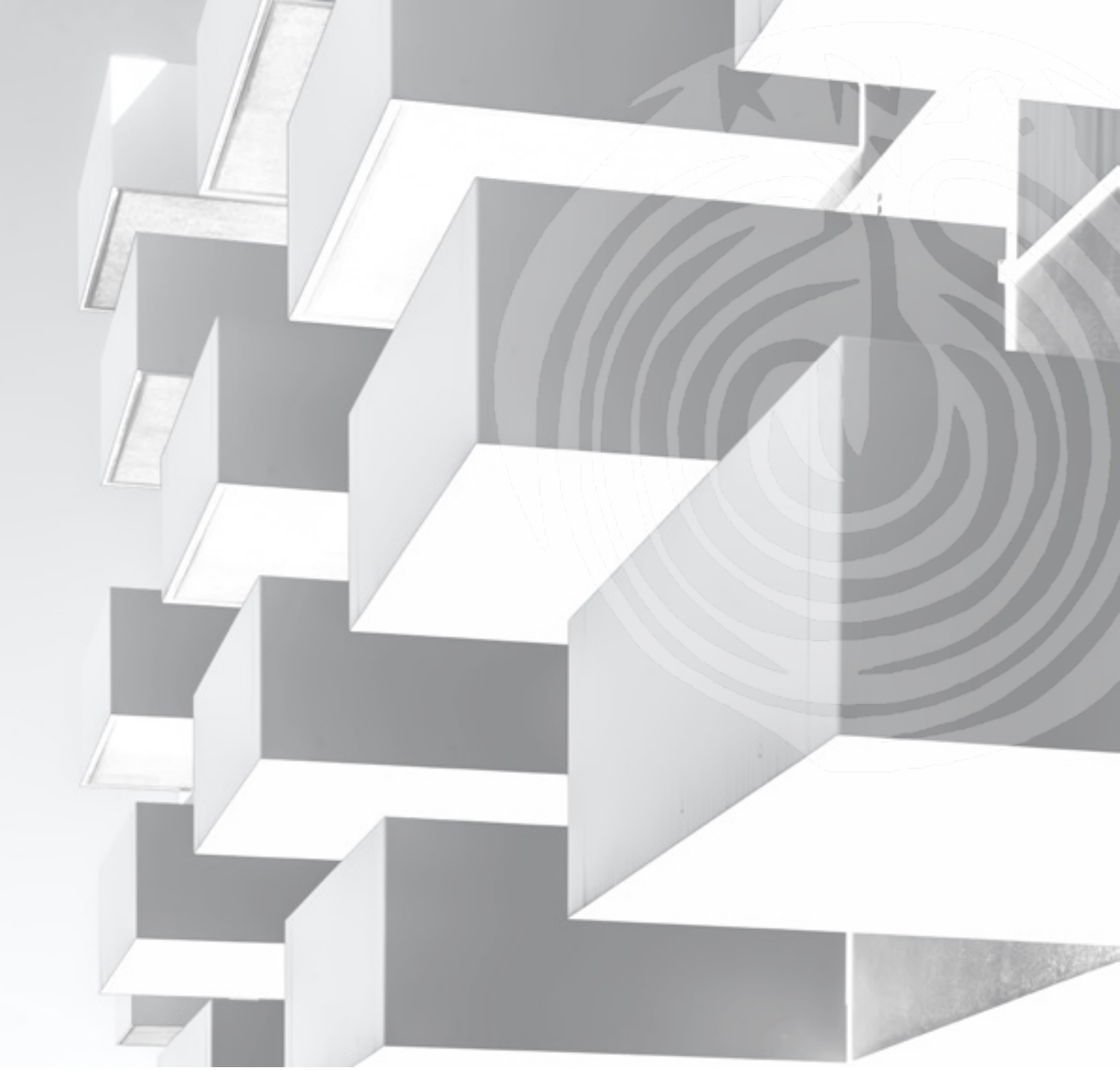

N.3 SETTEMBRE 2022

IL LABIRINTO
DEL PROFESSIONISTA

RIVISTA DI AGGIORNAMENTO

Realizzata da 24 Ore Professionale
in collaborazione con Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili

Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili

FONDAZIONE CENTRO STUDI UNGDCEC

24 ORE PROFESSIONALE

Sommario

Hic et Nunc. Ora e adesso.
Matteo De Lise - Presidente UNGDCEC 4

Assetti organizzativi e modelli organizzativi: le sinergie e i divari
Camilla Zanichelli – Consigliere di Giunta UNGDCEC 7

