l'omologa e l'amministrazione dell'impresa ritorna, a tutti gli effetti, all'organo amministrativo che deve operare per adempiere gli obblighi assunti nei confronti dei creditori. L'eventuale inadempimento rispetto agli obblighi assunti comporta la risoluzione del concordato. Il commissario giudiziale ha l'obbligo di sorvegliare l'adempimento del concordato ed alla sorveglianza dell'organo giudiziario si aggiunge il controllo del collegio sindacale.

Con il decreto di omologa, come rileva Cristina Bauco in "Guida alla Contabilità & Bilancio"[(76)], *la procedura di concordato preventivo si chiude e l'organo di amministrazione della società ritorna nella pienezza dei suoi poteri dispositivi del patrimonio sociale; l'eventuale inadempimento degli obblighi assunti nei confronti del ceto creditorio determina la risoluzione del concordato. Si avverte, in questa fase, la rilevanza della funzione svolta dall'organo di controllo della società, che si andrà ad aggiungere al controllo sull'esecuzione dell'operazione effettuato dal commissario giudiziale, sul quale l'ordinamento fa ricadere precipui obblighi di sorveglianza in ordine all'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione*.

L'attestatore non esercita alcuna funzione istituzionale nella fase successiva all'omologazione per cui appare possibile, come rilevato dai Principi di attestazione dei piani di risanamento 2020 del CNDCEC[(2)], l'eventuale assunzione dell'incarico professionale nella fase successiva all'omologazione, in quanto *il conferimento di tale ulteriore incarico non ha effetti sull'indipendenza dell'attestatore in relazione all'attestazione già effettuata*.

Il suddetto incarico professionale appare legittimo, però è anche il caso di considerare le ragioni di opportunità in merito all'assunzione di responsabilità assunta dal professionista, in precedenza attestatore, in caso di annullamento o di risoluzione del concordato.

4.13 La continuità aziendale nell'impresa in stato di crisi o di insolvenza

Le disposizioni per le imprese in stato di crisi o di insolvenza assumono una particolare rilevanza in ordine alla finalità di recupero della continuità aziendale, perseguita nelle situazioni di crisi o di insolvenza del debitore, al fine di evitare, o comunque limitare, la liquidazione giudiziale e consentire la prosecuzione dell'attività, il cui successo non può derivare da una semplice falcidia delle ragioni creditorie. Infatti, il sacrificio richiesto ai creditori, oltre a non essere sufficiente per ristabilire il prospettico equilibrio economico-finanziario dell'impresa debitrice, consentirebbe all'imprenditore di proseguire una carente politica gestionale, con ricorrente situazione di crisi, a pregiudizio del sistema economico.

L'eliminazione della piaga dell'insolvenza, causa di nefaste conseguenze sul sistema economico, rappresenta una necessità di rilevanza sociale e non appare sufficiente la procedura prevista per il procedimento di composizione negoziata della crisi, che, presumibilmente, sarà limitata alle piccole imprese.

Il legislatore, in particolare, intende prevenire l'insolvenza dell'impresa con l'adozione di norme che, se correttamente applicate, consentono di rilevare tempestivamente gli indizi di crisi e rendere più agevole il recupero dell'equilibrio economico-finanziario.

Come rileva la Direttiva UE n.1023/2019[15] *i quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzi tutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero 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*.

Addirittura il legislatore ha previsto con le disposizioni dettate in tema di transazione fiscale o contributiva, come esposto da Enrico De Mita, la via giurisdizionale a tutela dell'interesse della comunità.

È altresì rilevante l'effetto fiscale del procedimento, in relazione alla conseguente certezza dei rapporti con l'Amministrazione finanziaria che, sovente non riconosce l'esistenza di elementi certi e precisi, per consentire la deducibilità delle perdite su crediti. Altri effetti riguardano la tempestiva variazione dell'imponibile agli effetti dell'IVA e l'omesso riconoscimento della responsabilità tributaria solidale del cessionario in caso di cessione di azienda.

Il recupero della continuità può essere relativamente semplice se l'impresa rileva tempestivamente la situazione di crisi; in tal caso, il recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa può essere conseguito anche con un limitato sacrificio dei creditori.

Al contrario, l'insolvenza, salvo che dipenda da imprevedibili eventi esterni, richiede interventi più radicali, con la presentazione di piani di risanamento strutturali, preferibilmente con intervento di soggetti esterni, la cui valutazione di fattibilità è rimessa al Tribunale.

La continuità aziendale, in caso di insolvenza ritenuta reversibile, può essere più facilmente recuperata con un intervento imprenditoriale attuabile con la continuità indiretta o con interventi sul capitale sociale, per i quali il Codice non prevede alcuna condizione e, fra le modalità che, ai sensi dell'articolo 120-quater, il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda.

Le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza richiedono l'esame critico della pregressa gestione, con analisi delle oggettive cause della crisi. L'impresa insolvente deve risalire alle cause della crisi e prendere atto delle pregresse deficienze prodotte nella conduzione dell'impresa, per attuare un radicale *turnaround* per eliminare le carenze di carattere strutturale. Pertanto, è di tutta evidenza che il recupero dell'equilibrio economico-finanziario, conseguibile unicamente con il sacrificio imposto ai creditori, ivi compresi coloro che hanno espresso il dissenso, non è sufficiente.

Gli strumenti giuridici adottabili, per perseguire la continuità aziendale di imprese in stato di crisi o di insolvenza reversibile, sono diversi. La scelta fra le procedure, compete al debitore in relazione alla specifica realtà aziendale e, in particolare, alle cause della crisi che può avere natura finanziaria, oppure di carattere produttivo derivante da eventi che condizionano il mercato in cui l'impresa opera.

La scelta strategica dell'imprenditore fra le diverse procedure, dal piano attestato di risanamento fino all'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, è influenzata anche dall'aspetto fiscale, i cui effetti si ripercuotono sia sull'impresa debitrice che sui creditori, con particolare riferimento alle sopravvenienze attive e passive delle parti, riferite sia alle imposte dirette che all'IVA.

Fra le diverse procedure, gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento appaiono adottabili per affrontare situazioni di difficoltà transitorie dell'impresa, dovute ad eventi straordinari ed imprevedibili, anche a diretta conoscenza dei creditori che, comunque, anche in relazione ai pregressi rapporti, preferiscono mantenere relazioni commerciali con l'impresa debitrice.

L'accordo rende agevole la prosecuzione dei rapporti economici con i creditori, ai quali è assicurata l'esenzione all'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse posti in essere in esecuzione del piano attestato e la certezza ai fini tributari delle imposte dirette con la deducibilità, riconosciuta ai creditori, della quota di credito non riscossa e della variazione dell'imponibile IVA, corrispondente alla ridotta riscossione del corrispettivo.

Il piano deve essere idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; non è prevista l'omologazione da parte del Tribunale; di contro, il professionista indipendente assume la responsabilità di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano i cui contenuti saranno oggetto di esame in caso di successiva apertura di una liquidazione giudiziale.

Il successo della procedura richiede il consenso unanime dei creditori, obiettivo non facilmente conseguibile, per cui appare adottabile nelle situazioni riferite ad un numero limitato di creditori, a diretta conoscenza degli eventi che hanno generato la crisi, soprattutto derivanti da eventi straordinari non causati da atti gestionali del debitore oppure da difficoltà temporanee.

Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento dovrebbero riguardare situazioni di crisi che consentono una rapida soluzione con una procedura snella e di semplice attuazione rispetto agli altri strumenti giuridici. Il procedimento, che non prevede misure protettive, può essere preferito per le piccole imprese, con un numero limitato di creditori, ma per le imprese di medie dimensioni, in stato di insolvenza reversibile, appare fattibile con procedure oggetto di omologazione.

Come esposto nelle Linee Guida per il Finanziamento delle Imprese in Crisi[13], *gli strumenti stragiudiziali consentono una gestione agile del risanamento, ma incontrano il limite della necessità di raccogliere adesioni individuali delle controparti e, solo in determinati casi, accordano protezione al patrimonio aziendale durante il tempo del loro perfezionamento. Ne consegue che gli stessi accompagnano soluzioni nelle crisi che richiedono, in tempi rapidi, il consenso di un numero limitato di creditori, tipicamente i creditori finanziari e nelle quali la continuità aziendale non è in immediato pericolo*.

Le procedure di accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, nelle quali l'amministrazione ordinaria rimane affidata agli organi amministrativi dell'impresa, rappresentano gli strumenti, con modalità flessibili, ove esistono le condizioni, per il recupero della continuità, perseguibile anche nel periodo intercorrente fra l'ammissione alla procedura e l'omologazione della stessa. Nel suddetto periodo possono essere assicurati i finanziamenti, con il riconoscimento della prededucibilità al finanziatore e la prosecuzione dei rapporti commerciali con i creditori strategici.

Il ricorso all'accordo di ristrutturazione del debito è generalmente costituito dalla negoziazione dei debiti dell'impresa inerente, nella fase negoziale, con la riduzione o con la postergazione delle obbligazioni, con particolare rilievo alla rinegoziazione dell'indebitamento bancario che può prevedere anche finanziamenti a medio o a lungo termine.

Il concordato preventivo è preferibile nelle procedure che presentano aspetti più complessi, non limitati alla semplice riduzione o postergazione del de-

bito, ma finalizzate con interventi di carattere strutturale al recupero della continuità, con modalità dirette o indirette, perseguibile con i positivi risultati gestionali nel corso della procedura anche con il concorso di finanziamenti e di eventuale apporto di risorse da parte di terzi.

Il concordato preventivo in continuità appare lo strumento idoneo, con la procedura che consente diverse modalità e interventi di finanza nuova sul capitale, per le imprese di medie dimensioni, in grado di attuare un radicale turnaround per eliminare le carenze aziendali di carattere strutturale e consentire il migliore soddisfacimento dei creditori. La procedura richiede il controllo giudiziale anche per limitare il così detto rischio di "eccesso di prededuzione", nel periodo intercorrente fra la domanda di ammissione alla procedura e la sentenza di omologazione, in modo che la continuità aziendale consenta l'effettiva acquisizione di risorse da destinare alla migliore soddisfazione dei creditori.

Il concordato in continuità consente di proseguire, se ritenuti compatibili con il piano di risanamento, i contratti con la pubblica amministrazione in una fase nella quale sono attesi notevoli investimenti. Trattasi di un contesto in cui vi sono prospettive di investimenti, come testimoniato dal PNRR, a sostegno del settore pubblico, il quale risulta fondamentale. La perdita di continuità andrebbe, di fatti, ad ostacolare il percorso che si sta cercando di attuare, soprattutto alla luce del recente intervento legislativo improntato sulla continuità aziendale, consentendo in tal modo una ripresa ed allo stesso tempo una valorizzazione della continuità aziendale, tutela del ceto creditorio e dell'interesse pubblico.

Una particolare rilevanza è attribuibile alle norme, in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, che rendono più agevole la definizione dei debiti bancari, negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa.

Il debitore, nella scelta dello strumento giudiziario per affrontare la crisi o l'insolvenza dell'impresa, dovrà considerare oltre la situazione interna e di mercato, anche i riflessi fiscali, riferiti sia al debitore che ai creditori che derivano dalle singole procedure, dalle quali emerge una situazione più favorevole con l'adozione del concordato preventivo.

Si aggiunge che, in merito alla non revocabilità degli atti, pagamenti effettuati e garanzie concesse sui beni del debitore, appaiono più efficaci quelli attuati in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, in quanto queste ultime procedure si svolgono con il controllo giudiziario.

La definizione di concordato in continuità rispetto al concordato liquidatorio con il presupposto, in forma diretta o indiretta, della continuità aziendale, costituisce un rilevante contributo, richiesto dal legislatore per la prosecuzione dell'attività delle imprese che, oltre a raggiungere l'equilibrio eco-

nomico finanziario, devono assicurare, come finalità prioritaria, il migliore soddisfacimento dei creditori.

La richiesta continuità aziendale nel concordato preventivo assume una dimensione più accentuata, in quanto la continuità non è intesa solamente in senso aziendale, ma richiede la rimozione delle cause della crisi e l'incremento delle risorse per assicurare il migliore soddisfacimento dei creditori, in costante confronto con quanto conseguibile con la liquidazione giudiziale.

La prevista soddisfazione non integrale dei crediti privilegiati e dei crediti tributari e contributivi, condizionata al pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione, rappresenta un aspetto fondamentale della riforma. In particolare, sono significative le norme che, in tema di crediti tributari e contributivi, consentono l'omologa da parte del Tribunale, anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli Enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di legge per l'approvazione delle procedure di composizione della crisi o dell'insolvenza.

Le suddette innovative disposizioni richiedono l'attestazione del professionista indipendente, la cui assunzione di responsabilità è estesa anche al periodo successivo all'omologazione, qualora sia disposta la risoluzione o l'annullamento del concordato preventivo.

Il Codice della crisi e dell'insolvenza, nell'intento di evitare la liquidazione giudiziale a beneficio dei creditori e degli *stakeholders*, richiede un costante confronto fra quanto i creditori possono conseguire con la liquidazione giudiziale rispetto alla composizione della crisi e, nel raffronto, è essenziale il ruolo dell'attestatore.

In effetti, "*la scelta di (cercare di) ripristinare l'equilibrio aziendale implica il dovere di sottoporre il programma di risanamento-anche se svincolato da un accordo con uno o più creditori e da una copertura giudiziale-ad un professionista designato al fine di acquisire un'opinione qualificata e (auspicabilmente) indipendente sulla ragionevole idoneità del piano a perseguire gli obiettivi programmati e sulla sostenibilità dell'indebitamento attuale e futuro. L'attestazione del professionista non costituisce un'alternativa alle soluzioni stragiudiziali, ma è lo strumento di controllo che il diligente amministratore dovrebbe attivare in ogni ipotesi in cui la società cerchi di comporre una situazione di crisi senza cessare l'attività inevitabilmente incrementando l'esposizione debitoria e assumendo nuove obbligazioni*"[71].

---

71 V. C. Cincotti, F. Nieddu Arrica, "*La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*", in Giurisprudenza Commerciale 2013, fasc. 6.

Capitolo 5
Le Funzioni dei professionisti coinvolti e responsabilità

5.1 L'esperto e l'attestatore e il comune requisito di indipendenza

Il professionista è protagonista nelle procedure negoziali o giudiziali, finalizzate al recupero della continuità aziendale delle imprese in stato di crisi o di insolvenza, sia nel ruolo di esperto nella composizione negoziata della crisi che di commissario giudiziale nei procedimenti per l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, di attestatore o di consulente del debitore.

La funzione dell'attestatore[1] nelle procedure di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza è stata introdotta nella legge fallimentare dal D.L. 35/2005[2], pertanto già oggetto di ampio dibattito dottrinario e di studio da parte del CNDCEC, mentre la figura dell'esperto, disciplinata originariamente dal D.L. 118/2021 presenta innovative attività operative, di assoluta novità nella procedura di composizione negoziata. La riforma del diritto fallimentare ha, infatti, introdotto nel nostro ordinamento un diverso modello di gestione della crisi di impresa che privilegia soluzioni negoziali c.d. "privatizzazione della crisi". Il piano attestato di risanamento, di cui all'art. 67 c.3 lett. d) della L.F[3], si inserisce in questo quadro e si configura come il primo passo per una gestione e soluzione della crisi rimessa all'autonomia dell'imprenditore. Lo stesso si può dire circa il recentissimo strumento previsto dal legislatore

---

1 In argomento si rimanda al Capitolo 4 del presente libro.

2 La legge fallimentare, rimasta per decenni sostanzialmente immutata, ha iniziato a subire un processo di profonda trasformazione con i decreti del 2005 e del 2006. Le nuove disposizioni hanno affrontato i nodi che si pongono ad ogni moderna disciplina delle crisi d'impresa: la celerità dell'intervento sulla crisi, la difesa del principio di autonomia economica del debitore, la tutela del credito, la conservazione degli organismi produttivi.

3 Ai sensi dell'art. 67 c.3 lett *d*): "*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 e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civil*e".

della composizione negoziata della crisi[4] che prevede la nomina di un esperto indipendente nei casi in cui è possibile il risanamento dell'imprenditore.

Il professionista incaricato può assumere entrambi i ruoli, per cui è interessante considerare sia gli aspetti comuni, derivanti dalla cultura aziendale e dalle finalità dirette al recupero della continuità aziendale e del migliore soddisfacimento dei creditori, sia le notevoli differenze operative fra l'operato professionale dell'esperto rispetto al commissario giudiziale, all'attestatore o al componente l'organo di controllo.

Un primo significativo aspetto comune è costituito dal requisito di indipendenza[5], richiesto sia all'esperto[6] che all'attestatore[7]. L'interpretazione più rigorosa, circa il requisito, sembra poi avallata dalla scelta del legislatore di escludere la sussistenza del requisito dell'indipendenza "in ogni caso": ne deriva una nozione di carattere generale, a cui si aggiungono i requisiti specifici mediante il richiamo al disposto dell'art 2399 c.c.

Tale locuzione testimonia l'intenzione del legislatore di non consentire margini di discrezionalità interpretativa legati alla qualità o alla particolare natura dell'attività svolta. Il principio di indipendenza ha il suo nucleo normativo nell'assenza di condizionamenti che potrebbero compromettere la finalità e l'oggetto dell'attività del professionista, pertanto è un requisito legislativamente essenziale per poter adempiere all'incarico.

L'art. 67, comma 3, lett. *d*) l. fall.[8], come analizzato, traccia le incompatibilità formali, ma se il professionista deve essere indipendente, il requisito andrebbe applicato con rigorosità, ed invece, quando la questione è stata posta, si è deciso a favore della compatibilità, come espresso dal Tribunale di

---

4 In argomento si rimanda al Capitolo 1.

5 L'indipendenza si struttura in termini legislativamente complessi, poiché le ipotesi di incompatibilità vanno ricostruite anche alla luce di ulteriori riferimenti normativi.

Per un'analisi si V. A. Caprara, *"Alla continua ricerca dell'indipendenza che non c'è: il professionista (attestatore)"*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2021, fasc. 4, p. 580 ss.

6 Necessario che l'esperto possieda i requisiti dell'art. 2399 c.c. è previsto un obbligo di disclosure volto a rafforzare le garanzie: ed infatti è opportuno che egli sottoponga alle parti ogni altra circostanza che possa astrattamente compromettere la sua indipendenza.

7 Il requisito di indipendenza dell'attestatore è stato introdotto nell'ordinamento dal D. L 83/2012 c.d. Decreto Sviluppo, convertito con modificazioni, dalla L. 134/2012. In precedenza il riferimento normativo si interpretava in via indiretta attraverso la lettura dell'art 67 c.3 lett d) del Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267 "". La questione è stata risolta della Decreto Sviluppo che ha espressamente previsto il requisito di indipendenza, integrando l'art 67 e richiamando l'art. 2399 c.c.

In tema V., F. D'Angelo *"I piani attestati ex art 67, terzo comma lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto "sviluppo"* in Giur. Comm. 2014, fasc.1.

8 Nell'interpretazione dell'art. 67 c. 3 lett. *d*) L.F. è possibile individuare proposizioni che descrivono in modo esplicito e diretto ed anche in modo indiretto ed implicito i requisiti richiesti per ricostruire l'indipendenza dell'attestatore.

Cremona 9 dicembre 2016[9] che ha riconosciuto l'indipendenza del professionista nonostante legami parentali con l'imprenditore[10]. Sullo stesso indirizzo la Corte di Cassazione civile sez. I, 11 marzo 2019, n. 6922[11] ha definito che "in presenza di rapporti personali o professionali dell'attestatore con l'impresa proponente o con coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, il giudice deve sempre verificare che tali rapporti siano tali da compromettere in concreto l'indipendenza del suo giudizio. (Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'appello, che aveva respinto la domanda di omologa del concordato preventivo per mancanza di indipendenza dell'attestatore, solo perché legato da rapporto di parentela con una dipendente della società proponente)."

L'indipendenza nelle suddette funzioni manifesta una percezione diversa da parte dei terzi, in quanto l'esperto è nominato dalla commissione regionale, mentre l'attestatore, è nominato, seppure connotato da un rapporto di fiducia professionale, dal debitore[12]. Si tenga sempre a mente che il professionista attestatore non deve essere legato all'impresa, ovvero a coloro che hanno interesse alla riuscita dell'operazione, come i creditori del contribuente in crisi, inoltre non devono intercorrere rapporti di natura professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio[13].

Il professionista deve, in primo luogo, valutare la propria posizione rispetto al richiesto requisito di indipendenza, condizione indispensabile per l'accettazione dell'incarico[14]. Inoltre, è opportuno sottolineare, che in ragione della centralità del ruolo attribuito al professionista, l'indipendenza non può essere intesa in senso meramente formale, dovendo essere assicurata anche da un punto di vista sostanziale, così da garantire l'autonomia di giudizio.

L'esperto e l'attestatore assumono entrambi la funzione di garanzia nei confronti dei terzi e dei creditori in una posizione di terzietà, che contribui-

---

9 Tribunale Cremona 9 dicembre 2016, in ilcaso.it.

10 Cfr. M. Fabiani, "*Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*" in Giur. Comm., fasc. 5, 2017, p. 720 ss.

In tema V. Lo Cascio, "*Il professionista attestatore*" in Fall., 2013, p.1336.

11 Cassazione Civile sez. I 11 marzo 2019 n.6922 in *Giustizia Civile Massimario 2019*.

12 In tal modo il legislatore ha rigettato le tesi dottrinali che cercavano di ricollegare al professionista attestatore l'investitura del giudice, qualifica che gli avrebbe fatto assumere la posizione del consulente tecnico d'ufficio. Cfr. P. Ceroli, I piani di attestazione, inIlsocietario.it 2019, p. 4.

13 Per un approfondimento V. I.L. Nocera, "*Requisito di indipendenza del professionista attestatore*", in IlFallimentarista.it 2013.

14 L'inasprimento dei requisiti di indipendenza dell'attestatore costituisce una delle novità più avvertite dalla riforma 83/2012. Si sono previsti dei requisiti ben specifici e parallelamente un apparato sanzionatorio arricchito dalla previsione di una nuova fattispecie di reato, aggravando in tal modo la responsabilità di colui che opera come figura professionale.

sce a superare l'asimmetria informativa fra quanto a diretta conoscenza del debitore e quanto posto a conoscenza dei creditori.

L'attestatore espone la situazione economico-patrimoniale del debitore e le iniziative che lo stesso intende attuare, con i conseguenti riflessi economico-finanziari per il risanamento dell'impresa e la soddisfazione dei creditori. Di fatti, *"la figura dell'attestatore resta centrale nel sistema delle soluzioni negoziate della crisi, in virtù del fatto che rimane titolare delle prerogative attribuitele in occasione degli ultimi interventi riformatori e continua ad essere un'espressione di scelta del debitore che pare adeguatamente controbilanciato dalle rigorose previsioni in tema di indipendenza e di responsabilità penale*[15]".

Una significativa definizione del ruolo dell'attestatore, rispetto al revisore, è esposta nei "Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento"[16] che, fra i profili generali, rileva che *"l'operato dell'attestatore non può essere equiparato a quello del revisore". In particolare, nelle situazioni di crisi e nei contesti di urgenza in cui si muove l'attestatore i normali principi di revisione non sono applicabili se non parzialmente, non solo per quanto attiene i dati previsionali contenuti nel piano, ma anche con riferimento ai dati contabili alla base del piano stesso. Prevedere che i principi di revisione siano adottabili in toto non è di fatto attuabile in considerazione della scarsità di tempo disponibile e non è necessario in relazione alle finalità del giudizio di attestazione. Ne consegue che l'attestatore non può essere equiparato, sotto il profilo strettamente giuridico, al revisore legale della società e conseguentemente non deve ritenersi soggetto al rispetto di tali principi, come accade invece per quest'ultimo*.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020[17] ribadiscono che *"nell'adempimento del suo incarico, l'attestatore non effettua una vera e propria revisione contabile e non esprime un giudizio professionale sulla situazione patrimoniale manifestatasi dalla contabilità aziendale posta a base del piano"*.

È opportuno, in riferimento al requisito dell'indipendenza[18], riportarsi ai

---

15 Cfr. S. Ambrosini, in *"Il controllo giudiziale su domanda e piani concordatari e i compiti dell'attestatore"* in Giurisprudenza Commerciale 2017, fasc. 3, pp. 405-406.

16 Principi a cura dell'AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI e OCRI, documento approvato dal CNDCEC con delibera del 03 settembre 2014. Principi successivamente integrati nel 2020, alla luce del Codice della Crisi e degli indirizzi giurisprudenziali in tema V.A. Danovi, A. Foschi, A. Quagli, A. Panizza, R. Ranalli, A. Tron, *"I nuovi principi di attestazione dei piani di risanamento"*, in IlFallimentarista.it, 2020.

17 Il documento recante *"Principi di attestazione e piani di risanamento"* pubblicati in Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti con presentazione di Foschi e Santi, Roma, 2021.

18 Nei Principi viene osservato che i requisiti di indipendenza sono riconducibili a due diversi insiemi: i pregiudizi, da valutare caso per caso, e gli impedimenti, aventi natura assoluta.

Con riferimento ai primi (tra i quali rientrano anche eventuali crediti vantati dall'attesta-

Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020 per i quali: *"l'indipendenza è un requisito posto a presidio dell'attività dell'attestatore. Non è possibile individuare compiutamente tutte le circostanze ed i rapporti rilevanti che possano compromettere l'obiettività. Il professionista è invitato ad effettuare una auto-valutazione preventiva dei rischi potenziali connessi alla propria indipendenza"*.

Infatti, l'indipendenza non deve essere intesa solamente in senso formale, rispetto ad eventuali rapporti pregressi con il debitore, ma deve sussistere in senso sostanziale, in quanto l'attestatore, oltre a non avere intrattenuto rapporti con il debitore, non deve avere alcun interesse, né diretto o indiretto, all' esito della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

L' indipendenza del professionista attestatore nelle procedure di regolazione delle crisi di impresa costituisce il primo elemento oggetto di valutazione, la cui rilevanza è evidenziata dalla Corte di Cassazione[19] che, in caso di difetto di dipendenza dell'attestatore, ha giudicato inammissibile la proposta di concordato preventivo. Requisito essenziale, così come viene confermato da recente Giurisprudenza della Cassazione nella sentenza 22 giugno 2020[20], secondo cui la mancanza in capo all'attestatore dei requisiti di terzietà ed indipendenza comporta la nullità dell'atto di nomina.

La sussistenza dell'indipendenza è in genere riferita ai rapporti con il debitore, ma, non può parimenti essere riconosciuta in caso di particolari rapporti con soggetti interessati alla procedura. Le situazioni che potrebbero dare origine al difetto di indipendenza nei rapporti con terzi, data la molteplicità delle situazioni, non sono esattamente definibili, per cui occorre il riferimento alle singole procedure. In ogni caso, si deve tenere conto dei rapporti che il professionista indipendente intrattiene o ha intrattenuto con altri

---

tore nei confronti del debitore), si chiede all'attestatore di compiere una autovalutazione, da conservare nelle proprie carte di lavoro, con riferimento al rischi di pregiudizio all'indipendenza; tale autovalutazione andrà palesata da una dichiarazione, da rendere nella relazione di attestazione, di essersi espresso con indipendenza di giudizio e di essersi affrancato da ogni possibile condizionamento od influenza rispetto al c.d. "pregiudizio".

Per un approfondimento si rimanda V. A. Danovi, A. Foschi, A. Quagli, A. Panizza, R. Ranalli, A. Tron, "*I nuovi principi di attestazione dei piani di risanamento*", op. cit.

19 V. Cass. civile sez. I 08 giugno 2020 n. 10889, in DeJure.

20 Cass. Civile sez. I 22 giugno 2020 n. 12171 in Giustizia Civile Massimario 2020: "*In tema di concordato preventivo, la mancanza in capo all'attestatore dei requisiti di terzietà ed indipendenza comporta la nullità dell'atto di nomina del medesimo e il conseguente venir meno del diritto al compenso in sede di insinuazione allo stato passivo del successivo fallimento*".

Circa la necessità di indipendenza dell'attestatore e relativa ricostruzione, si segnala inoltre, la sentenza Corte d'Appello di Bologna 20 gennaio 2020 in Banca Borsa Titoli di Credito 2021, 4, II,572 in cui si definisce "questione preliminare e pregiudiziale, la sussistenza della stessa".

soggetti terzi, interessati per rilevanti interessi economici all'esito della procedura di regolazione della crisi.

Ad esempio, l'indipendenza non appare riconoscibile nel caso di interesse specifico, all'esito della procedura di risanamento quando l'esperto o l'attestatore è stato, oppure lo è, consulente o componente un organo sociale di una società creditrice che ha intrattenuto ed ancora prosegue significativi rapporti commerciali con il debitore. La medesima considerazione è riferibile ai rapporti professionali con un'impresa che, seppure in totale assenza di diretti rapporti economici con il debitore, è interessata per condizioni competitive di mercato, all'esito della procedura.

Anche l'Agenzia delle Entrate, con la Circolare del 29 dicembre 2020 34/E[21] in ragione della rilevanza degli interessi coinvolti ha subordinato l'esercizio della funzione attestativa al possesso di una serie di requisiti, con una particolare attenzione rivolta al requisito dell'indipendenza dell'attestatore, tanto da esporre dettagliate indicazioni agli Uffici dipendenti affinché esercitino la dovuta diligenza sull'applicazione delle norme. Il controllo che l'Agenzia delle Entrate intende esercitare, al pari di qualunque altro creditore, presenta aspetti certamente positivi, ai quali si aggiunge il fatto che il creditore pubblico dispone di struttura e informazioni non accessibili a qualunque altro interessato.

Il suddetto principio riguarda unicamente la funzione dell'attestatore, in quanto il compenso dell'esperto, definito dall'articolo 16 del D.L. 118/2021[22], è espressamente collegato all'attuazione delle successive fasi e al successo nell'esecuzione dell'incarico. Articolo che disciplina nel dettaglio i criteri di calcolo del compenso dell'esperto, si tratta di una disposizione che nel suo contenuto rispetta quanto richiesto dalla direttiva sul collegamento tra remunerazione e esito della ristrutturazione.

La documentazione attestante l'indipendenza dovrebbe essere conservata fra le carte di lavoro anche dopo la conclusione dell'incarico, tenendo presente che il difetto del requisito è rilevabile, oltre che nel corso delle procedure[23], anche nell'eventuale giudizio di impugnazione della sentenza di omologazione[24] della stessa, oppure in data succe ssiva alla conclusione della procedura di composizione negoziata della crisi. Nel caso in cui sia accertato il difetto del presupposto dell'indipendenza o vi sia anche una sopravvenuta carenza del requisito, si producono, effetti che vanno a pregiudicare la legittimità della procedura compositiva. In tal senso si è espressa la Corte di Cassazio-

---

21 Si V. A. Solidoro "*La Circolare AdE n. 34/E del 29/12/2020*" inFallimentarista.it 2021.

22 V. nota n. 68

23 In caso di ammissione al concordato preventivo di cui all'art. 162 L.F, la relazione di attestazione può essere dichiarata priva di efficacia.

24 Art. 182 bis L.F.

ne con un'ordinanza[25], che appare utile richiamare, in quanto è stato precisato: "La violazione dell'indipendenza del professionista attestatore, ampiamente accertata nella vicenda in esame, è un vizio radicale, che impedisce al professionista di svolgere in maniera adeguata la propria funzione, di essere ed apparire una figura di garanzia nell'interesse, oltre che del proponente il concordato, di ogni singolo creditore e dell'intera procedura. La sanzione, anche a tutela degli interessi pubblicistici sottesi alla procedura, non può allora essere diversa dall'inammissibilità della proposta di concordato preventivo. Deve infatti trovare applicazione la L. Fall., art. 162, comma 2, il quale prevede che quando il giudice nel corso del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo accerti il difetto dei presupposti (tra l'altro) di cui alla L. Fall., art. 161 "dichiara inammissibile la proposta di concordato". In definitiva se l'esperto non è indipendente, la relazione non è idonea a svolgere la funzione di garanzia richiesta, pertanto l'atto non è omologabile, in realtà prima ancora, non è ammissibile essendovi un difetto di ammissibilità.

Nel caso in cui il piano sia stato già omologato è possibile procedere alla revoca dell'ammissione alla procedura, come definito da diversa giurisprudenza in materia[26].

L'attestazione di un piano di risanamento di un'impresa in stato di crisi o di insolvenza comporta un indubbio rischio assunto dal professionista indipendente, sia di carattere civile che penale, al pari di quello assunto dall'esperto che, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lett. a) del D.L. 118/2021, che esprime l'idoneità del contratto ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

I Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento 2020 CNDCEC rilevano che l'attestatore, prima dell'accettazione dell'incarico[27] *è utile che proceda alla valutazione del rischio*[28] *che presenta l'attività da svolgere. Gli elementi di rischio da tenere in considerazione sono molteplici, quali:*

---

25 Cass. Civile sez. VI 19 aprile 2017 n. 9927, in DeJure.

26 Trib. Modena, 12 giugno 2013, in ilfallimentarista.it, con commento di Stasi, Incompatibilità dell'attestatore e revoca del concordato preventivo. V., inoltre, seppur con riferimento all'indipendenza del sindaco, Trib. Torino, sez. Specializzata in materia di impresa, 14 novembre 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

27 La prima fase (c.d. Posizione del professionista attestatore), propedeutica all'espletamento dell'incarico, è rivolta alla verifica della posizione di neutralità del professionista sia verso l'azienda che gli ha conferito il mandato, sia verso tutti coloro che risultano coinvolti nel piano. Infatti, poiché il professionista assume un ruolo di garante nei confronti delle parti coinvolte nel processo, è necessario verificare l'insussistenza di motivi che possano ledere l'imparzialità del giudizio.

28 Prima ancora di assumere l'incarico, il professionista deve valutare la portata dell'incarico conferitogli in rapporto alle proprie competenze, nonché il grado di rischio che esso comporta.

a) fattori individuali, con particolare riferimento alla conoscenza del business oggetto di valutazione, alla disponibilità di tempo, nonché all'indipendenza rispetto al soggetto che chiede l'attestazione;
b) fattori riferiti all'azienda con particolare riferimento alla stima della adeguatezza del sistema di pianificazione e controllo, dell'affidabilità dell'eventuale consulente usato per l'assistenza nella redazione del piano e di altri professionisti e operatori con competenze adeguate;
c) fattori legati al business in cui l'azienda opera;
d) fattori ambientali, intendendo con ciò il "clima" in cui si inserisce il piano di risanamento e l'atteggiamento dei creditori e dei vari stakeholders interessati alla ristrutturazione;
e) fattori legati in modo specifico al piano: tra cui il grado di realismo delle ipotesi, la qualità delle fonti informative impiegate/disponibili, il tempo a disposizione per la verifica, l'arco temporale interessato.

La valutazione del rischio per l'esperto è connessa alla relazione finale dello stesso, in particolare se individua una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o di insolvenza, idonea ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

In entrambe le funzioni, le relazioni del professionista, riferite ai piani di risanamento ed alle operazioni che il debitore intende attuare nel corso delle procedure, richiedono una visione economico-aziendale, anche di carattere tecnico, in relazione alle condizioni economico-giuridiche del debitore/imprenditore.

5.2 Le distinte attività dell'esperto e dell'attestatore

Le funzioni esercitate dall'esperto e dall'attestatore presentano alcuni tratti in comune, in quanto entrambe hanno quale oggetto di attività professionale, imprese in stato di crisi o di insolvenza, mentre sono, assolutamente diverse le funzioni e le modalità operative degli stessi professionisti. L'esame dei dati contabili aziendali richiede una verifica che, nel caso dell'attestatore è solamente documentale[29], mentre l'esperto, nell'assistere l'imprenditore nelle trattative della composizione negoziata, ha la possibilità di confrontarsi con i creditori[30].

Il professionista in entrambe le funzioni si deve confrontare, oltre che con il debitore, anche con i dipendenti amministrativi e, in particolare con i com-

29 La relazione deve attestare la veridicità dei dati aziendali, così come richiesto espressamente dal novellato art. 182 bis c. 1. Si V. S. Ambrosini, "*Il concordato preventivo*", in ilcaso.it

30 Nel corso della composizione negoziata della crisi, l'indagine contabile sulla veridicità dei dati contabili è completata, nel corso delle trattative, dalle documentate osservazioni dei creditori, mentre l'attestatore non ha alcun confronto con i creditori.

ponenti del collegio sindacale, tutti soggetti che, oltre ad esporre la propria visione sulle cause della crisi e sulle prospettive aziendali, dovranno rispondere alle sollecitazioni dell'esperto o dell'attestatore. Il CCI conferma l'obbligatorietà dell'attestazione, dalla lettura dell'art 87 c.2 D.Lgs. 14/2019, all'attestatore spetta il compito di verificare la c.d. fattibilità economica[31], la cui verifica spetta successivamente al tribunale. In questo senso si è espressa la Cassazione con sentenza n. 11497 del 2014[32], la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: "*se il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obbiettivi prefissati individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole*".

È altresì opportuno richiamare in entrambe le funzioni l'assunzione di responsabilità da parte del management in merito a quanto esposto nel piano di risanamento, con l'obbligo di trasferire all'esperto o all'attestatore tutte le informazioni relative ai dati e alla fattibilità del piano di risanamento, prevedendo altresì l'impegno di assicurare la piena collaborazione delle strutture amministrative del debitore anche nel corso della gestione ordinaria dell'impresa.

L'attestatore, oltre al confronto con la struttura amministrativa e tecnica dell'impresa debitrice, dovrebbe, ai fini attestativi, assumere le informazioni e le considerazioni del collegio sindacale, mentre l'esperto nella composizione negoziata, oltre al necessario confronto iniziale, dovrebbe proseguire il rapporto con l'organo societario in merito al controllo dell'attività dell'imprenditore nel corso della procedura.

Nelle procedure giudiziali, la redazione del piano di risanamento è compito esclusivo del debitore e dei suoi consulenti, quindi non è previsto alcun intervento operativo da parte dell'attestatore che può partecipare, con l'apporto della sua professionalità, al preventivo esame degli aspetti tecnico-giuridici nel corso di incontri con il debitore e con i suoi consulenti, anche per esporre l'opportunità di eventuali integrazioni, finalizzate alla migliore infor-

---

31 Affinché l'esperto incaricato possa rilasciare la propria attestazione e il tribunale considerarla immune da vizi tali da inficiare l'ammissibilità della domanda, occorre verificare l'osservanza di quelle buone prassi che risultano descritte nei "Principi di attestazione dei piani di risanamento".

Per un approfondimento in materia: V. S. Ambrosini. A. Tron, "*Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore alla luce dei "Principi di attestazione" e della riforma del 2015*" Zanichelli, Bologna, 2016, p. 182 ss.

32 Cass. Civile sez. I, 23 aprile 2014 n. 11497 in GiustiziaCivile.com2015.

mazione che il piano deve assicurare ai creditori. In particolare, nel concordato in continuità, deve essere esaminato il piano industriale, con l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

La valutazione del lavoro dell'Attestatore deve essere svolta con riferimento ai dati e alle informazioni disponibili alla data di sottoscrizione[33]. Aspetto centrale nell'attività dell'attestatore è rappresentato dal c.d. giudizio di fattibilità che consiste *in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi riportati nel Piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione*[34].

L'esame della fattibilità economica del piano di risanamento nella composizione negoziata può comportare rilievi, modifiche o integrazioni, anche dipendenti dalle trattative condotte dall'imprenditore con i creditori, mentre l'attestatore ha quale unico riferimento il debitore e la sua struttura aziendale in relazione alle eventuali rettifiche alle ipotesi originariamente formulate per l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva.

L'esperto e l'attestatore assumono differenti responsabilità rispetto alla prospettata continuità dell'attività dell'impresa debitrice, in quanto l'attestatore conclude la propria funzione all'atto della presentazione della relazione di attestazione, riferita alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità economica del piano di risanamento. Solamente, le eventuali successive attestazioni, richieste in occasione dei finanziamenti prededucibili e del pagamento dei crediti pregressi, comportano la conoscenza dell'evoluzione della gestione aziendale dell'impresa, con la relativa attestazione che può essere effettuata anche da altri professionisti indipendenti rispetto all'originario attestatore.

Si osserva preliminarmente, che l'attestatore può assumere informazioni dall'organo di controllo e da prescindere da un eventuale confronto con il commissario giudiziale, non ha alcun rapporto diretto con i terzi, in quanto lo stesso procede al riconoscimento delle ragioni creditorie su basi unicamente documentali.

Il contenuto della relazione dell'attestatore è oggetto di successiva verifica da parte del commissario giudiziale e del Tribunale, in modo che, seppure da diverse visioni, sia data ai creditori, in assenza di qualsiasi trattativa, la possibilità di esprimere sulla proposta un voto informato e responsabile.

Al contrario, l'esperto assiste l'imprenditore che ha predisposto il piano di risanamento ai creditori e partecipa alle successive trattative con i credi-

---

33 Si precisa, di fatti, come definito dal CNDCED p.27 doc "*la relazione di attestazione deve contenere un esplicito giudizio sulla veridicità dei dati aziendali*".

34 In tal senso si può citare Trib. Rovigo 23 maggio, in Ilfallimentarista.it2015: "*Per assolvere allo scopo di consentire una valutazione prognostica favorevole di fattibilità del piano, l'attestazione deve muovere da un oggettivo riscontro di veridicità e correttezza dei dati aziendali, e il giudizio rimesso all'attestatore non può prescindere da appurati riscontri esterni*".

tori. Nell'occasione, la partecipazione dell'esperto è di assoluta rilevanza, in quanto contribuisce, data la sua terzietà, ad elevare il livello del confronto fra l'imprenditore e i suoi creditori, situazione che potrebbe presentare anche elementi di criticità. La posizione di terzietà dell'esperto deve contribuire a ridurre l'asimmetria informativa esistente fra il debitore ed i creditori in merito alla situazione aziendale. Le eventuali rettifiche richieste all'imprenditore in merito ai contenuti del piano di risanamento dovrebbero rendere più agevole l'accordo fra le parti, senza che sia esercitata alcuna moral suasion nei confronti dei creditori.

Non solo, il Codice prevede l'intervento dell'esperto nel corso della procedura con diverse funzioni operative, al contrario di quanto previsto per l'attestatore che limita il suo compito istituzionale al deposito della relazione di attestazione.

L'esperto, oltre ad essere sentito nell'udienza del Tribunale per la conferma o la revoca delle misure cautelari, esercita un controllo continuo sull'attività dell'imprenditore in modo di potere segnalare al giudice che ha emesso le misure cautelari se le stesse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

Altri interventi significativi dell'esperto nel corso della procedura di composizione negoziata sono previsti in occasione dell'incontro richiesto dalle organizzazioni sindacali con l'imprenditore, per ciò che riguarda le determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro, inerenti l'organizzazione del lavoro e le modalità di svolgimento delle prestazioni

L'esperto procede al controllo della gestione dell'imprenditore, in concorso con il collegio sindacale se esistente, in modo da assicurare che l'impresa sia gestita nel prevalente interesse dei creditori. Una particolare attenzione è richiesta per gli atti di straordinaria amministrazione e per l'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative ed alle prospettive di risanamento. In queste ultime situazioni, l'esperto è tenuto ad esprimere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

L'esperto, ai fini delle autorizzazioni richieste dall'imprenditore nel corso della procedura al Tribunale per l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili oppure a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami, è informato per iscritto preventivamente dall'imprenditore e, se ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

In caso di trasferimento dell'azienda dell'imprenditore, come disposto dal decreto dirigenziale del Ministero di giustizia, l'esperto deve verificare la funzionalità dello stesso rispetto alla continuità aziendale ed alla migliore soddi-

sfazione dei creditori in un trasparente procedimento competitivo, condotto con le modalità previste dal suddetto decreto dirigenziale.

Altre difformità fra le due funzioni emergono in merito all'incompatibilità: l'articolo 4 del D.L. 118/2021 prevede che chi ha svolto l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata. Al contrario, nessuna incompatibilità è prevista per l'attestatore, per cui i Principi di attestazione dei piani di risanamento CNDCEC 2020 rilevano che l'eventuale incarico professionale nella fase successiva all'omologazione appare possibile *in quanto il conferimento dell'incarico non ha effetti sull'indipendenza dell'attestatore in relazione all'attestazione già effettuata*.

Ovviamente si giunge a diverse valutazioni nel caso di revocazione o di annullamento del concordato.

La fattiva partecipazione alle trattative richiede il contributo dell'esperto, preferibilmente dotato di capacità relazionali con i terzi. Le trattative si possono concludere con il riconoscimento, o meno, del superamento della situazione di crisi dell'impresa, con relativa assunzione di responsabilità dell'esperto; in quest'ultimo caso, l'esperto non si può sottrarre, per eccesso di personale prudenza, al riconoscimento del superamento della situazione di crisi dell'impresa anche se la decisione comporta un'inevitabile responsabilità.

5.3 La responsabilità dei professionisti interessati alle procedure: responsabilità civili e penali

Gli interventi legislativi in materia di composizione della crisi di impresa hanno progressivamente assegnato ai professionisti un ruolo sempre più rilevante, precisandone le competenze tecniche ed i requisiti personali.

Il tema dei professionisti[35] che affiancano l'imprenditore nel periodo di crisi e di conseguenza nelle varie procedure di intervento era già stata oggetto di una riflessione nell'ambito del progetto di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf, ma anche da parte dei progetti di riforma europei della legge fallimentare[36]. Si è visto come, negli ultimi anni, le varie riforme che stravolgono la vecchia legge fallimentare, si incentrano sul recupero della continu-

35 Per un approfondimento si V. C. Ravina, "*Gli organi della procedura nel Codice della crisi e dell'insolvenza*", in ILfallimentarista, 2019.

36 In estrema sintesi è possibile individuare due direttrici su cui incentrarsi, sotto il profilo dei professionisti: 1) la riduzione dei costi 2) una maggiore attenzione alla specializzazione dei professionisti, nell'ottica di incrementarne l'efficienza a beneficio della durata delle procedure.

ità aziendale delle imprese, prevedendo così un nuovo professionista "attore della crisi": l'esperto[37] nonché l'attestatore.

La Ratio del nuovo quadro normativo è quella di preservare il valore dell'impresa che abbia concrete possibilità di risanamento, essenziale è di fatti prevenire situazioni di insolvenza e distruzione del valore aziendale recuperando la continuità aziendale in modo da ricorrere alle procedure liquidatorie solo in casi residuali.

Con la Direttiva *Insolvency*, l'Italia è chiamata a recepire, la disciplina dei professionisti nelle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, tali norme[38] quindi sono finalizzate, a mantenere e migliorare la trasparenza e prevedibilità, nonché a ridurre la durata eccessiva delle procedure, che determina incertezza giuridica e bassi tassi di recupero per i creditori e gli investitori[39].

In tema di disciplina applicabile ai professionisti della crisi: si farà, quindi, riferimento alla normativa in tema di Albo degli incaricati dell'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e controllo nelle procedure di cui al Codice della crisi e dell'insolvenza, contenuta negli artt. 356-357-358 D.Lgs. 14/2019, e alla nuova disciplina dell'Elenco degli esperti indipendenti di cui agli artt. 2-3-4-5 del D.L 118/2021 convertito nella L. 147/2021, cercando di individuare analiticamente i profili di effettivo adeguamento alla disciplina europea, e di segnalare gli aspetti di non attuazione.

La figura del professionista, come analizzato, è centrale nell'ambito delle procedure di c.d. soluzioni negoziali della crisi. Per poter svolgere tale funzione, però, a monte, il professionista deve saper anzitutto individuare quale sia lo strumento normativo più idoneo ad agire in maniera tempestiva ed efficace. E tale scelta dipende anche dalla competenza dei professionisti scelti essenziali sono anche la creazione di best practices.

Necessario, pertanto definire le responsabilità in capo ai professionisti coinvolti nelle varie procedure, infatti il professionista-attestatore compie una valutazione circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ed in tal senso, si assume la responsabilità civile e penale di quanto dichiara.

La riforma del 2012 introduce nuove disposizioni un severo regime di responsabilità penale[40] per il professionista che nelle proprie attestazioni espon-

---

37 Figura introdotta e disciplinata nella D.L 118/2021.

38 Si V. S. Zenati, "*I professionisti della crisi nella Direttiva (UE) 2019/1023: recepimenti nella disciplina dell'albo del CCII e dell'elenco degli esperti di cui al D.L 118/21*", inILFallimentarista.it, 2022.

39 Il tutto nell'ottica di un generale aumento dell'efficienza delle procedure (Considerando 85).

40 Norma che prevede una reazione sanzionatoria a comportamenti offensivi dei beni giuridici meritevoli di tutela, ma allo stesso tempo tutela il corretto svolgimento dell'attività

ga informazioni false od ometta di riferire informazioni rilevanti[41], per tali condotte l'art 236 bis L.F sancisce la pena della reclusione e la previsione di una multa. Si tratta di un contesto normativo sensibilmente mutato e opportunamente improntato a maggiore rigore. La delicatezza dei compiti dell'attestatore trova conferma nella disciplina dell'art 342 CCI[42], il quale prevede la responsabilità dell'attestatore per falso in attestazioni e relazioni e nel silenzio del Codice le medesime responsabilità sono attribuibili all'esperto.

La richiamata disposizione di legge prevede un diverso trattamento fra le "informazioni false" e l'"omissione di informazioni rilevanti", in quanto le informazioni false costituiscono in ogni caso un reato, mentre il reato per omissione riguarda esclusivamente le informazioni definite "rilevanti", in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati[43]. Circa la condotta punibile, bene rilevare che si tratta, di modalità commissiva (nel caso di informazioni false) e di modalità omissiva. In relazione all'elemento psicologico del reato, il falso in attestazioni o relazioni di cui all' art 342 CCII risulta integrato dal dolo generico per quanto concerne la fattispecie base prevista al primo comma. Il dolo generico deve essere riferito a tutti gli elementi della fattispecie di reato e consiste, quindi, nella consapevolezza della falsità delle informazioni esposte e/o della omissione di informazioni rilevanti, e nella volontà di trasmettere o omettere di riferire tali informazioni[44].

In relazione alla fattispecie prevista dal comma 2 dell'art. 342 CCII sembra invece configurabile una punibilità a titolo di *dolo specifico*, essendo necessaria la coscienza e volontà di conseguire un ingiusto profitto per sé e per altri. In ogni caso, ed in ossequio ai principi generali in tema di diritto penale, l'accertamento dell'elemento psicologico del reato deve essere provato caso per caso, non potendosi considerare implicito in seguito alla semplice

---

assegnata al professionista-attestatore, presidiando la correttezza dell'operato del medesimo.

41 V. Mucciarelli "*Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di Falso in attestazioni e relazioni*", in IlFallimentarista.it.

42 Ai sensi art. 342 "*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 ad 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".

43 V. F. Mucciarelli, "*Speciale Decreto Sviluppo- Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni*", in Ilfallimentarista.it, 2012.

44 Cfr. M. Monteleone, "*La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi d'impresa*", in Osservatorio sulle Crisi d'Impresa, in www.osservatorio-oci.org.

realizzazione del fatto[45].

Per quanto riguarda l'omissione di informazioni rilevanti, si rileva che esiste un'analogia con le false comunicazioni sociali previste dall'articolo 2621 C.C.[46], anche se le prime presentano un contenuto più ampio rispetto alle seconde. Pertanto, in merito all'aggettivazione "rilevanti" appare opportuno riferirsi alla sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali del 27 marzo 2016[47] che ha così giudicato: "*l'informazione, per essere giudicata corretta, non deve essere tale da influenzare, in modo distorto, le decisioni dei destinatari, non deve, cioè, essere ingannevole e fuorviante. Dunque, l'informazione è rilevante quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori*".

È previsto l'aumento della pena se il fatto è commesso per conseguire o fare conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri e l'aumento fino a metà della pena se dal fatto consegue un danno per i creditori.

Il reato può essere compiuto in occasione dell'attestazione di carattere generale, riferita alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità dei piani previsti per gli accordi in esecuzione dei piani di risanamento[48].

I Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento 2014 CNDCEC espongono le responsabilità civili dell'attestatore che, con la massima prudenza, deve operare fin dalla selezione delle fonti di informazione, per poi predisporre l'attestazione che costituisce il riferimento per i creditori chiamati al voto.

Rilevato, che in merito alla responsabilità civile non sussiste alcuna previsione di legge, si ritiene che la disciplina della responsabilità dell'attestatore possa farsi discendere sia dall'applicazione delle disposizioni del codice civile in tema di danno. In relazione all'applicazione delle disposizioni in tema

---

45 S. Fiore, Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa, in Il Fallimento, 2013, fasc. 9, p. 1193 ss.

46 Ai sensi art 2621 c.c: "*Fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni.*

La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi".

47 Cassazione penale sez. un., 31 marzo 2016 (ud. 31/03/2016, dep. 27/05/2016), n. 22474, in DeJure.

48 Per un approfondimento si rimanda a: Picciau, Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating, Milano, 2018; Sartori, Informazione economica e responsabilità civile, Padova, 2011; Facci, Il danno da informazione finanziaria inesatta, Bologna, 2009.

di danno, ci si riferisce in particolare alla responsabilità di natura contrattuale art 1218 c.c. del professionista indipendente nei confronti dell'imprenditore che lo ha nominato ed alla responsabilità dello stesso nei confronti dei terzi, questa volta trattasi di responsabilità extracontrattuale art 2043 c.c.[49].

Inoltre, i Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento 2014 CNDCEC rilevano che "*la delimitazione della responsabilità civile dell'attestatore, va operata tramite le regole generali dettate nell'ambito della disciplina del contratto d'opera professionale. Il canone generale di cui all'articolo 1176, comma 2°, C.C. è la norma di riferimento. L'attestatore, nell'adempimento della prestazione di cui è richiesto, non deve usare la diligenza del buon padre di famiglia bensì la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico che gli impone di agire con particolare perizia e attenzione in virtù del suo precipuo status professionale*".

I Principi di attestazione dei piani di risanamento 2020 CNDCEC confermano il suddetto orientamento e rilevano che "è la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico che gli impone di agire con particolare perizia e attenzione in virtù del suo precipuo stato professionale"[50].

La violazione del dovere di diligenza si configura quando il professionista ometta di comunicare al cliente che l'incarico da conferire o conferitogli sia del tutto inutile in considerazione dell'obiettivo posto alla base dello stesso. Se, infatti, difettano i requisiti per la ristrutturazione di un'impresa di cui è imminente la decozione è dovere del professionista astenersi dallo svolgimento dell'attività professionale oltre a quello di procedere all'immediata informazione al proprio cliente. Come già evidenziato in altri precedenti della Cassazione[51] il professionista è tenuto al corretto adempimento del proprio incarico professionale e all'obbligo di comunicare al cliente la sua infruttuosità, inutilità o dannosità.

L'attestazione dell'esperto comporta una sua precisa responsabilità in or-

---

49 V. G. Covino, L. Jeantet, P. Stella, "*Le nuove attribuzioni del professionista indipendente nel Codice della crisi*, In IlFallimentarista.it, 2019.

50 In tal senso si veda la sentenza Cass. Civile sez. I, 16 febbraio 2022 n. 5131 in Il Fallimentarista.ii 2022, secondo cui "*nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato , o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole*".

Per un commento alla sentenza si V, F. Silla, "*Insinuazione al passivo del credito per attività di consulenza: non va ammessa quando la prestazione è infruttuosa e il professionista ne è consapevole*", In ILfallimentarista.it, 2022, fasc. 5.

51 Cass. Civile sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520, in DeJure; Cass. civile, sez. III, 18 agosto 2017, n. 20159, in DeJure.

dine alla ragionevolezza del piano "*qualora, fallito il tentativo di risanamento, l'imprenditore venga dichiarato insolvente, non vi è alcun dubbio che il professionista possa essere chiamato a rispondere ogni qual volta si accerti che la diligenza da lui esigibile, ai sensi dell'articolo 1176 C.C., stante la natura dell'attività esercitata, avrebbe dovuto condurlo a escludere la ragionevolezza del piano; salva, per l'attestatore, la possibilità di avvalersi dell'esenzione da responsabilità per colpa lieve, nell'ipotesi in cui lo stesso riesca a provare che, date le circostanze del caso concreto, il suo compito implicava "la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", ai sensi dell'articolo 2236 C.C.*[52]

Il difetto di indipendenza può procurare all'attestatore anche la perdita del diritto al compenso, come è evidenziato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 12171/2020[53] per cui "*in tema di concordato preventivo, la mancanza in capo all'attestatore dei requisiti di terzietà e indipendenza comporta la nullità dell'atto di nomina del medesimo ed il conseguente venir meno del diritto al compenso in sede di insinuazione allo stato passivo del successivo fallimento*".

5.4 Le azioni di responsabilità

L'attestazione del professionista indipendente e l'individuazione, da parte dell'esperto, di una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o di insolvenza, in particolare se ritenuta idonea ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni, comportano un'indubbia assunzione di responsabilità. Con riguardo ai profili di responsabilità che potrebbero coinvolgere l'attestatore in conseguenza del proprio operato, si ritiene che questi, nello svolgimento dell'incarico, debba agire con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico stesso così come richiesto dalle norme codicistiche.

In caso di successiva liquidazione giudiziale dell'imprenditore, gli organi della procedura in un controllo ex post, procederanno all' esame documentale di quanto predisposto dall'attestatore e dall'esperto, oltre che per esigenze conoscitive anche per l'esperimento di eventuali azioni legali di responsabilità.

Al controllo giudiziale, si può aggiungere l'iniziativa da parte dei soggetti terzi, danneggiati da insolvenze derivanti dai rapporti economici avviati dall'imprenditore nel periodo successivo alla conclusione delle procedure. Si pensi, ad esempio, ad un imprenditore che, preso atto della relazione finale dell'esperto inserita nella piattaforma e comunicata all'imprenditore, avvia rapporti economici con quest'ultimo in considerazione di quanto espo-

52 Il principio è ribadito da G. Guerrieri, "*Il controllo giudiziale sui piani attestati*" in Giurisprudenza Commerciale, 2012 fasc. 3.

53 Cassazione civile sez. I, 22/06/2020, n. 12171, in *Giustizia Civile Massimario 2020.*

sto nella relazione dell'esperto.

In dottrina si rileva l'orientamento secondo cui *"ex post è fisiologico che in alcuni casi la valutazione di ragionevole certezza della fattibilità del piano si riveli fallace, ma questo ovviamente non determina di per sé alcuna responsabilità dell'attestatore. Per configurare una responsabilità penale ci si dovrà comunque porre in una prospettiva ex ante e verificare se il giudizio di fattibilità, inevitabilmente ancorato a quello della veridicità dei dati aziendali, era stato fondato su una consapevole non valorizzazione di elementi rilevanti o una falsa rappresentazione degli stessi o su una discrasia fra criteri di verifica o di valutazioni enunciati e criteri concretamente applicati". A. Ambrosini aggiunge che: il professionista, pur rimanendo nel solco dell'attestazione richiesta in ogni giudizio di fattibilità, dovrà accentuare il grado di attendibilità della valutazione prognostica, non essendo sufficiente un'attestazione di mera probabilità di avveramento di un risultato"*[54].

La difficoltà, se non l'impossibilità, di positive attestazioni prognostiche, che, dopo avere rilevato l'eccessivo ricorso allo strumento della prognosi richiesto nella successione delle attestazioni, è rilevata dalla dottrina[55] riporta quanto espresso da *"il legislatore ha voluto un "superuomo" professionista, dotato di capacità semi-divinatorie, investito di attestazioni di conformità spesso astratte, congetturali, apodittiche, rispetto a situazioni che sono, per loro intrinseca natura, future, incerte, imponderabili", rispetto a situazioni che sono, per loro natura, future, incerte, imponderabili"*[56].

L'orientamento della Corte di Cassazione, espresso nella sentenza del 01 marzo 2018, n. 4790[57], appare più aderente alla realtà economica, ove sancisce che *"in tema di concordato preventivo, mentre il sindacato del giudice relativo alla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità dello stesso con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, quale realizzabilità in concreto del piano proposto dal debitore, può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta sua inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati"*.

Il principio esposto dalla Corte di Cassazione è ovviamente rivolto oltre che al debitore anche all'attestatore, la cui relazione deve attestare la fattibilità del piano.

La responsabilità penale riguarda informazioni false o l'omissione di in-

---

54 Cfr. S.Ambrosini, in *"Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore"* in Giurisprudenza Commerciale 2017, fasc. 3, p.

55 Si V. C. Amatucci, *"Concordato preventivo e (dis)continuità del management tra Chapter 11, Administration e Disqualification"*, in Giurisprudenza Commerciale 2019, fasc. 5.

56 Cfr. Lo Cascio in Fallimento 2012 fasc. 5.

57 Cass. civile sez. VI, 01/03/2018, n.4790, in Giustizia Civile Massimario 2018.

formazioni rilevanti, per cui l'attestatore che agisce con prudenza deve accuratamente selezionare le fonti di informazione.

L'attestazione dei dati aziendali che concretamente consiste nella verifica dello stato patrimoniale, con gli elementi attivi e passivi opportunamente rettificati, deriva da un'analisi che non può essere unicamente di carattere contabile, ma deve essere estesa all'esame dei rapporti contrattuali in corso con i terzi che possono generare insussistenze o sopravvenienze passive.

Il debitore di un'impresa in crisi sovente sottovaluta le conseguenze di situazioni dubbie e potrebbe essere indotto a riconoscere unicamente i debiti certi e non gli eventi che possono comportare ulteriori effetti negativi, con conseguente aumento delle passività o di riduzione delle attività, tali da pregiudicare la fattibilità del piano. La congruità dei fondi rischi è ovviamente oggetto di controllo da parte del commissario giudiziale e del Tribunale e richiede l'analisi, non limitata al contenzioso in corso, ma di tutti i rapporti pendenti con i terzi.

I professionisti che intervengono nelle procedure di crisi e di insolvenza di impresa, siano essi consulenti del debitore, attestatori o commissari giudiziali fanno sovente riferimento ai contenuti dei principi contabili ma, ai fini della punibilità per gli atti prodotti in sede giudiziale, sono opportune alcune osservazioni.

La falsità dei dati non deriva dalla sommatoria degli errori compiuti per valutazioni non coerenti con i principi contabili, per cui a prescindere dalla rilevanza, si è rilevato che, "*il bilancio d'esercizio e consolidato viene qualificato irregolare quando non viene redatto con chiarezza e non rappresenta in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio. In altri termini, il bilancio irregolare viola la legislazione civile sui bilanci. Il bilancio falso, invece, viola la legislazione penale, che diverge sostanzialmente da quella civile*"[58].

Pertanto, nel caso in cui non siano rispettati i principi contabili, non esiste alcun automatismo per considerare reato "le false comunicazioni sociali" ai sensi dell'articolo 2621 C.C. o "l'omissione di informazioni rilevanti" ai sensi dell'articolo 342, in quanto la sussistenza penale richiede il presupposto oggettivo della rilevanza, come espresso dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali. Il reato sussiste quando l'omessa informazione costituisce lo strumento idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni che, nel nostro caso, sono essenzialmente i creditori che devono manifestare il voto in merito alla proposta del debitore.

L'attestatore deve prendere in esame gli atti che potrebbero dare origine a

---

58 V. F. Dezzani, "*Bilancio irregolare e bilancio falso*" in Il Fisco 2015, fasc. 35.

utilità in caso di liquidazione giudiziale, dalle azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie esperibili nei confronti di terzi, formulando sulle stesse una valutazione tecnico-giuridica che consenta il confronto con quanto il commissario giudiziale esporrà, ai sensi dell'articolo 105, comma 2.

L'elaborazione del piano prospettico e la relativa attestazione del professionista indipendente non rappresentano verità assolute, in quanto la previsione economico-aziendale, in una situazione in evoluzione e dipendente da fattori interni gestionali e dall'evoluzione del mercato, non può assicurare certezze.

Le stime si devono basare su previsioni corrette e documentate, in caso contrario, una dottrina particolarmente autorevole[59], rileva che "*le previsioni non corrette significano stime errate; previsioni non documentate significano stime non convincenti e perciò non credibili; nei casi peggiori possono anche significare stime artefatte per favorire alcuni stakeholders e danneggiarne altri. In via immediata, è difficile per chiunque giudicare con quale grado di probabilità una certa previsione si realizzerà o sarà smentita dai fatti.*

La fattibilità del piano è intesa come auspicata realizzabilità dei fatti gestionali previsti e ragionevole sussistenza dei presupposti per raggiungere l'obiettivo della continuità aziendale e del migliore soddisfacimento dei creditori.

Eliminata l'ipotesi di collusione, è opportuno valutare l'operato dell'attestatore non solamente agli effetti civili, ma anche per le conseguenti e rilevanti responsabilità penali.

Le responsabilità dell'attestatore sussistono in quanto esercita una funzione essenziale di riferimento per i creditori, seppure oggetto di controllo da parte del commissario giudiziale e del Tribunale, per cui le rilevanti responsabilità richiedono un meticoloso e prudente operato da parte del professionista indipendente.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 26 giugno 2018, n. 16856[60], ha giudicato che, "*in tema di revoca del concordato preventivo, si configurano atti di frode le condotte del debitore idonee ad 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 pro-*

---

59 V. L. Guatri e M. Bini, "*Nuovo trattato sulle valutazioni di aziende*", Università Bocconi Editore, Milano, 2005.

60 Cassazione civile sez. I, 26/06/2018, n. 16856 in Giustizia Civile Massimario 2018.

Conformemente: Cassazione civile sez. I, 14/06/2018, n. 15695 in Giustizia Civile Massimario 2018 secondo cui: "*In tema di concordato preventivo, rientrano tra gli atti di frode, rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla predetta procedura ai sensi dell'art 173 L. fall, 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 S.C. 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)*".

posta e che siano state accertate dal commissario giudiziale, cioè da lui scoperte, essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori".

È evidente il riferimento alle motivazioni espresse dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali, in merito alla rilevanza delle informazioni o delle loro omissioni, in tema di "false comunicazioni sociali".

Le conseguenze degli atti di frode compiuti dal debitore, rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si ripercuotono sull'attestatore qualora quest'ultimo concorra al reato, anche per fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati.

In materia di responsabilità, il Tribunale di Venezia, con sentenza del 19/05/2015, ha giudicato che "*in materia di azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci di spa, è responsabile del danno anche l'attestatore del piano di ristrutturazione che ne abbia erroneamente attestato la fattibilità economica, così concorrendo a ritardare il fallimento*".

Il professionista indipendente deve avere presente, in caso di colpa grave nell'elaborato di attestazione, che il tempo limitato concesso per l'attestazione non costituisce un'attenuante. Il curatore della eventuale liquidazione giudiziale, spesso coincidente con il commissario giudiziale, supportato da qualificati consulenti, potrà avviare iniziative legali per i comportamenti pregressi del debitore e per la non fattibilità del piano presentato ai creditori, circostanza che pone in estrema difficoltà l'incauto attestatore.

Si rileva che la "*gran massa di contenziosi, sono alimentati dal confronto ex post fra ciò che si è effettivamente realizzato rispetto a ciò che era stato assunto nelle valutazioni compiute in precedenza: confronto logicamente errato in quanto fondato sul senno di poi ed in contrasto con il principio cardine di ogni valutazione secondo cui le stime sono "point in time", ovvero si riferiscono ad una particolare data e riflettono le attese a quella data.*

Aggiunge l'autore, nell'intervento sopra indicato, *che la valutazione non è il risultato di un mero calcolo matematico, ma piuttosto il risultato di un giudizio ragionato e motivato che si fonda su stime ed assumption (ipotesi)…. L'analisi della fattibilità del processo valutativo dovrebbe riguardare la verifica dell'assenza di distorsioni, da compiersi attraverso le analisi: di coerenza delle scelte compiute, di completezza della base informativa e del grado di dettaglio e di profondità di analisi con cui è stata svolta la valutazione*"[61].

---

61 V. M. Bini in "il falso valutativo" in Le Società 2017, fasc. 2.

Si deve citare in tal senso anche E. Terlizzi in "*Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*", in Le Società 2020, fasc. 3, secondo cui: "*è chiaro che le valutazioni delle condotte assunte dall'organo di amministrazione consti di intrinseca natura discrezionale, rendendo pertanto necessaria l'analisi del contesto in cui si sostanziano le scelte intraprese in materia di gestione, nonché le caratteristiche proprie della società considerata.*

In effetti, i termini espressi dal legislatore che intende perseguire una condizione competitiva, appaiono per l'attestatore particolarmente impegnativi, comunque rappresentano un ulteriore impulso ad una previsione che deve essere, non solo ragionevole, ma anche estremamente prudente.

I procedimenti penali in genere, sia per i reati di false comunicazioni sociali che per i reati di omissione di informazioni rilevanti, talvolta trascurano, anche per effetto di perizie redatte dai consulenti d'ufficio, la contestualizzazione degli eventi, per cui la valutazione è erroneamente riferita all'epoca successiva e omette la valutazione della situazione economica e ambientale all'epoca del compimento degli atti, ritenuti delittuosi.

In effetti, la fattibilità economica è intrisa di valutazioni prognostiche, fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel ché è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i creditori.

Ai consulenti del debitore ed agli attestatori è richiesta la ragionevolezza delle ipotesi formulate nel piano al momento del deposito della domanda, ma altrettanta ragionevolezza è richiesta ai professionisti che, quali commissari giudiziali, curatori di liquidazioni giudiziali o consulenti d'ufficio, sono chiamati ad esprimere valutazioni tecniche all'autorità giudiziaria nel corso della successiva liquidazione giudiziale.

Gli eventi oggetto di rilievo devono essere contestualizzati, particolarmente nell'attuale fase in cui le condizioni economiche ed ambientali sono in rapida evoluzione.

In caso di revoca dell'ammissione alla procedura proposta dal debitore, il commissario giudiziale può essere nominato curatore dal Tribunale nella successiva liquidazione giudiziale e, in quest'ultima procedura, possono essere esperite azioni di responsabilità nei confronti degli organi societari, anche con il coinvolgimento dell'attestatore.

L'azione legale potrebbe essere preceduta dal confronto preventivo fra i soggetti (professionisti di parte e consulenti giudiziari) che possono rappresentare opposte posizioni in un'utile "valorizzazione del contradditorio", sull'esempio di quanto disposto dal Comando Generale della Guardia di Finanza nel "Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali".

Il Tribunale, se le previsioni formulate nel piano risultano nei fatti inattuabili, assume ovviamente i provvedimenti previsti nel Codice, ma il senno di poi e la ricerca del dettaglio errato non dovrebbero costituire il presupposto di fatto per avviare, in una sorte di misura cautelativa, o peggio ancora per atto dovuto, azioni risarcitorie milionarie nei confronti del debitore, de-

---

Pertanto, non si può sostenere che una valutazione è falsa semplicemente perché le previsioni formulate all'atto della valutazione non si sono verificate successivamente, in quanto l'informazione prospettica è incerta per sua stessa natura".

gli organi di controllo societari e degli attestatori, salvo ovviamente i casi in cui emergono dolo o colpa grave.

È addirittura possibile che vengano esperite azioni di responsabilità, anche con la richiesta di concessione del sequestro conservativo *ante causam* e costituzione di parte civile, nei confronti di soggetti professionali, a vario titolo protagonisti della procedura.

Non è posta assolutamente in discussione l'esperibilità delle suddette azioni nei casi in cui sussiste il nesso di causalità fra il dissesto della società e i fatti previsti dal C.C. L'azione legale, a prescindere dalla sua fondatezza, pone in condizioni di sofferenza anche il professionista che ha operato correttamente, seppure con un risultato negativo. Sovente la vicenda legale, anziché concludersi con un auspicabile dibattimento che potrebbe verificare la sussistenza, o meno, di responsabilità civili, si chiude con una transazione, il cui onere è dipendente dalla polizza assicurativa stipulata dal professionista. In tal modo, la procedura liquidatoria consegue il "positivo" risultato in termini monetari, ma appare improprio che le transazioni possano essere basate sull'entità del rischio coperto dalle assicurazioni contratte dai professionisti che preferiscono sottrarsi ad azioni legali comportanti, in ogni caso, ulteriori costi e tensioni morali.

L'esperienza dimostra che azioni di responsabilità nei confronti dei componenti gli organi societari con richieste per alcune decine di milioni si sono concluse con transazioni comportanti un onere per i convenuti, seppure ampiamente solvibili, pari all'1% dell'importo richiesto.

Le funzioni dell'attestatore e dell'esperto, anche se esercitata con estrema prudenza e perizia, sono ad alto rischio professionale, né in proposito è sufficiente un'adeguata polizza assicurativa avente ad oggetto le suddette funzioni, in quanto è ben più rilevante la dignità del professionista che non è assicurabile.

5.4.1 *La responsabilità dell'esperto*

L'esperto deve inizialmente valutare la presenza del requisito di indipendenza che deve essere non solo formale, ma anche sostanziale, in quanto il difetto può comportare l'azione di responsabilità da parte dell'imprenditore o di soggetti terzi, oltre la perdita del diritto al compenso, in quanto la mancanza in capo all'esperto dei requisiti di terzietà e di indipendenza potrebbe comportare la nullità dell'atto di nomina dello stesso.

L'esperto è un soggetto terzo e indipendente che agevola le trattative fra l'imprenditore, i creditori e gli eventuali altri soggetti interessati. La valutazione della responsabilità dell'esperto, sia nei confronti dell'imprenditore che dei creditori, con particolare riferimento ai contenuti della relazione finale, sarà oggetto di dibattito dottrinario e di decisioni giudiziali.

L'attività dell'esperto indipendente nella composizione negoziale della crisi di impresa e dell'insolvenza non è soggetta, nel corso della procedura, ad alcun controllo giudiziale, ma, in caso di una successiva procedura giudiziale, può emergere la responsabilità conseguente alla verifica condotta da parte degli organi della procedura. Inoltre, l'esperto potrebbe anche essere oggetto di un'azione per responsabilità civile, su iniziativa di soggetti terzi, ad esempio riferita ai crediti insoluti sorti in epoca successiva alla relazione finale dell'esperto a causa della motivazione riferita all'asserita continuità aziendale dell'impresa per almeno due anni.

La relazione finale dell'esperto, preceduta dall'attestazione di indipendenza, dovrebbe rigorosamente indicare la documentazione esaminata, l'attività svolta, gli incontri con l'imprenditore e i creditori e la documentata previsione in merito all'eventuale fattibilità del piano di risanamento.

Pertanto, nel caso in cui l'esperto, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera a), assicuri la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni, in caso di successiva insolvenza dell'imprenditore, lo stesso potrebbe essere esposto all'azione di responsabilità da parte di un creditore o di un soggetto terzo in dipendenza dei rapporti economici proseguiti o avviati con l'imprenditore.

Non esiste alcuna previsione di legge in merito alla responsabilità che l'esperto può assumere, ma appare opportuno considerare che l'attività dell'esperto comporta, ai fini della redazione della relazione finale, la verifica dei dati contabili dell'impresa e della funzionalità della proposta rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. Pertanto, anche se l'articolo 16, comma 2, rileva che l'esperto non è equiparabile al professionista indipendente, definito all'articolo 2, comma 1, lett. o),le due funzioni professionali sono contigue, perseguono gli stessi obiettivi in un comune settore di attività, per cui è implicito il riferimento all'attività dell'attestatore nelle procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti, che oltre alla veridicità dei dati aziendali, deve verificare la fattibilità del piano di ristrutturazione proposto, con una valutazione di carattere prognostico.

Per quanto esposto si richiamano i Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento del 2014 CNDCEC[10] che rilevano: *la delimitazione della responsabilità civile dell'attestatore, va operata tramite le regole generali dettate nell'ambito della disciplina del contratto d'opera professionale. Il canone generale di cui all'articolo 1176, comma 2°, C.C. è la norma di riferimento. L'attestatore, nell'adempimento della prestazione di cui è richiesto, non deve usare la diligenza del buon padre di famiglia bensì la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico che gli impone di agire con particolare perizia e attenzione in virtù del suo precipuo status professionale*.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento del 16/12/2020 del CNDCEC aggiungono che *nell'adempimento del suo incarico, l'attestatore non effettua una vera e propria revisione contabile e non esprime un giudizio professionale sulla situazione patrimoniale manifestatasi dalla contabilità aziendale posta a base del piano, comunque, come dai Principi di attestazione elaborati dal CNDCEC la diligenza è richiesta dalla natura dell'incarico che gli impone di agire con particolare perizia e attenzione in virtù del suo precipuo stato professionale*.

Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative hanno avuto esito positivo ed è stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi d'impresa o di insolvenza dell'impresa assume la relativa responsabilità, che appare doverosa se oggettivamente esistono le condizioni economico- finanziarie dell'impresa che permettono di rilevare il risanamento della stessa.

Il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità del piano proposto dall'imprenditore, dovrebbe essere disposto solo, come espone la Corte di Cassazione nella sentenza del 01 marzo 2018, n. 4790[62], *nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta sua inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati*.

Pertanto, la fattibilità del piano proposto dall'imprenditore e condiviso dall'esperto dovrebbe essere intesa come auspicata realizzabilità dei fatti gestionali previsti, con ragionevole sussistenza dei presupposti per il recupero della continuità aziendale e il migliore soddisfacimento dei creditori. Non si può neppure sostenere che una valutazione è falsa semplicemente perché le previsioni formulate all'atto della valutazione non si sono successivamente verificate, poiché l'informazione prospettica è incerta per sua stessa natura.

Occorre tenere presente che le stime prognostiche e le valutazioni si riferiscono alle attese riferite ad una determinata data, per cui il semplice confronto ex post fra quanto si è realizzato rispetto a quanto originariamente previsto, se non è contestualizzato non può essere ritenuto determinante.

Inoltre, l'esperto indipendente, al pari dell'attestatore, può incorrere in responsabilità penali, ai sensi dell'articolo 342, in caso di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni rilevanti, queste ultime sussistono allorché, come da sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite Penali del 27/05/2016[(10)], l'omissione o l'errata indicazione di informazioni potrebbero ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori.

---

62 Cass. civile sez. VI, 01/03/2018, n. 4790, in Giustizia Civile Massimario 2018.

5.5. Nuovi profili di responsabilità degli organi societari alla luce del CCI per la violazione dell'adeguatezza degli assetti

Il tema degli assetti organizzativi è oggetto di particolare attenzione soprattutto a seguito delle modifiche legislative intervenute in materia.

Si tratta di un nuovo approccio ispirato alla prevenzione della crisi e al risanamento delle imprese mediante la *"gestione anticipata del rischio"* con l'obiettivo di una disciplina organica ed esaustiva di tali fenomeni. Il legislatore è intervenuto sul codice civile[63], con disposizioni innovative in tema di struttura organizzativa societaria in particolare della s.r.l., la cui disciplina risulta significativamente riformata rispetto al modello scaturito dalla riforma del diritto societario del 2003[64]. Alla base delle novità introdotte[65], nei principi generali del nuovo codice della crisi d'impresa, il legislatore ha profondamente inciso le prescrizioni inerenti all'assetto organizzativo societario.

La predisposizione di assetti organizzativi funzionali e adeguati diviene sostanzialmente un'obbligazione di fonte legale che determina l'insorgenza di doveri in capo agli organi societari, la cui peculiarità consiste nella funzionalizzazione dei nuovi assetti affinché adottino e attuino, senza indugio, uno degli strumenti previsti dall'ordinamento. La modifica è, infatti, finalizzata a favorire l'emersione precoce delle situazioni di difficoltà, consentendo all'organo gestorio di adottare le misure di risanamento quando l'impresa è ancora in continuità[66]. Secondo quanto prescritto dall'art 14 C.C.I.I.[67], l'Organo di Controllo, ai sensi dell'art 2403 c.c., dovrà verificare costantemen-

---

63 V. N. Abriani, A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del Codice Civile*, in Le Società, 2019, fasc. 4, p. 395; L. Calvosa, Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c., in Le Società, 2019, p. 799.

64 In tal senso vedasi G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., Adeguati assetti e modelli organizzativi, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 44: *"L'emergere normativo di strumenti alternativi al fallimento nella gestione delle crisi di impresa impone di adeguare la clausola generale di adeguatezza per ricomprendere, tra le informazioni aziendali rilevanti da acquisire e divulgare tra i componenti degli organi di amministrazione e controllo, gli indicatori del profilarsi dello stato di difficoltà dell'impresa, onde consentire all'organo amministrativo prima, e ai soci poi, di assumere le iniziative più consone a salvaguardia della sua continuità, operando per il ricorso all'uno o all'altro degli strumenti di soluzione concordata della crisi"*.

65 D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6: riforma che ha posto l'attenzione sulla rilevanza dell'organizzazione interna e introdotto il principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Il legislatore a partire dal progetto Rordorf ha tracciato un nesso sistematico tra il diritto dell'impresa, il diritto societario e il diritto della crisi.

66 V., D. Fico, Assetti organizzativi dell'impresa, in "Il Societario", 2020, p. 2.

67 In riferimento alle procedure di allerta, di fatti l'art. 14 C.C.I.I. pone in capo agli organi di controllo l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa.

te che tali assetti siano idonei ad assicurare la rilevazione tempestiva della crisi, esprimendosi anche sull'efficacia degli strumenti contabili e delle procedure amministrative adottate in azienda al fine di prevedere l'andamento della gestione nel breve e medio termine e di verificare regolarmente le condizioni di "continuità aziendale". Dalla lettura del disposto normativo si può evincere, infatti, che gli assetti organizzativi, contabili e amministrativi non riguardino solo le attività degli organi di amministrazione e di controllo, ma coinvolgano l'intera struttura aziendale, sia nei procedimenti decisionali, sia nella parte esecutiva ed operativa della attività di impresa, nell'ottica di una corretta realizzazione dell'oggetto sociale e degli obiettivi aziendali. Si attestano anche a presupposto indispensabile per l'effettivo perseguimento degli obiettivi e di progettualità coinvolgendo tutto l'organigramma.

La recente modifica normativa, inoltre impone il requisito dell'adeguatezza dell'organizzazione[68], il quale viene previsto in funzione del raggiungimento di obiettivi ulteriori, ovvero l'individuazione tempestiva e la prevenzione della crisi. La novità risiede nel fatto che oggi la verifica dell'adeguatezza non è più ancorata alla disciplina del bilancio, di conseguenza, da un lato sono tenuti ad effettuare tale verifica non soltanto i soggetti che devono redigere il bilancio di esercizio, ma, sicuramente, tutti gli imprenditori societari e collettivi e, dall'altro lato, la valutazione non ha più cadenza annuale, ma costituisce un dovere che incombe stabilmente sugli amministratori.

Il legislatore non definisce il concetto di adeguatezza, lasciando così spazio all'imprenditore, nello specifico contesto organizzativo aziendale, di creare una struttura organizzativa, amministrativa e contabile adeguata rispetto alla dimensione e al tipo di attività della società. Ne deriva che per la predisposizione di un assetto adeguato non si è individuato un modello obbligatorio a contenuto specifico, ma anzi una clausola generale assai flessibile[69].

Il concetto di adeguatezza è relativo e dovrà essere commisurato alla dimensione, alla natura dell'impresa e al perseguimento dell'oggetto sociale. L'analisi, la progettazione di un assetto adeguato, che sia quindi in grado di rispettare le esigenze aziendali, rappresenta il compito a cui gli organi delegati sono chiamati. Da tale relatività del concetto in esame, ne consegue che

---

68 Il novellato art. 2086 c.c., non specifica opportunamente le soluzioni organizzative, ma si limita a definire i criteri generali di adeguatezza ovvero "natura e dimensioni" dell'impresa.

69 Concetto espresso da una recente pronuncia del Tribunale di Roma 15 settembre 2020 con nota di S. Maurutto, A. Turchi in Ilsocietario.it, 2021, si tratta di "*un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere*". Ne consegue che, per definire che gli assetti siano "adeguati", si rinvia ad una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori, orientata sulla base di parametri qualitativi e quantitativi legati alla natura e alla dimensione dell'impresa".

un giudizio negativo possa aversi "*soltanto qualora siano violati gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati*"[70].

Circa il concetto di adeguatezza si è espressa la Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale, la quale qualifica come adeguato "*quell'assetto organizzativo, ammnistrativo e contabile in grado di garantire lo sviluppo della gestione dell'impresa in funzione del raggiungimento degli obiettivi definiti dai responsabili della attività di governance*"[71].

Si può definire un assetto adeguato, quando è in grado di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali e quando permette il monitoraggio e la corretta gestione[72]. A tal fine è necessaria un'articolazione di compiti, il cui fulcro cruciale è rappresentato dal sistema di controllo interno, in quanto snodo cruciale delle regole di responsabilità di amministratori, collegio sindacale, organi di controllo e management operativo[73].

L'adeguatezza degli assetti organizzativi, inoltre, deve essere valutata secondo i principi di corretta amministrazione[74], inoltre la dottrina qualifica l'adeguatezza degli assetti organizzativi quale clausola generale costituente una specificazione del generale principio di corretta amministrazione[75]. In questo si è pronunciata la Cassazione civile sez. II con sentenza n. 14708[76], la quale ha ricordato come l'attività di vigilanza cui i sindaci sono tenuti attiene, ai sensi dell'art. 2403 c.c., all'osservanza dei principi di corretta ammini-

---

70 Cfr. P. Montalenti, Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta, op. cit., p. 485.

71 V., Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale, Diagnosi precoce e crisi di impresa – Le parole della crisi: La lettura degli azionisti italiani, 2021.

72 Per completezza, parte necessaria di un adeguato assetto è costituita dall'organigramma che individua la collocazione del personale all'interno delle varie direzioni in cui è ripartita l'attività di impresa, che va, poi, a declinarsi in direzione amministrativa, commerciale, di produzione. All'organigramma si accompagna il mansionario, o funzionigramma, che deve indicare analiticamente le operazioni che ciascuna funzione deve svolgere, fissando le relative responsabilità.

73 V. in questo senso Cassazione civile sez. II n. 14708 10 luglio 2020, in Banca Borsa Titoli di credito 2021, 5, II,677 secondo cui "*L'obbligo di vigilanza posto in capo ai sindaci è diretto non solo alla salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche alla verifica di adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società*".

74 V. A. Abriani, A. Rossi, Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture, in Società, 2019, p. 394 ss.

Si tratta di un percorso normativo che ha «progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria».

75 V. P. Montalenti, I principi di corretta amministrazione, Zanichelli, Bologna, 2016.

76 Cassazione civile sez. II n. 14708 10 luglio 2020, in Banca Borsa Titoli di credito, 2021,5, II, 677. V. approfondimento nota M. Houben, in Banca Borsa Titoli, 2021, p. 683 ss.

strazione e, in particolare, all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società ed al suo concreto funzionamento. Ne deriva che i sindaci sono tenuti a svolgere una verifica non del solo formale rispetto della legge e dello statuto, ma anche dei principi di buona amministrazione[77].

Secondo qualche autorevole voce dottrinale l'adeguatezza degli assetti organizzativi, sarebbe idonea a incidere profondamente sulla valutazione della responsabilità degli organi di gestione e di controllo[78].

Questa ripartizione di funzioni ha, infatti ripercussioni sotto il profilo delle rispettive responsabilità, l'istituzione degli assetti di cui al c. 2 dell'art. 2086 c.c., spetta esclusivamente agli amministratori, pertanto l'attribuzione di una competenza esclusiva a favore degli amministratori è ricondotta non più all'intera gestione, ma a quel settore che concerne la predisposizione degli assetti adeguati[79]. Conseguenza è che questi ultimi sono tenuti a valutare l'adeguatezza, non potendo pedissequamente attenersi alla delibera assembleare. Risulta doveroso che gli amministratori comunichino, senza indugio, all'assemblea l'eventuale inidoneità di scelte statutarie che impediscono la predisposizione di assetti adeguati, anche ai fini dell'emersione dei sintomi di crisi.

Circa il nuovo quadro normativo sul piano delle responsabilità si veda la pronuncia del Tribunale di Roma[80] secondo cui *"incorre in responsabilità per mala gestio l'amministratore di società di capitali che omette di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi, Non vi incorre invece l'amministratore che abbia predisposto un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che, alla stregua di una valutazione che tenga conto delle conoscenze e degli elementi allora a disposizione dell'amministratore, si mostra idoneo a verificare tempestiva-*

---

77 In tema si veda la pronuncia della Cassazione Civile sez. II 22 gennaio 2018 n.1529 in Banca Borsa Titoli di Credito 2020,4, II, 581 *"I sindaci di una banca sono responsabili insieme agli amministratori, a titolo di concorso omissivo nel danno, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria. Infatti, l'obbligo di vigilanza stabilito a carico di detti soggetti è previsto in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti degli atti di abuso gestionali degli amministratori ma anche della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno, secondo parametri procedimentali dettati dalla normativa regolamentare, a garanzia degli investitori"*.

78 Su questo tema si rimanda a V. Buonocore, Adeguatezza, precauzione gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile, in Giur. comm., 2006, fasc. 5.

M. Irrera, Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, Zanichelli, Bologna, 2016.

79 V., O. Cagnasso, La predisposizione degli assetti adeguati nelle società di persone", in Il nuovo diritto delle società, 2022, fasc. 1, p. 9 ss.

80 Tribunale di Roma sez. spec. Impresa 24 settembre 2020 in Foro.it, 12, I, 3965.

mente la perdita della continuità aziendale; né vi incorre l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato, grazie all'assetto organizzativo predisposto, il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere interventi che successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi, ed eventualmente il fallimento della società , qualora tali interventi non risultino, sulla base di una valutazione ex ante, manifestamente irrazionali ed ingiustificati".

La vigilanza e il controllo sull'adeguatezza della struttura necessitano di una specificazione circa la responsabilità, di fatti l'accento posto dalla norma sull'adeguatezza di sistemi e procedure conferma che il controllo sindacale e il relativo giudizio di adeguatezza che si esige dai sindaci richiede che siano assoggettati a controllo i singoli fatti gestori allo scopo di verificare l'adeguatezza dell'organizzazione imprenditoriale.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di assetti, sino ad oggi, circa la possibile responsabilità da omessa attivazione dei rimedi previsti per risolvere la crisi richiede non solo l'esistenza di un danno[81], ma altresì la prova che esso non si sarebbe verificato in presenza di assetti adeguati. Per ricollegare il danno alla violazione della disposizione di cui all'art 2086 c.c., occorre dimostrare che vi sia un nesso di causalità, ovvero che il danno si sia verificato proprio perché l'assetto non era adeguato[82].

Indispensabili risultano essere valutazioni più rigorose, al varo del nuovo quadro normativo, sul piano delle responsabilità e delle clausole generali del codice della crisi d'impresa.

L'obbligo di istituire adeguati assetti organizzativi, costituisce le fondamenta sulle quali è stato costruito il "nuovo diritto societario della crisi"[83],

---

81 La violazione assume rilevanza solo qualora il danno patrimoniale sia conseguenza diretta e immediata di una inadeguatezza dell'assetto colposamente e dolosamente ignorata dall'organo amministrativo. In questo senso si è espressa la Cassazione civile sez. un. 05 maggio 2015 n.9100 in Giurisprudenza commerciale 2016,3, II, 529 "*l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile deve essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento*".

82 Sul punto V. C. Ibba, Codice della crisi e codice civile p.608 ss, in M. Irrea, *Le società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, Giappichelli, Torino, 2020.

83 Prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 2086 c.c., la creazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati rientrava nel settore della diligenza, cioè riguardava sicuramente un giudizio nel contesto sul modo in cui l'amministratore deve adempiere al suo dovere di amministrare. "*Oggi la legge sembra rendere autonomo questo dovere e farlo divenire oggetto di una prestazione da adempiere di per sé*". In questo senso si veda, M.S. Spolidoro, Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci), in Riv. Soc., 2019, p. 265 ss.

"*Sembra così', inevitabilmente, ripercuotersi, sull'applicabilità del Business judgment rule alle decisioni degli amministratori relative alla scelta di un assetto organizzativo adeguato alla rile-*

pertanto in dottrina e giurisprudenza si cerca di dare una risposta all'interrogativo sulla compatibilità con quest'obbligo dei criteri della business judgment rule[84], ovvero della insindacabilità delle scelte gestorie, sempre escludendo il caso di manifesta irrazionalità.

Su questo interrogativo si confrontano orientamenti divergenti[85], assumendosi per un verso che il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati avrebbe un contenuto specifico ed estraneo alla discrezionalità amministrativa che connota le scelte gestorie[86], mentre per altro verso, si oppone, come recentemente riferito, che anche le scelte organizzative sono da compiersi con discrezionalità[87] pertanto, "*sottrarre dall'ambito di applicazione della BJR le scelte organizzative condurrebbe ad una quasi 'abrogazione' di questa regola*".

Richiamando l'obbligatorietà degli assetti organizzativi imposta dal legislatore, ed applicando i principi della *business judgment rule*[88], l'amministratore, nel predisporre gli assetti societari, dovrà dimostrare di aver recepito tutte le informazioni possibili, di aver effettuato tutte le verifiche a sua disposizione e aver agito secondo la diligenza professionale nelle scelte effettuate.

Infatti, a tal proposito, non "*potrà ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative che, con una valutazione ex*

---

vazione della crisi, prevedendo vincoli, più o meno stringenti, all'attività amministrativa volta al recupero della continuità aziendale e a scongiurare la "crisi" dell'azienda, potendosi tradurre in una eccessiva limitazione dei poteri gestori spettanti agli amministratori" cfr. S. Sisia, L'art. 375 CCI *Gestione degli assetti organizzativi societari e business judment rule alla luce di recenti pronunce giurisprudenziali*, in Ilsocietario.it, 2020, p. 5.

84 Trattasi del principio applicato alla discrezionalità delle scelte strategiche funzionali e operative dell'organo amministrativo, le cui valutazioni in proposito sono di massima insindacabili a date condizioni ed entro certi limiti. Assolve alla funzione di circoscrivere il rischio per gli amministratori di essere giudicati responsabili per aver assunto decisioni che si rivelino errate; implica l'impossibilità di un sindacato giudiziale di responsabilità sulle scelte, in quanto non predefinibili ex ante trattandosi di scelte per l'appunto discrezionali.

85 Mentre è certo che la regola riguardi tutti gli atti inerenti l'esercizio dell'attività di impresa, è invece meno pacifica la sua applicazione alle scelte relative agli assetti organizzativi.

86 L'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c. ha portato alla ribalta le opinioni di coloro che sostengono la non sindacabilità nel merito delle decisioni sugli assetti in virtù della regola della business judgement rule. In questo senso, L. Benedetti, L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori, in Riv. Soc., fasc. 2/3, 2019, p. 413 ss.

87 La discrezionalità delle scelte amministrative si esprime, oltre che nell'individuare degli obiettivi da perseguire, anche nel modo con cui realizzarli, e quindi nella definizione delle strutture organizzative con cui svolgere l'attività economica.

88 Trib. Roma 15 settembre 2020, in De Jure, "L'operato degli amministratori in attuazione dei doveri di cui all'art. 2086 c.c., come novellato dal D.Lgs. n. 14/2019 codice della crisi (adozione di adeguati assetti organizzativi con la finalità di rilevare tempestivamente la crisi e di intervento tempestivo per il suo superamento) è sindacabile nei limiti del principio della business judgment rule".

ante, erano adeguate, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale; parimenti, non potrà essere ritenuto responsabile l'amministratore che pur avendo tempestivamente rilevato, grazie alla struttura organizzativa predisposta, il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere interventi che successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi, sempre sulla base di una valutazione ex ante, qualora tali interventi non risultino manifestatamente irrazionali ed ingiustificati"[89].

Di conseguenza, la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporta sempre una responsabilità dell'organo gestori, mentre ove una struttura organizzativa sia stata adottata, è possibile sottoporla al sindacato giudiziale, ex 2409 c.c., nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza, sulla base di una valutazione ex ante. In tal senso il Tribunale di Cagliari[90] ha evidenziato che l'assenza di adeguati assetti costituisca una grave irregolarità dell'organo gestorio, ritenendo così, necessario disporre un controllo giudiziale ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Per completezza, è bene sottolineare, come l'innovazione presente nel C.C.I.I., è che, in coerenza al principio di adeguatezza negli assetti organizzativi, l'organo amministrativo, anche al di fuori del modello azionario e dunque anche nella s.r.l., deve articolarsi e strutturarsi al crescere delle dimensioni della impresa. Trattasi di un processo di strutturazione interna, che deve evolvere verso un assetto che garantisca il ruolo di monitoraggio e vigilanza in chiave preventiva, rispetto all'evolversi della gestione e all'assunzione delle relative decisioni, guadagnandone in termini di tempestività e d'efficacia. Il codice della crisi d'impresa assegna agli organi e ai soggetti a vario titolo coinvolti nella governance l'obbligo di una valutazione, su base continuativa, della persistenza dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa.

Sempre a sostegno dell'applicabilità si è detto inoltre che, in conformità con la BJR, è possibile realizzare una pluralità di assetti organizzativi tutti adeguati, perché tutti idonei a cogliere adeguatamente segnali di crisi[91]. Certamente di rilievo in tal senso, la pronuncia del Tribunale di Roma con 8 aprile 2020[92], che rappresenta una delle prime prese di posizione da parte della

---

89 Tribunale di Roma sez. spec. Impresa 24 settembre 2020 in Foro.it, 12, I, 3965.

90 Trib. Cagliari sez. spec. Imprese 19 gennaio 2022 in Dejure.

In tema si V. F. Aliprandi A. Turchi, "Spunti operativi sugli adeguati assetti alla luce della recente pronuncia del Tribunale di Cagliari", in Dirittodellacrisi.it, 2022.

91 V. L. Benedetti, *op. ult. cit*., p. 413 ss.

92 Tribunale di Roma sez. XV 8 aprile 2020I, in Il societario.it. Sentenza riguardante atti di mala gestio da cui è scaturito un danno al patrimonio sociale.

In Dottrina per una dettagliata analisi si rimanda a F. Piccione, *L'applicabilità della Business Judgement Rule alle scelte organizzative degli amministratori*, in Ilsocietario, 2020; S. Marutto-A. Turchi, *L'applicabilità della business judgement rule alle scelte organizzative e ai doveri*

giurisprudenza, in merito allo specifico profilo dell'applicabilità della BJR, circa le decisioni organizzative degli amministratori.

La sentenza in esame, al fine di dirimere la questione relativa all'ambito applicativo della *business judgment rule*, ha affermato "*che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale*". Il tribunale capitolino si è conformato, così all'opinione secondo la quale, la diversità fra gli atti di gestione, in quanto tali incensurabili, e le scelte pertinenti all'articolazione organizzativa dell'impresa, suscettibili al contrario di un vaglio giudiziale più ampio, "*non pare costituire un fondamento solido per dirimere il problema in esame, in quanto essa semplifica eccessivamente il sistema delle competenze sociali, trascurando il fatto che i due livelli dell'impresa (a cui pertiene la "gestione") e della società (che si compendia in attività estranee alla gestione economica di impresa, che si è soliti ricondurre alla "organizzazione") sono sì distinti, ma naturalmente compenetrati*"[93].

I giudici hanno ritenuto applicabile la regola della BJR anche alle scelte riguardanti gli assetti organizzativi dell'impresa, distinguendo, in primis, gli obblighi a contenuto specifico, determinati dalla legge o dallo statuto, da quelli a contenuto generico[94], quale il dovere di gestire in modo diligente.

Quanto ai primi, l'amministratore, per essere esente da responsabilità, dovrebbe provare che l'evento è dipeso da causa non evitabile né superabile; quanto ai secondi, che la scelta sia stata assunta in modo metodologicamente corretto e sulla base di una valutazione *ex ante* non irrazionale[95].

Conformemente alla giurisprudenza che si è occupata in generale dell'ambito di applicazione della BJR, si dovrà accertare, nello specifico, se l'amministratore ha posto in essere le proprie decisioni organizzative tenendo conto delle "*cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive normalmente ri-*

---

di cui all'art 2086 c.c, in Ilsocietario, 2021.

93 Cfr. L. Benedetti, *L'applicazione della business judgement rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 2, 2021. p. 285.

94 Per completezza, bisogna rilevare che tale obbligo fa riferimento anche a principi elaborati dalle scienze aziendalistiche, nell'ambito delle best practive, deve menzionarsi quanto disciplinato dall'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 lettera a) c. 1.

95 Si veda a tal proposito anche, Cass. civile sex III 22 giugno 2020 n. 12108 in Foro it. 2020, 10, I, 3094: "*In tema di responsabilità degli amministratori esecutivi e del direttore generale di una società per azioni per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle loro scelte di gestione (c.d. business judgement rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia ex ante, sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere (nella specie, la Suprema corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto il direttore generale di una società per azioni responsabile per la conclusione, senza alcuna informativa al consiglio di amministrazione, di contratti derivati volti ad occultare e dilazionare nel tempo perdite pregresse)*".

chieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto", potendo essere considerata razionale quella scelta coerente agli esiti delle verifiche effettuate e delle informazioni assunte.

Per giungere all'applicazione della BJR anche all'ambito degli assetti organizzativi, il Tribunale ha quindi riconosciuto come le scelte organizzative rientrino nell'"ambito della gestione sociale", implicando decisioni di natura discrezionale, così come ampiamente analizzato in precedenza.

In definitiva, si verificheranno enormi difficoltà nella singola critica della scelta di gestione economica degli amministratori, laddove adottate con la dovuta diligenza, professionalità e buona fede, in applicazione di quanto prescritto.

In conclusione, *"può dedursi che, la predisposizione degli adeguati assetti organizzativi ai sensi dell' art. 2086 c.c. è una condizione essenziale per far sì che il procedimento decisionale possa uniformarsi al dovere di agire in modo diligente e conforme alla "corretta amministrazione" in modo tale da arrivare ad affrontare la crisi anticipatamente rispetto al passato, focalizzandosi attentamente sul monitoraggio della continuità aziendale, sulle verifiche, sulle informazioni da recepire e sulla legittimità delle proprie scelte cosicché si possa trovare "protezione" nel principio della business judgment rule.*

Resta fermo il fatto che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti una responsabilità dell'organo gestorio in particolare quando si rimane inerti di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi e/o perdita della continuità"[96].

Sempre il Tribunale capitolino ha avuto modo di pronunciarsi a breve distanza temporale affermando che io limte della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto[97].

---

96 Cfr. E. Monzeglio, La mancanza degli adeguati assetti organizzativi nell'assetto societario, in Ilsocietario, 2021, p. 3 ss.

97 Tribunale di Roma Sezione XVI Civile, 15 settembre 2020 In Giuffrè 2020.

"…. Il problema del rapporto tra l'ambito operativo del principio della business judgment rule e le scelte inerenti gli assetti organizzativi si pone in quanto l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria, nel senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare e dirigere la gestione, anche nel momento di crisi.

Come è noto, all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art 2392 di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (cfr., Cassazione civile, sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652)

Restando in tema della responsabilità amministratori, per dovere di com-

---

In altre parole, gli amministratori non possono essere chiamati in responsabilità sol perché la gestione dell'impresa sociale ha avuto un cattivo esito. La valutazione sull'eventuale responsabilità giuridica dell'amministratore non attiene al merito delle scelte imprenditoriali da lui compiute. La sua responsabilità giuridica ben può discendere, però, dal rilievo che le modalità stesse del suo agire denotano la mancata adozione di quelle cautele o la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto ad un tal genere di impresa, ed il cui difetto diviene perciò apprezzabile in termini di inesatto adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti.

Non può infatti prescindersi dall'ovvia considerazione che la diligenza è qui espressione del fondamentale dovere di correttezza e buona fede richiamato in termini generali dagli artt.1175 e 1375 c.c. Nel caso degli amministratori di società, come in tutti i casi di gestione di interessi altrui, tale dovere assume ancor più che altrove i caratteri del dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica: il dovere di prendersi cura dell'interesse di colui (individuo o ente) che ha incaricato il gestore dell'amministrazione delle proprie attività e, per ciò stesso, lo ha investito di un compito con indubbie connotazioni fiduciarie (così, in motivazione, Cass, Civ sez. i, 24 agosto 2004, n. 16707.

L'attività degli amministratori, traducendosi nella gestione di un'impresa commerciale cui è connaturato il carattere professionale dell'esercizio di un'attività economica organizzata assume dunque i colori della professionalità che naturalmente si riverberano anche sul parametro della diligenza.

Quanto appena osservato implica anche, con ogni evidenza, la centralità che nell'operato dell'amministratore assume il profilo della fedeltà all'interesse della società da lui amministrata. È suo dovere primario di perseguire tale interesse, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica.

In altre parole, l'amministratore ha solo il dovere di gestire l'impresa sociale e, più in generale, di agire con la dovuta diligenza: non ha, al contrario, l'obbligo di amministrare la società con successo economico. Se, quindi, gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni imprenditoriali che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società (e ciò anche se si tratta di danni che altri amministratori, più competenti, avveduti e capaci, avrebbero con certezza evitato).

Tuttavia, il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto.

La giurisprudenza ha, infatti, elaborato due particolari limiti. Il primo è che la scelta di gestione è insindacabile solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta); il secondo è che la scelta è insindacabile solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre).

Con riferimento al primo profilo, è stato correttamente affermato che, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente - se necessario, con adeguata istruttoria - i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili.

Si tratta, in concreto, di ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione verificando, in particolare, se l'amministratore abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate conclusioni che siano con esse in rapporto di coerenza e di congruità logica.

pletezza, è bene segnalare come possa derivare un profilo di responsabilità, dalla violazione delle prescrizioni sugli assetti organizzativi inerenti alla tempestiva percezione degli elementi di crisi. Può quindi, verificarsi che sussistano gli estremi per la denuncia di gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.[98]. con riferimento alla grave carenza di adeguati assetti. La giurisprudenza, in alcuni recenti ha ritenuto che la mancata adozione e di assetti adeguati costituisca grave irregolarità, sanzionabile ex art. 2409 c.c., ad esempio Tribunale di Milano[99].

Sotto il secondo profilo tratteggiato, non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse: è stato correttamente osservato in dottrina che l'amministratore che abbia svolto tutte le verifiche necessarie e consultato tutti gli esperti disponibili e, nonostante ciò, effettui una scelta gestionale non razionalmente inerente alle informazioni ricevute e dannose per la società non sarà irresponsabile nei confronti della società, ma, al contrario, doppiamente responsabile, per gli inutili costi dell'informazione e per il danno arrecato…".

98 Ai sensi dell'art. 2409 c.c. "*Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunziare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione. 2. Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile. 3. Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. 4. Se le violazioni denunziate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata. 5. L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393. 6. Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. 7. I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società*".

99 V. Trib, Milano, Sez. spec. Materia d'impresa, 18 ottobre 2019, in Giur.it., 2020, 363 ss. con nota di O. Cagnasso, "Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086".

Si comprende come ritenuto dai giudici, come, facendo proprio applicazione della BJR, si possa ugualmente giungere a ritenere, invece, sussistenti i presupposti di cui all'art. 2409 c.c., qualora l'amministratore sia "*venuto meno all'obbligo di verificare puntualmente la sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente, nonché all'obbligo di attivare al più presto i necessari rimedi per una ordinata uscita dalla crisi*".

In conclusione, ad oggi, il tema BJR tende ad assumere maggiore rilevanza trattandosi di limite e sbarramento alle scelte discrezionali degli organi ammnistrativi.

Si rileva come "*il quadro normativo vigente prospetta, quindi, come particolarmente significativo il problema della riconducibilità dell'eventuale violazione del dovere di curare l'adeguatezza degli assetti entro il safe houbour della BJR*"[100].

Indubbia è la maggiore responsabilità in capo agli amministratori, vista anche l'individuazione di un criterio univoco di liquidazione dei danni[101] per le irregolarità nella gestione dopo il verificarsi di una causa di scioglimento. La rilevanza della *Business Judgement Rule* nell'adozione di adeguati assetti organizzativi, e quindi le conseguenze, sul piano della responsabilità della mancata adozione degli assetti, nel caso in cui si verifichino situazioni di crisi ed insolvenza, è di importanza significativa anche alla luce anche della nuova disciplina sulla quantificazione del danno risarcibile previsto dal nuovo art. 378 C.C.I.I.[102]. Circa la determinazione del danno provocato da mala gestio, si è rilevato che "Nell'azione di responsabilità per mala gestio promossa nei confronti dell'amministratore di fatto di un società poi fallita, il danno risarcibile può essere determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, quale plausibile parametro per una liquidazione equitativa, purché sia stato allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state indicate le ragioni che hanno impedito l'ac-

---

100 Cfr. L. Benedetti, *op. cit*.

101 La responsabilità degli amministratori può sussistere quando si sia verificato un danno e tra la violazione e il pregiudizio sussiste un nesso di casualità. Il discrimen tra violazione delle regole sugli assetti adeguati e tempestiva prevenzione della crisi deve essere tracciato con precisione.

102 Ai sensi art. 378 C.C.I.I. " … *Il danno è quantificato in misura pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore 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….*".

certamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore"[103].

Alla luce, quindi del nuovo contesto, appare evidente come da una parte emerga la necessità di allegare e provare il nesso di casualità tra l'inefficiente sistema organizzativo e il danno mentre dall'altra la prova della ragionevolezza di quelle scelte organizzative e l'assenza di un impatto delle stesse sulla crisi dell'impresa[104].

Appare, quindi, necessario esaminare il modo di atteggiarsi del principio della BJR, con riferimento ai doveri codificati nella nuova formulazione dell'art. 2086 C.C, unitamente all' altro elemento di novità introdotto dall'intervento normativo del 2019 rappresentato dall'obbligo di valutazione degli atti di gestione (fino ad ora riferiti al momento in cui la crisi è già in atto), con rilievo alla fase pre-crisi.

Non sono mancate in Dottrina note critiche in relazione alla nuova formulazione dell'articolo 2086 c.c.: *"Il dibattito in dottrina è aperto e molto acceso, anche alla luce della rilevanza pratica e processuale della fattispecie. Si condivide l'interpretazione di autorevole dottrina che bolla come "fuorviante" la distinzione tra scelte "gestorie" e scelte organizzative": "il dovere di istituire assetti adeguati, così come il dovere di agire in modo informato non sono affatto doveri ulteriori che si accompagnano, aggiungendosi, all'obbligazione gestoria: essi sono piuttosto null'altro che l'esplicitazione del canone di diligenza (nella speciale declinazione di diligenza come non-irrazionalità) con cui l'amministratore deve adempiere al suo incarico"*[105].

La *Business Judgement rule* presuppone sempre la prova di un danno, che secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali può essere sia attuale, in quanto già verificatosi incidendo negativamente sul patrimonio sociale, sia futuro ma pur sempre identificabile in termini di accertamento di potenziale idoneità lesiva della condotta.

5.5.1 *Le azioni risarcitorie verso gli organi amministrativi e di controllo. L'onere probatorio*

La nuova prescrizione dell'articolo 2086[106] codice civile che come sopra ac-

---

103 Cassazione Civile Sez VI 22 settembre 2021 n. 25664, in Diritto&Giustizia 2021.

104 Cfr. D. Marinelli, S. Sabatini, Il nuovo art. 2086 c.c. e la Business Judgement rule, Maggioli, Rimini, 2022, p. 179.

105 Cfr. D. Marinelli, S. Sabatini, *op. cit*., p. 189.

106 Articolo 2086 c.c.: *"L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.*

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

cennato, impone un generale dovere dell'imprenditore in forma societaria di istituire *"un assetto organizzativo amministrativo, contabile, adeguato alle dimensioni dell'impresa"* tale da far comprendere come proprio questi, prima di altri, sia chiamato alla organizzazione degli assetti organizzativi dell'impresa.

Soffermandosi un istante anche al solo mutamento del titolo dell'articolo in questione da *"Direzione e gerarchia dell'impresa"* a *"Gestione dell'impresa"* si percepisce l'intento che ha mosso il legislatore della riforma e la volontà atta ad incidere concretamente sulla responsabilizzazione di chi detiene leadership aziendale[107].

La giurisprudenza sul punto ha già avuto modo di esprimersi e, seppur in un precedente in tema tributario, ha avuto modo di censurare l'imprenditore reo di aver violato gli obblighi di predisposizione di idonea pianificazione aziendale[108]. In tal senso l'elaborazione di idoneo assetto per il raggiungimento del lucro e della continuità aziendale appaiono obiettivi da perseguire al fine di eliminare alla radice possibilità di default.

Si è osservato in Dottrina che si *"tratta di una vera e propria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, per così dire trasversale, rispetto ai modelli di organizzazione collettiva dell'attività e che riveste quindi un valore di novità sistematica e di centrale rilevanza"*[109].

La norma, inoltre, nella riscrittura effettuata dal Codice della crisi ha visto l'inserimento di un secondo comma a mente del quale si è inteso responsabilizzare in misura maggiore l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva (e che quindi non sia un imprenditore individuale) ponendo in capo a questi il dovere di istituire un assetto in linea con le dimensioni dell'impresa.

---

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".

107 Il vecchio testo dell'articolo 2086 c.c. così recitava: *"Direzione e gerarchia nell'impresa: L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*" .

108 Cassazione civile sez. trib., 23/11/2021, n. 36365, in Giustizia Civile Massimario 2021: In tema di società di comodo, non sussistono le oggettive situazioni di carattere straordinario, che rendono impossibile il superamento del test di operatività, ex art. 30, comma 4-bis, della l. n. 724 del 1994, nella versione all'epoca vigente, nell'ipotesi di totale assenza di pianificazione aziendale da parte degli organi gestori della società o di completa "inettitudine produttiva", gravando sull'imprenditore, anche collettivo, – ai sensi dell'art. 2086, comma 2 c.c., come modificato dall'art. 375 c.c.i., in coerenza con l'art. 41 Cost. - l'obbligo di predisporre i mezzi di produzione nella prospettiva del raggiungimento del lucro obiettivo e della continuità aziendale. Sicché in tal caso, il sindacato del giudice non coinvolge le scelte di merito dell'imprenditore, attenendo alla verifica del corretto adempimento degli obblighi degli amministratori e dei sindaci, con riduzione dell'operatività della "business judgement rule", sempre valutabile, sotto il profilo tributario, per condotte platealmente antieconomiche.

109 Montalenti, Gestione dell'impresa, assetto organizzativi e procedure di allerta, in La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, p. 483.

Come osservato anche di recente dal Tribunale di Milano[110] questi è tenuto a dotare la società di una struttura adeguata, in termini organizzativi, alle dimensioni che la stessa ha assunto.

Note critiche a tale impostazione non sono mancate[111] ravvisandosi in siffatta modalità una sostanziale limitazione delle scelte gestionali afferenti l'assunzione del rischio di impresa.

L'imprenditore, soprattutto nelle società più strutturate, devolve la gestione dell'impresa ad amministratori che governano l'andamento imprenditoriale in sua vece, coadiuvandolo nella esecuzione delle direttive strategiche. Questi in linea di principio adempiono ai propri doveri legali e statutari con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche com-

---

110 Vedasi Tribunale Milano Sez. Specializzata impresa, 16/07/2020 in Ilsocietario.it 2020: *"… della regola cogente di buon governo societario oggi portata, quanto alle società azionarie, dal combinato disposto degli artt. 2086 co. 2°, 2380-bis co. 1° e 2381 co. 3° e 5° c.c., tale per cui è compito primario degli amministratori (e di quelli delegati in particolare) organizzare la gestione e l'amministrazione della società secondo assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa sociale"*.

111 E. Ginevra: *"Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nelle spa", in In Banca, borsa e titoli di credito, 2021, fssc.4, p. 552: "Come si sa, alla categoria in questione attengono senz'altro le regole concernenti la determinazione dell'organigramma d'impresa, con la definizione programmatica delle fasi del processo produttivo e commerciale e dei ruoli e delle persone da assegnare a ciascuna di esse. Dubbio è invece se la fattispecie ricomprenda gli assetti patrimoniali, e quindi la definizione di parametri quali/quantitativi con cui individuare le risorse da destinare all'attività, magari distinguendo tra le fonti del relativo approvvigionamento. …. Su di un piano strettamente formale, il ruolo dei modelli aziendali appare in sé diverso rispetto a quello degli assetti societari. Se i primi come detto concorrono a definire le regole operative con cui la gestione dell'impresa societaria debba venire a svolgersi da parte dei soggetti che possano considerarsi a ciò senz'altro legittimati, i secondi concorrono a stabilire più a monte i presupposti entro i quali una tale legittimazione sussiste, cosicché l'attività da essi compiuta possa dirsi attuativa dell'interesse sociale). In tale prospettiva può dirsi che gli assetti societari concernono il tema dell'an dell'imputazione di dati comportamenti all'organizzazione societaria, mentre ciò non può predicarsi per le regole aziendali, le quali paiono riguardare unicamente il quomodo di una tale medesima imputazione, avendo riguardo specificamente al suo esprimersi nell'attività d'impresa.*

Gli assetti societari, pertanto, nella misura in cui appunto caratterizzano una certa condotta come momento del valido processo di imputazione all'organizzazione precisano i confini entro i quali si muove il potere fiduciario conferito agli amministratori dai soci. Al contrario, la regolamentazione dell'organizzazione aziendale dà per presupposta la riferibilità fiduciaria dell'azione al potere gestorio e si occupa in termini diretti dei modi di esercizio di tale potere, in particolare sul fronte dell'agency relation costituito dai rapporti della società con i terzi, specificamente occupandosi di quegli agency costs comunemente definiti quali «esternalità negative» della responsabilità limitata. E con l'inserimento nel sistema, prima dell'art. 2381, commi 3º e 5º, e poi dell'art. 2086 c.c., il legislatore si è occupato di tale problema in modo ben più invasivo di ieri nei riguardi della libertà d'impresa, avendo deciso di sacrificare sull'altare della sostenibilità — con una scelta la cui opportunità (in relazione ai suoi puntuali contorni) è ancora da verificare, specie nel contesto della gestione degli effetti della pandemia — parte della discrezionalità nell'assunzione del rischio prima goduta dagli imprenditori."

petenze. Tale dovere si attesta alla stregua di una "clausola generale ", atteso che alla diligenza devono conformarsi tutti i comportamenti da questi tenuti indipendentemente dal fatto che siano specificamente imposti dalla legge o dallo statuto o che si tratti, in generale, dei vari atti relativi alla buona gestione (c.d. *best practise societaria*)[112].

La responsabilità è collegata ad un'obbligazione di mezzi parametrata alla diligenza dei singoli comportamenti non trattandosi, al contrario, di un'obbligazione legata ai risultati complessivi sulla gestione non potendo, correttamente, fondarsi solo sulla circostanza dell'eventuale esito sfavorevole della gestione[113].

Ci si interroga di conseguenza su quali skills vengano richiesti agli amministratori per ricoprire la carica suddetta e se solo figure professionalmente preparate possano ricoprire tali delicati ruoli. A tal proposito il legislatore ha fissato criteri specifici per l'individuazione del grado di diligenza esigibile dagli amministratori nell'adempimento dei loro doveri, identificandoli:

- Nella natura dell'incarico (criterio oggettivo);
- Nelle specifiche competenze di cui ciascuno dispone (criterio soggettivo).

Quanto alla profilazione del ruolo degli amministratori le mosse vanno necessariamente prese dall'articolo 2392 codice civile a mezzo del quale la figura ed i compiti vengono delineati in relazione ai doveri ed alla diligenza richiesta.

Un interessante caso, seppur legato al mondo bancario[114], ha evidenziato come anche i consiglieri senza deleghe debbano possedere cono-

---

112 Wikipedia: Questo concetto, nato all'inizio del secolo passato, è un'idea manageriale che asserisce l'esistenza di una tecnica, un metodo, un processo o un'attività, che sono più efficaci nel raggiungere un particolare risultato, di qualunque altra tecnica, metodo, processo, o attività. Si afferma che, con i processi adeguati, con i giusti controlli e le corrette analisi, il risultato voluto può essere ottenuto evitando problemi e complicazioni impreviste.

Basandosi su quelle procedure ripetibili che nel tempo si sono dimostrate migliori sia per la loro efficienza (meno quantità di sforzo) sia per la loro efficacia (risultati migliori), la buona pratica garantisce il raggiungimento degli obiettivi nel massimo dell'economia e della qualità.

113 Tribunale Perugia Sez. spec. Impresa, 11/06/2021, n.883, in Redazione Giuffrè 2021:

In tema di responsabilità degli amministratori sociali, va evidenziato che la stessa sussiste quando si dimostri che già ex ante quella determinata scelta o quella determinata operazione sarebbero apparse dannose per la compagine sociale, se l'amministratore operante avesse impiegato la dovuta diligenza nell'assumere le informazioni opportune e nel valutare le prevedibili conseguenze. Ciò di conseguenza comporta che la valutazione a posteriori della nocività di un affare o di una scelta gestoria non giustifica l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore.

114 Cassazione Civile n. 5606 del 2019: "*… il dovere di agire informati dei consiglieri esecutivi si estrinseca nel possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunta dall'intero consiglio hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace …. e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi ammnistrativi*".

scenze sufficienti a comprendere le scelte gestionali al fine di contrastarle efficacemente laddove le stesse non si attestino in linea con i principi di buon governo.

Il riferimento alla "*natura dell'incarico*" implica il richiamo alla diligenza professionale, di cui all'articolo 1176, comma 2, del codice civile ma ovviamente il grado di diligenza richiesto all'amministratore non può essere semplicemente equiparato a quello, tipico del mandato, del "*bonus pater familias*", ma debba essere valutato con riguardo alla specifica natura dell'attività esercitata.

La diligenza esigibile dall'amministratore è la diligenza tipica del gestore professionale di impresa altrui, determinata non in astratto, ma facendo concreto riferimento sia alle caratteristiche oggettive dell'impresa (dimensioni, articolazione organizzativa, settore di attività, struttura dell'azionariato, ecc.) che alla funzione concretamente espletata da ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale (presidente, amministratore delegato, amministratore delegato membro del comitato esecutivo, amministratore non esecutivo)[115].

Stesso dicasi per i Sindaci i quali devono adempiere ai loro doveri con la diligenza dell'avveduto controllore della gestione del patrimonio altrui e non con la diligenza del buon padre di famiglia. Essi in pratica appaiono responsabili della verità delle loro attestazioni e sono chiamati al segreto in relazione ai fatti ed ai documenti conosciuti in attinenza alle loro funzioni e potranno essere assoggettati ad azione di responsabilità sociale sollevata dalla società, dai soci, dai ceditori sociali, dal curatore fallimentare ovvero da un'azione individuale da parte del socio o di terzi.

---

115 Corte Appello Catanzaro sez. I, 13/07/2020, n. 1035, Giuffrè 2020.

"*La responsabilità verso la società degli amministratori di una società per azioni, prevista e disciplinata dagli artt. 2392 e 2933 c.c. (applicabili anche alle società a responsabilità limitata, per il richiamo dell'art. 2487), trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti ai predetti dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento dell'obbligo generale di vigilanza o dell'altrettanto generale obbligo di intervento preventivo e successivo. Ne deriva che, perché la responsabilità sussista, devono essere accertati i tre elementi dell'inadempimento di uno o più degli obblighi suindicati, del danno subito dalla società e del nesso causale, mentre "danno risarcibile" è quello causalmente riconducibile, in via immediata e diretta, alla condotta (dolosa o colposa) dell'agente, sotto il duplice profilo del danno emergente e del lucro cessante, commisurato, cioè, in concreto, al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, commissivo od omissivo, non fosse stato posto in essere dall'amministratore*".

Nello stesso senso: Tribunale Bologna, 20/03/2020, n. 535 in Redazione Giuffrè 2020: "*L'azione sociale di responsabilità esercitata dal Curatore fallimentare ha carattere unitario e trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge o dall'atto costitutivo, ovvero nell'inadempimento dell'obbligo generale di vigilanza o dell'altrettanto generale obbligo di intervento preventivo e successivo, che riverbera a danno del patrimonio sociale, e dei creditori in massa, qualora intervenga l'insolvenza*".

Invero, con la riforma del diritto societario operata dal D.Lgs. n. 6 del 2003 è stato completato il processo di separazione del controllo sull'amministrazione dal controllo contabile, inizialmente affidati entrambi al collegio sindacale A seconda che si tratti di società quotate o di società non quotate e non tenute alla redazione del bilancio consolidato si applica un regime diversificato di controllo contabile.

Nelle società quotate la revisione legale dei conti spetta al revisore o alla società di revisione iscritta nel relativo registro (art. 2409-bis, comma 1, c.c.); nelle società non quotate e non tenute al bilancio consolidato lo statuto può prevedere che la revisione legale sia esercita dal collegio sindacale (art. 2409-bis, comma 2, c.c.).

Il revisore o la società di revisione, ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, hanno la funzione di verificare, nel corso dell'intero esercizio, la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, nonché di esprimere, attraverso un'apposita relazione, un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto. Per contro, rimane in capo al collegio sindacale il controllo sull'amministrazione, che si estrinseca attraverso una serie di poteri e di doveri disciplinati, in relazione alle società non quotate, agli artt. 2403 e 2403-bis c.c. e, nelle società quotate, agli artt. 149 e 151 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.).

In particolare, nelle società quotate il collegio sindacale ha l'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società 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 (art. 149 t.u.f.).

È stato dunque ritenuto che all'interno delle società quotate il collegio sindacale non assume più una funzione di verifica ex post sui singoli atti, bensì una funzione di controllo complessivo ex ante sulla coerenza delle procedure aziendali e sulla idoneità del sistema predisposto a rappresentare adeguatamente i fatti di gestione. Si tratta, dunque, di un controllo di carattere "*globale e sintetico*"[116].

Tuttavia, le disposizioni summenzionate non privano del tutto il collegio sindacale del controllo contabile, in quanto permane in capo all'organo l'espletamento di approfondimenti in caso di rilevazione di indici di sospetto emersi durante la verifica. Inoltre, al fine di consentire al collegio l'efficace svolgimento della sua attività è previsto, nelle società quotate, che i sindaci e il revisore legale si scambino tempestivamente i dati

116 Bianchi, Manuale delle società di capitali, Cedam, 2012, p. 886.

e le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (art. 150, comma 3, t.u.f.).

Si tende a ritenere che gli obblighi di garanzia gravanti sui sindaci contengano anche la verifica della rappresentazione dei fatti nel bilancio, pur se il controllo contabile è attribuito ad un revisore esterno, e che tali obblighi siano capaci di legittimare un'imputazione a titolo di concorso omissivo per il mancato impedimento dell'evento di false comunicazioni sociali ex art. 2622 c.c.

Non assumono alcun tipo di validità patto contrari inserito nello statuto o nella delibera di nomina, tramite i quali la responsabilità dei sindaci venga esclusa o compressa.

Con specifico riferimento, poi, alla carica di Direttore Generale, deve prendersi atto dell'art. 2396 c.c. secondo cui le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai Direttori Generali nominati dall'assemblea[117].

Esaminati i tratti generali delle figure sopraccennate occorre scendere nel dettaglio delle azioni esperibili.

5.5.2 *La responsabilità. Natura e limiti*

In tema di responsabilità degli organi preposti alla gestione, nell'ottica della efficace predisposizione degli assetti di cui all'articolo 2086 c.c occorre prendere le mosse da questi in combinato disposto con l'articolo 2392[118] c.c. e seguenti nonché (per le società a responsabilità limitata) nonché dalla nuova formulazione dell'articolo 2476[119] c.c. Tale previsione, in lettura combina-

---

117 Art.2396 c.c.: Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

118 Articolo 2392 c.c: "*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.*

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale".

119 Articolo 2476 c.c.: Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitu-

ta con gli articoli che seguono, appare utile a delineare, ai fini che interessano il presente lavoro, le competenze e le responsabilità dei soggetti chiamati al governo concreto della società.

Appare naturale pensare ad una responsabilità per violazione dell'articolo 3 del Codice della Crisi quale "… *inosservanza dei doveri ad essi (gli amministratori ndr) imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società*".

Del pari si può sussumere l'esistenza della responsabilità del collegio sindacale, in veste esclusiva o concorrente, per la mancata vigilanza sull'operato degli amministratori laddove questi ultimi non abbiano (o abbiano in maniera grossolana) mancato di predisporre gli adeguati assetti di cui al citato articolo 3.

A dire il vero la nuova formulazione dell'articolo 2476, modificata sempre dal Codice della crisi introduce la possibilità per i creditori di S.r.l. di poter

---

tivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso.

[II]. I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.

[III]. L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione.

[IV]. In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti.

[V]. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale.

[VI]. Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinunzia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.

[VII]. Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori.

[VIII]. Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

[IX]. L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

agire per la tutela del proprio diritto nei confronti degli amministratori della società, in presenza di particolari condizioni.

L'azione ha natura contrattuale[120].

A tal fine è innanzitutto necessario che sia riscontrabile in capo gli amministratori una violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Gli amministratori, dunque, devono poter essere considerati responsabili del dissesto aziendale in quanto abbiano posto in essere una condotta poco diligente o non siano intervenuti tempestivamente per evitare l'instaurarsi di un clima di instabilità aziendale o non abbiano adottato sufficienti misure per prevenire ed intercettare i segnali di crisi.

Pertanto, al verificarsi di tali circostanze, è probabile che gli amministratori abbiano sottovalutato il c.d. rischio di insolvenza conducendo progressivamente la società in uno stato di crisi, ossia di "*difficoltà economico-finanziaria*", e successivamente di vera e propria insolvenza, riscontrabile quando la società non sia più in grado "*di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

Le conseguenze di tali condotte producono delle ripercussioni in sede fallimentare, ora denominata dalla nuova normativa "*liquidazione giudiziale*". Gli amministratori, infatti, possono essere ritenuti responsabili del dissesto aziendale in qualità di soggetti preposti all'adozione di misure preventive ed efficaci rispetto al verificarsi dello stesso, nonché all'intervento tempestivo volto a porre fine all'instabilità ed a preservare la continuità aziendale.

In secondo luogo, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame, è richiesto che il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei crediti. Di conseguenza, i creditori dovranno preventivamente tentare di soddisfarsi sul patrimonio sociale e, solo quando lo stesso risulti insufficiente, questi potranno avanzare l'azione nei confronti degli amministratori ritenuti responsabili.

---

120 Tribunale Cassino sez. I, 27/05/2021, n. 787 in Redazione Giuffrè 2021. L'azione sociale esercitata dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 L. Fall. ha natura contrattuale, in quanto trova la sua fonte nell'inadempimento dei doveri incombenti sugli amministratori sociali. Dalla qualificazione in termini di responsabilità contrattuale dell'azione consegue che sull'attore (società o curatore fallimentare) grava l'onere di dedurre le violazioni agli obblighi gravanti sugli amministratori e dimostrare il nesso di causalità tra queste ed il danno subito dalla compagine sociale, mentre incombe sugli amministratori l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del danno, dimostrando di aver osservato i doveri ed adempiuto gli obblighi loro imposti. In sostanza, l'inadempimento si presumerà sempre colposo, con la conseguenza che il curatore non dovrà provare la colpa degli amministratori, mentre spetterà all'amministratore dimostrare di avere adempiuto i propri compiti con diligenza, ovvero che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile, o che il danno è dipeso dal caso fortuito o dal fatto di un terzo.

L'introduzione della normativa in esame comporta, inoltre, notevoli conseguenze nell'ambito delle società a responsabilità limitata in cui, nella maggior parte dei casi, la figura del socio coincide con quella dell'amministratore. In tale situazione la nuova disposizione si pone in forte contrasto con il principio della responsabilità limitata caratterizzante le S.r.l.

In caso di insolvenza, dunque, la responsabilità dei soci-amministratori rileva nel momento in cui gli stessi non si siano adoperati per istituire l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile citato dal suddetto articolo e necessario a rivelare tempestivamente la crisi dell'impresa e la perdita della continuità aziendale, nonché a porre in essere le misure di intervento più idonee ad arginare tali situazioni di difficoltà.

La normativa mira, dunque, ad una maggiore responsabilizzazione dei soggetti preposti alla gestione ed al controllo sulla gestione della società attraverso l'adozione di una struttura organizzativa che sia in grado di monitorare le condizioni dell'azienda e di far emergere la crisi tempestivamente, al fine di adottare le misure più idonee. In particolare sulla responsabilità dei Sindaci vedasi l'interessante contributo di Enrico Quaranta[121] secondo il

---

121 Enrico Quaranta in ILsocietario, 11 gennaio 2022, Giuffrè 2022 a commento di Cassazione Civile, Sezione I 6 settembre 2021 n. 24045: "*La decisione in commento appare particolarmente interessante nella parte in cui rammenta i doveri specifici ricadenti sui sindaci, in ipotesi di atti di mala gestio degli amministratori.*

In particolare la Corte ricorda che - affinché sussista il nesso di causalità tra l'inadempimento dei sindaci ed il danno cagionato dall'atto di mala gestio degli amministratori, ovvero che possa ragionevolmente presumersi che, senza il primo, neppure il secondo si sarebbe prodotto o si sarebbe verificato in termini attenuati - il giudice deve verificare se vi sia illegittimità del comportamento dell'organo sindacale nell'adempimento del dovere di vigilanza.

Più segnatamente se siano stati omessi gli strumenti di reazione, interna ed esterna, che la legge implicitamente od esplicitamente attribuisce al collegio sindacale.

E a tal riguardo i Supremi Giudici rilevano che spetta ai sindaci che intendono evitare la responsabilità concorrente ex art 2407 c.c.:

a) verbalizzare il proprio dissenso (rispetto alle deliberazioni del collegio stesso) nel verbale delle adunanze del collegio sindacale (art. 2404 c.c.), u.c.;

b) chiedere, se del caso per iscritto, notizie e chiarimenti al consiglio di amministrazione in ordine all'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari;

c) procedere in qualsiasi momento, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo (art 2403 c.c.)., anche nel testo oggi vigente sotto l'art. 2403-bis c.c.), se del caso avvalendosi, sotto la propria responsabilità ed a proprie spese, di propri dipendenti ed ausiliari (art. 2403-bis c.c., anche nel testo attualmente vigente);

d) convocare e partecipare, come è loro obbligo, alle riunioni del consiglio di amministrazione (art. 2405 c.c.), verbalizzare l'eventuale dissenso sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio;

e) impugnare le deliberazioni del C.d.A. affette da nullità od annullabilità (vedi l'art. 2388 c.c., comma 4), specie quando il vizio sia idoneo a danneggiare la società od i creditori (arg. ex art. 2391 c.c., comma 3, art. 2394 c.c. e art. 2407 c.c., commi 2 e 3);

f) convocare (art. 2406 c.c.) e partecipare, come è loro obbligo, all'assemblea dei soci (art. 2405 c.c.);

quale il Magistrato chiamato alla verifica dell'operato del Sindaco non può prescindere, al fine di conclamarne la responsabilità, dall'esame del nesso di causa fra azione o inazione ed evento verificatosi. L'Autore prosegue, a margine del commento al precedente enunciato, elencando una serie di prescrizioni attive in capo ai componenti dell'organo di controllo che bene riassume la situazione e gli obblighi a cui sono tenuti i membri al fine di verificare in concreto l'esistenza del concetto di mala gestio.

L'introduzione del sesto comma all'art. 2476 c.c. ha posto fine al contrasto giurisprudenziale esistente sul tema, accogliendo l'orientamento maggioritario che ammetteva, pur in assenza di una specifica disposizione del legislatore, la possibilità per i creditori di proporre un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di S.r.l., alla stregua di quanto già previsto in materia di S.p.a., fornendo così definitivamente una concreta risposta al vuoto normativo esistente sul tema.

L'intento del legislatore di uniformare la disciplina di S.p.a. ed S.r.l. è riscontrabile anche dall'esame dell'art. 255 lettera b), anch'esso introdotto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza mediante il quale il curatore è autorizzato a promuovere o proseguire l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 c.c., nell'ambito della disciplina relativa alle S.p.a., e dal novellato art. 2476 c.c., comma sesto, per quanto invece attiene alle S.r.l.

In generale può dirsi che le azioni esperibili a carico degli amministratori variano in ordine ai soggetti legittimati. Si tratta di responsabilità:

a) Che può essere promossa dalla società e la cui disciplina è contenuta nell'articolo 2932, 2933 e nel nuovo articolo 2393 bis codice civile;
b) Dai creditori sociali le a cui disciplina è contenuta nell'articolo 2394 c.c. e nel nuovo 2394 bis nonché nell'articolo 2476 c.c.;
c) Dai singoli soci la cui disciplina è rispettivamente contenuta nell'art. 2395 c.c. e 2476 c.c.
d) La responsabilità di ordine penale è contemplata negli articoli da 2621 a 2642 c.c.

Posto che in generale, agli amministratori di società di capitali è richiesta, a seguito della riforma del 2003, non già la diligenza del mandatario, ma la diligenza professionale esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c., è facile evincersi come la natura della responsabilità sia contrattuale, sicché, in coerenza con i consolidati principi che governano il riparto degli oneri probatori in tale materia, la società deve limitarsi alla allegazione delle singole violazioni

---

g) impugnare le deliberazioni dell'assemblea che non siano state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo (art. 2377 c.c., comma 1, anche nel testo in vigore);

h) formulare esposti al Pubblico Ministero, affinché questi provveda ex art. 2409 c.c. ovvero promuovere direttamente il controllo giudiziario sulla gestione se si ha il fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità (art. 2409 c.c. e 2477 c.c.).

ipotizzate a carico degli amministratori e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta a questi ultimi provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dalle norme di legge.

Sulla natura contrattuale, come è stato puntualmente precisato, se ne rinviene la genesi[122] tanto nella violazione degli obblighi che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo, quanto nella violazione di obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare la società e perseguirne l'oggetto sociale con la diligenza professionale esigibile ex art. 1176 co. 2^ c.c., *"nonché quello di amministrare senza conflitto di interessi"*[123].

Altra e distinta forma di responsabilità è quella degli amministratori verso i creditori della società – prevista dal successivo art. 2394 c.c. come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale – la cui natura extracontrattuale presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti e un comportamento (dell'amministratore) funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da renderlo inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.), con conseguente diritto del *"creditore di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di adempiere"*[124].

Il thema probandum, nell'ambito dell'azione in questione, si articola pertanto nell'accertamento di tre elementi: l'inadempimento di uno o più degli obblighi di cui sopra, il danno subito dalla società e il nesso causale, mentre il danno risarcibile sarà quello causalmente riconducibile, in via immediata e diretta, alla condotta (dolosa o colposa) dell'agente sotto il duplice profilo del danno emergente e del lucro cessante, dunque commisurato in concreto al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, positivo o omissivo, non fosse stato posto in essere[125].

Deve farsi conto che come detto, nell'accertamento della responsabilità degli amministratori, del principio della insindacabilità nel merito del-

---

122 Tribunale Palermo sez. V, 02/08/2021, ud. 09/07/2021, dep. 02/08/2021, n. 3255.

123 Cassazione Civile, sez. I, n. 5718 del 2004.

124 Cassazione Civile Sezione 1, n. 10488/1998.

125 Cassazione civile sez. VI, 22/09/2021, n. 25664, in Diritto & Giustizia 2021, 23 settembre: *Nell'azione di responsabilità per mala gestio promossa nei confronti dell'amministratore di fatto di un società poi fallita, il danno risarcibile può essere determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, quale plausibile parametro per una liquidazione equitativa, purché sia stato allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state indicate le ragioni che hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore.*

le scelte di gestione[126]. Principio cui abbiamo accennato *ut supra* ed in forza del quale il giudice, investito di un'azione di responsabilità per condotta negligente degli amministratori, può scendere alla discrezionale critica del merito dei singoli atti di gestione, valutandone, così, l'opportunità e la convenienza. La gestione della società, infatti, in quanto attività d'impresa, comporta fisiologicamente un alto margine di rischio e richiede il riconoscimento di un ampio potere discrezionale in capo all'organo amministrativo in relazione alla scelta delle operazioni da intraprender. Laddove fosse possibile compiere una valutazione sull'opportunità e convenienza delle scelte di gestione, si legittimerebbe un'indebita ingerenza dell'autorità negli affari sociali, in pregiudizio all'autonomia ed indipendenza dell'organo amministrativo e con probabile paralisi del normale svolgimento dell'attività d'impresa. Ciò che forma oggetto di sindacato da parte del giudice, dunque, non l'atto in sé considerato e il risultato che abbia eventualmente prodotto, bensì, esclusivamente, le modalità di esercizio del potere discrezionale che deve riconoscersi agli amministratori. Se, alla luce del principio di insindacabilità del merito gestorio appena richiamato, non ogni atto dannoso per il patrimonio sociale è idoneo a fondare la responsabilità dell'amministratore che lo abbia compiuto d'altro canto, non tutte le violazioni di obblighi derivanti dalla carica comportano necessariamente una lesione del patrimonio sociale e, dunque, l'individuazione di un danno risarcibile. Non tutti i comportamenti illeciti degli amministratori danno luogo infatti a responsabilità risarcitoria, ma solo quelli che abbiano causato un danno al patrimonio sociale rendendolo incapiente, danno che deve essere legato da un nesso eziologico ai suddetti illeciti.

In particolare, che l'irregolare e anche disordinata tenuta della contabilità integri una violazione dei doveri dell'amministratore – potenzialmente, ma non necessariamente, foriera di danno per la società – si evince anche da pronunce assai risalenti della Suprema Corte, infatti reputano tale violazione idonea a fondare solo una pronuncia di condanna generica al risarcimento[127] che, come pure costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, non investe la sussistenza del danno[128].

---

126 Cassazione civile sez. I, 15/07/2021, n. 20252, in Redazione Giuffrè 2022: *Il principio di sindacabilità da parte del giudice delle scelte gestorie dell'amministratore, trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia ex ante, secondo i parametri della diligenza del mandatario (art. 2392 c.c., anteriore alla novella introdotta dal D.Lgs. n. 6 del 2003), tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.*

127 Cfr. ex multis Cassazione. sezione. 1, civ. n. 4338/76.

128 Cassazione. sezione. 1, civ. n. 20444/16.

Invero, eventuali irregolarità nella tenuta delle scritture contabili e nella redazione dei bilanci possono certamente rappresentare lo strumento per occultare pregresse operazioni illecite ovvero per celare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 n. 4 c.c. e così consentire l'indebita prosecuzione dell'ordinaria attività gestoria in epoca successiva alla perdita dei requisiti di capitale previsti dalla legge; ma in tali ipotesi il danno risarcibile è rappresentato, all'evidenza, non già dalla misura del "falso", ma dagli effetti patrimoniali delle condotte che con quei falsi si sono occultate o che, grazie a quei falsi, sono state consentite. Tali condotte dunque devono essere specificamente contestate da chi agisce per il risarcimento del danno, non potendo il giudice individuarle e verificarle d'ufficio.

Sulla necessità della nomina di un curatore speciale nell'azione ex articolo 2476 c.c. si veda[129] quanto espresso, in una delle tante massime in tema, dalla corte di legittimità di recente

L'illecita condotta, attiva od omissiva, tenuta dagli amministratori deve aver causato un danno effettivo al patrimonio della società. Stante la natura risarcitoria della fattispecie di responsabilità in esame, la violazione, da parte degli amministratori, dei doveri ad essi imposti non può costituire presupposto sufficiente all'accertamento di una loro responsabilità laddove non vi sia la prova che da tale violazione siano direttamente derivati pregiudizi al patrimonio sociale.

Quanto al contenuto dell'obbligazione risarcitoria, è principio consolidato che il convenuto sia tenuto a risarcire, sia le perdite subite (danno emergente) che i mancati guadagni (lucro cessante), da commisurare in concreto al pregiudizio patrimoniale che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo non vi fosse stato.

Si ritiene sia risarcibile anche il danno non patrimoniale qualora l'illecito commesso dall'amministratore produca nei confronti dell'ente conseguenze pregiudizievoli in termini di reputazione, credibilità ed immagine che non si

---

129 Cassazione civile sez. VI, 20/09/2021, n. 25317 in Giustizia Civile Massimario 2021.

Nel giudizio di responsabilità promosso dal socio di s.r.l. nei confronti dell'amministratore ai sensi dell'art. 2476 c.c., la società è litisconsorte necessario e l'amministratore, in quanto munito di poteri di rappresentanza dell'ente, versa in una situazione di conflitto di interessi che richiede la nomina di un curatore speciale, il quale mantiene la "legitimatio ad processum" solo fino a quando i soci non provvedono alla designazione di un nuovo legale rappresentante, spettando, poi, al giudice, acquisita la notizia, concedere un termine perentorio per la costituzione di quest'ultimo, in applicazione dell'art. 182, comma 2, c.p.c., pena la nullità degli atti processuali compiuti dopo tale designazione. (Nella specie, la S.C., riscontrata la nomina del liquidatore, nuovo legale rappresentante della società, già in pendenza del primo grado di giudizio, ha cassato la sentenza impugnata, rinviando al giudice di appello, in diversa composizione, affinché provvedesse a decidere nuovamente la causa previa rinnovazione degli atti nulli ex art. 354, ultimo comma, c.p.c., e previa eventuale rimessione in termini ex art. 294 c.p.c. della parte non correttamente costituita).

prestino ad una valutazione monetaria su basi di mercato, rendendo necessaria una riparazione in via equitativa sulla base di tutti gli elementi di fatto del caso concreto.

All'esito di un lungo iter interpretativo giurisprudenziale[130] il danno oggi non viene più dunque automaticamente identificato nella differenza tra attivo e passivo fallimentare, a meno che non si dimostri che il dissesto economico della società e il conseguente fallimento si siano verificati per fatto imputabile agli amministratori ed ai membri dell'organo di controllo. Per la giurisprudenza di merito si segnala un interessante precedete, fra gli altri del Tribunale di Milano, che mantiene ben "vivo" il criterio dei "netti patrimoniali"[131].

Non è sufficiente, quindi, ai fini di configurare la responsabilità degli amministratori, addurre che l'evento dannoso è pari al disavanzo fallimentare, bensì occorre dimostrare non solo la specifica violazione dei doveri imposti dalla legge ma anche la correlazione tra tali violazioni e il pregiudizio arrecato alla società. In altri termini, il danno arrecato dagli amministratori responsabili di violazioni della legge e dello statuto va *"debitamente provato e quantificato in relazione al concreto pregiudizio arrecato da ciascun atto di mala gestio"*. Può essere individuato in via presuntiva (art. 1226 c.c.) nella differenza fra attivo e passivo solo in caso di radicale impossibilità di ricostruire le vicende societarie per mancanza o assoluta inattendibilità delle scritture contabili, a condizione che sia allegato e dimostrato uno specifico inadempimento, imputabile all'amministratore, tale da determinare specifi-

---

130 Cassazione civile 3 giugno 2014, n. 12366.

131 Tribunale Milano, 07/01/2019, n. 42 in Giuffrè 2019:

"Quanto alla liquidazione del danno conseguente all'illegittima prosecuzione dell'attività d'impresa, può essere utilizzato il criterio c.d. della "perdita incrementale netta". Tale criterio trova piena giustificazione nel fatto che l'aggravamento delle perdite, determinato dalla prosecuzione dell'attività di impresa in presenza di un capitale ormai azzerato, deriva non già da singoli atti dannosi, bensì dalla prosecuzione di una gestione caratterizzata dall'eccedenza dei costi sui ricavi. In tale ottica si tiene conto dell'essenza del "sistema dinamico impresa", che è attività costituita da un insieme di operazioni, una correlata all'altra, dove ciascuna di esse non è di norma singolarmente sindacabile, mentre lo è il risultato di tutte. Infatti in presenza di situazioni di illecita prosecuzione dell'attività di impresa caratterizzata da innumerevoli nuove operazioni e di conseguente difficoltà di ricostruire ex post il risultato netto (costi/ricavi) di singole operazioni non conservative, è possibile procedere alla determinazione del danno mediante criteri presuntivi o equitativi, segnatamente è possibile in tali casi adottare il criterio c.d. della differenza dei netti patrimoniali, che consiste nella comparazione dei patrimoni netti (determinati secondo criteri di liquidazione previa, se del caso, rettifica delle voci di bilancio scorrette) registrati alla data della (doverosa) percezione del verificarsi della causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa); il danno in termini di "perdita incrementale netta", infatti, consente di apprezzare in via sintetica ma plausibile l'effettiva diminuzione subita dal patrimonio della società (dunque il danno per la società e per i creditori) per effetto della ritardata liquidazione".

ci effetti pregiudizievoli – c.d. "inadempimento qualificato" – che non può consistere nell'omessa tenuta delle scritture contabili, se è vero che *"la contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa, non li determina"*[132]. Sarà inoltre *"pur sempre necessario indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto"*[133].

Si veda di recente la Corte di legittimità tornare sull'argomento[134] anche con applicazione di un criterio equitativo della differenza fra passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, "temperato"[135].

---

132 In tal senso Cassazione Sezioni Unite. 9100/15.

133 Cfr. Cassazione Civile Sezioni unite già cit. nonché Cassazione Civile Sezione I, n. 19733/15.

134 Cassazione civile, sez. I, 9 aprile 2021, n. 9458, In Ilsocietario.it 23 giugno 2021 con nota di Cappelletti:

"Nulla osta, in linea di principio, alla quantificazione del danno derivante alla società da condotte di mala gestio dei suoi amministratori tramite il criterio dello sbilancio patrimoniale; come osservato dalle Sezioni Unite, sono da considerarsi astrattamente efficienti a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società fallita ed accertato nell'ambito della procedura concorsuale quegli inadempimenti «qualificati» dell'amministratore di società, allegati quale ragione della domanda risarcitoria, che integrano violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio a cagione di esse l'intero patrimonio sia stato eroso e si siano determinate le perdite registrate dal curatore, o comunque quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa, diretta e immediata, del dissesto sfociato nell'insolvenza (Cass. Sez. U. 6 maggio 2015, n. 9100 cit., in motivazione). Una volta accertato, dunque, che una perdita patrimoniale si è determinata proprio in ragione dei nominati comportamenti, l'adozione del criterio corrispondente alla differenza tra passivo accertato e attivo liquidato in sede fallimentare trova sicuro fondamento applicativo".

135 Cassazione civile, sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4347 in Diritto & Giustizia 2022, 11 febbraio.

Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore di fallimento ai sensi della l. fall., art. 146, comma 2, contro l'ex amministratore di una società, poi fallita, che abbia violato il divieto di compiere nuove operazioni sociali dopo l'avvenuta riduzione, per perdite, del capitale sociale al disotto del minimo legale (art. 2449 c.c., nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, ratione temporis applicabile al caso di specie), il giudice, ove, nella quantificazione del danno risarcibile, si avvalga, ricorrendone le condizioni, del criterio equitativo della differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, temperato dalla espunzione da tale differenza del passivo formatosi successivamente al verificarsi dello scioglimento della società, deve indicare le ragioni per le quali, da un lato, l'insolvenza sarebbe stata conseguenza delle condotte gestionali dell'amministratore e, dall'altro, l'accertamento del nesso di causalità materiale tra queste ultime e il danno allegato sarebbe stato precluso dall'insufficienza delle scritture contabili sociali; e ciò sempre che il ricorso a tale criterio equitativo sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente ricon-

I principi giurisprudenziali fino a ora richiamati in tema di quantificazione del danno, con specifico riferimento all'ipotesi del danno da illecita prosecuzione dell'attività nonostante il verificarsi della causa di scioglimento, sono stati inoltre (in massima parte) recepiti dal legislatore che, approvando il c.d. codice della crisi e dell'insolvenza ha modificato in tal senso l'art. 2486 c.c.

Analogo riparto degli oneri probatori vale per la pretesa avanzata in confronto di direttori generali e componenti del collegio sindacale, anch'essi responsabili a titolo contrattuale[136].

5.5.3 *L'onere della prova a carico dei convenuti*

In linea generale si può affermare che il tratto comune alle azioni sopra esposte è dato dal fatto che agli amministratori, come si è detto, spetta ottemperare ai doveri imposti dalle normative e dallo statuto con la diligenza richiesta dall'incarico ricevuto. Ciò non significa, come spiegato nella relazione governativa, che questi debbano necessariamente essere esperti in contabilità, in materia finanziaria ed in ogni altro settore della gestione e della amministrazione societaria ma piuttosto che le loro scelte devono essere informate e meditate in base alle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato e non di irresponsabile o negligente improvvisazione.

Come nella precedente disciplina l'amministratore essendo responsabile in solido risponde dei danni provocati da azioni od omissioni causate anche da altri amministratori e per sfuggire a tale responsabilità avrà l'obbligo di far annotare senza ritardo nel libro delle adunanze e delle deliberazioni consiliari il proprio dissenso dandone tempestiva comunicazione al Presidente del Collegio Sindacale.

Per fare un esempio pratico, un amministratore di S.r.l. che svolge professionalmente l'attività di avvocato, avrà una responsabilità legata alle proprie specifiche competenze legali all'interno dell'organo amministrativo.

Proprio per tenere in considerazione il rapporto fiduciario tra società ed amministratore il legislatore ha voluto inquadrare l'azione di responsabilità nei confronti di amministratore come responsabilità da inadempimento. Tale responsabilità può derivare sia dai compiti specifici affidati all'amministratore, oppure alla responsabilità che deriva dal comportamento dell'organo amministrativo nel suo complesso. Corollario necessario all'azione è la esatta individuazione della presenza di un nesso di causalità tra la condotta lesiva o omissiva dell'amministratore e l'evento dannoso cagionato alla società (prova che deve essere fornita dal soggetto istante). In questo quadro è

---

ducibili alla condotta dell'amministratore medesimo.

136 Tribunale Cosenza sez. II, 09/12/2019, n. 2508.

opportuno indicare che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è onere a carico dell'amministratore dimostrare che la sua azione (o omissione) è stato determinato da una causa a lui non imputabile. L'amministratore di S.r.l. non può essere chiamato a rispondere, quindi, di responsabilità ex art. 2476 c.c. in relazione alle scelte imprenditoriali avallate, rivelatesi successivamente inopportune sotto un profilo economico. Il cattivo affare ottenuto dall'amministratore nella sua attività non rappresenta una fattispecie di responsabilità. Questo, in quanto la valutazione preventiva sulla opportunità della scelta gestoria intrapresa attiene alla discrezionalità dell'amministratore e, sebbene possa essere posta alla base di una revoca dell'incarico, non può costituire fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società (viene a mancare l'atto colposo).

In linea generale gli amministratori sono responsabili solidalmente per i danni provocati dall'inosservanza della legge, dello statuto e delle corrette pratiche gestorie. Restano salve i compiti delegati al singolo amministratore. In ogni caso, ex art. 2476, co. 6 c.c. sono ritenuti responsabili anche se venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società, non sono intervenuti per impedire il compimento dell'atto o non hanno manifestato apertamente il loro dissenso. Questo significa che la responsabilità degli amministratori è solidale, salva la delega di funzioni e nel caso di amministratore immune da colpa.

Per quanto riguarda gli amministratori privi di delega è necessario precisare che su di essi grava, come precisato, l'obbligo di vigilanza e controllo continuo sull'attività degli amministratori delegati[137]. Questo significa essere sempre informati (anche dietro sollecito) degli affari societari al fine di valutarli[138]. L'amministratore, infatti, ha il dovere di agire in modo informato (attraverso informazione attiva e passiva). Infatti, anche l'amministratore

---

137 Corte appello Roma sez. III, 14/06/2021, n. 4283 Redazione Giuffrè 2021: "*La responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da configurare una responsabilità oggettiva, ma deve fondarsi sulla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle notizie che devono essere fornite agli amministratori, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. In sostanza gli amministratori 'non operativi' rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori ('operativi') soltanto qualora siano a conoscenza di informazioni tali da sollecitare il loro intervento, oppure non si siano attivati per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. Da ciò discende che gli amministratori non operativi rispondono solo quando siano a conoscenza di fatti pregiudizievoli che non abbiano impedito, ovvero dei fatti dei quali debbano acquisire conoscenza di propria iniziativa*".

138 Cassazione civile sez. II, 26/02/2021, n. 5428 Redazione Giuffrè 2021.

La veste di consigliere del consiglio di amministrazione, anche se privo di deleghe, implica di per sé l'insorgenza di obblighi di diligente attivazione per porre rimedio alle illegittimità rilevate non essendo ammissibile che questi rimangano consapevolmente inerti rispetto agli illeciti. Ciò vale anche nelle s.r.l. ove in caso di amministrazione disgiuntiva, l'altro amministratore risponde degli illeciti dell'esecutore materiale per culpa in vigilando.

senza deleghe (non esecutivo) può essere ritenuto solidalmente responsabile della violazione gestoria, quando questi non sia intervenuto (da qui l'importanza dell'informazione attiva e passiva).

Stesso dicasi per la responsabilità ascrivibile ai membri del Collegio sindacale.

Per quello che attiene alle responsabilità penali, così come per gli amministratori, occorre avere ben saldo l'impianto che va dall'articolo 2621 all'articolo 2642 così come disciplinati dal D.Lgs. n.61 del 2002.

Tra l'inadempimento e il danno di cui si è detto deve essere verificato procedendo ad un giudizio *ex ante* ed in concreto, alla stregua del criterio della regolarità statistica e della normalità causale. In pratica, è necessario chiedersi se, eliminando mentalmente l'azione inadempiente, l'evento dannoso venga meno[139]. Ovvero, per i fatti omissivi, se l'evento dannoso si sarebbe ugualmente verificato, pur in caso di compimento dell'azione dovuta da parte dell'amministratore (Trib. Milano sentenza del 20 aprile 2009).

La responsabilità degli amministratori verso la società è concepita come una responsabilità soggettiva per fatto proprio colpevole, con esclusione, quindi, della possibilità di ricorrere a criteri di imputazione quali la responsabilità per fatto altrui (per cui si risponde a prescindere dall'esistenza di un nesso causale diretto con la propria condotta) o la responsabilità oggettiva (per cui si risponde, a prescindere dalla colpa, per il solo fatto di rivestire, per quanto qui interessa, la carica di amministratore).

La Responsabilità è inoltre solidale.

Se gli amministratori sono più di uno, la collegialità dell'organo amministrativo comporta, in via di principio, che essi rispondano solidalmente dei danni arrecati alla società dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti ai sensi dell'articolo 2392, comma 1, del codice civile.

Ciò significa che ciascuno degli amministratori potrà essere costretto a procedere al risarcimento integrale del danno. Questo comporta il fatto che la società ha la possibilità di agire nei confronti di uno solo degli amministratori. Il tutto, senza che si dia luogo a litisconsorzio necessario, salva l'applicazione delle norme sul regresso nelle obbligazioni solidali.

---

139 Tribunale Palermo Sez. spec. Impresa, 06/07/2021, n. 288 in Ilsocietario.it 21 dicembre 2021. "*In tema di azione di responsabilità verso gli amministratori sociali, sull'attore incombe la prova dell'illiceità dei comportamenti degli amministratori medesimi. Allorquando tali comportamenti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente col precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso l'onere della prova dell'attore non si esaurisce nella prova dell'atto compiuto dall'amministratore ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza*".

Gli amministratori, tuttavia, devono essere autonomamente individuati come corresponsabili dello specifico danno lamentato in concreto, sulla base di una puntuale ricostruzione del nesso causale tra la condotta ad essi personalmente attribuibile e l'evento pregiudizievole denunciato.

Nei rapporti interni, invece, l'amministratore che non abbia concorso al compimento dell'atto dannoso – pur risultando responsabile verso la società per non aver fatto quanto poteva per impedirlo – può agire in rivalsa contro gli amministratori agenti al fine di essere indennizzato degli esborsi eventualmente eseguiti a favore della società. Ciò posto, occorre, peraltro, aggiungere che il carattere solidale della responsabilità degli amministratori verso la società:

- Viene escluso, in considerazione del carattere personale della medesima responsabilità, quando si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (articolo 2392, comma 1, del codice civile);
- Sussiste, indipendentemente dalla presenza o meno di deleghe dei poteri amministrativi e fermi gli obblighi di cui all'articolo 2381 del codice civile per quegli amministratori che essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (articolo 2392, comma 2 del codice civile).

Anche l'amministratore di fatto risponde.

In ragione della necessità di una autonoma individuazione della responsabilità degli amministratori, la giurisprudenza ha introdotto la figura dell'amministratore di fatto, che presuppone che la persona abbia in concreto svolto attività di gestione (e non meramente esecutive) della società e che tale attività abbia carattere sistematico, non potendosi esaurire nel compimento di taluni atti di natura eterogenea e occasionale[140].

A tal proposito, la figura dell'amministratore di fatto viene positivamente individuata nella compresenza dei seguenti elementi:

- Assenza di una efficace investitura assembleare;
- Attività esercitata (non occasionalmente ma) continuativamente;
- Funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto;

---

140 Cassazione civile sez. trib., 19/01/2022, n. 1546 in Giustizia Civile Massimario 2022.

In tema di società, la persona che, benché priva della corrispondente investitura formale, si accerti essersi inserita nella gestione della società stessa, impartendo direttive e condizionandone le scelte operative, va considerata amministratore di fatto ove tale ingerenza, lungi dall'esaurirsi nel compimento di atti eterogenei ed occasionali, riveli avere caratteri di sistematicità e completezza (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione che aveva ritenuto amministratore di fatto colui che aveva aperto un conto corrente intestato alla società, aveva la disponibilità della documentazione riferibile alla stessa nonché delle password di accesso alla posta elettronica e dei recapiti dei fornitori).

- Autonomia decisionale (non necessariamente surrogatoria, ma almeno cooperativa non subordinata) rispetto agli amministratori “di diritto “.

La presenza di un comitato esecutivo o di uno o più consiglieri delegati potrebbe valere ad escludere la responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi per gli atti, commissivi od omissivi, posti in essere nell’esercizio delle funzioni delegate (articolo 2392, comma 1, del codice civile).