L'art. 216 CCII - Modalità di liquidazione dei beni (immobili e non): curatori al bivio tra le nuove vendite competitive e le regole del processo esecutivo
Erika Capobianco e Marco Bolognesi
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza" 11

Il rapporto tra le misure protettive nel codice della crisi di impresa e la buona riuscita del risanamento
Dott.ssa Federica De Pieri - Dott. Marco Pericciuoli
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza" 17

I principali adempimenti del curatore nella nuova liquidazione giudiziale
a cura di Federico Giotti - Consigliere di Giunta UNGDCEC e Francesca Leccia 22

I poteri del curatore nella liquidazione giudiziale: nuovi adempimenti e funzioni introdotti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
Marco Biolchini e Barbara Biotti
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza" 27

La transazione fiscale e contributiva con i creditori pubblici: excursus e lineamenti normativi
Anthony Spataro
Presidente Commissione UNGDCEC Diritto della crisi e dell'insolvenza
Incoronata Montemarano
Componente della Commissione UNGDCEC Diritto della crisi e dell'insolvenza 33

Il PRO: segnali per una possibile nuova stagione di risoluzioni delle crisi in continuità aziendale
Enrico Lombardo - Consigliere di Giunta UNGDCEC 38

Il concordato semplificato ed il ruolo dell'esperto
Gianvito Morretta, Dottore Commercialista in Salerno
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi UNGDCEC
e Pierluigi Pisani Dottore Commercialista in Cosenza
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi UNGDCEC 44

La figura del Gestore della crisi: Giano Bifronte che popola Albi e Registri del CCII
Katia Selva
Commissione Nazionale di Studio UGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza"
Davide Rovetta
Commissione Nazionale di Studio UGDCEC "Sovraindebitamento" 48

Newsletter realizzata da 24 Ore Professionale in collaborazione con Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili

Proprietario ed Editore:
Il Sole 24 Ore S.p.A.

Sede legale e amministrazione:
Viale Sarca, 223 - 20126 Milano
Redazione:
24 ORE Professionale

© 2022 Il Sole 24 ORE S.p.a.
Tutti i diritti riservati.
È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi strumento.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità per involontari errori e inesattezze.

Chiusa in redazione:
13 settembre 2022

SOMMARIO

La responsabilità di sindaci e revisori tra codice civile e codice della crisi
Michela Boidi, Presidente Commissione di studio UNGDCEC "Collegio sindacale"
Vito Zarzana, Presidente Commissione di studio UNGDCEC "Bilancio e Revisione" 53

Uscita congresso nazionale ungdcec roma 28/29 settembre 2022
Sonia Mazzucco - Vice Presidente UNGDCEC – Delegata in materia Crisi d'Impresa
Simone Giannecchini - Componente della Commissione UNGDCEC Crisi d'Impresa 57

La crisi delle imprese in dipendenza economica. Figli di un dio minore?
Quirino Vescovo
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi dell' UNGDCEC 63

Osmosi degli adeguati assetti nel modello organizzativo 231/2001: La transizione culturale rende obbligatorio all'imprenditore l'adozione di modelli di business leciti e sostenibili
Sonia Mazzucco - Vice Presidente UNGDCEC – Delegata in materia Crisi d'Impresa
Francesco Diana - Componente della Commissione UNGDCEC Crisi d'Impresa 71

News e approfondimenti

Crisi d'impresa, nuove soglie per gli alert
Marco Rubino, Alessandro Turchi,
Il Sole 24 Ore, Estratto da "La Settimana Fiscale, Edizione del 21 settembre 2022, n. 35, pag. 30-34 77

EDITORIALE

Hic et Nunc. Ora e adesso.

Matteo De Lise - Presidente UNGDCEC

Hic et Nunc. Ora e adesso.
Qui ed ora parliamo di Crisi d'Impresa, e lo facciamo al solito modo che ci contraddistingue, con approfondimenti scientifici e stimolando il dibattito tra i massimi esperti della materia. La nostra Associazione si presenta al Convegno Nazionale con cinque pubblicazioni editoriali di approfondimento sul tema della riforma, 15 workshop, tavole rotonde, oltre 60 relatori scelti tra professionisti, accademici, magistrati ed esperti della materia.
Ma *qui ed ora* ci chiederemo anche perché non siamo al punto in cui tutti vorremo essere, perché in una campagna elettorale che ha di fatto spaccato il paese, sui temi fiscali hanno parlato tutti tranne che noi.
Perché si fa riferimento ad una politica che non funziona e non si trova il coraggio di occuparne gli spazi con idee e contenuti? Ed il futuro dei Giovani? Ne hanno parlato tutti, interessa davvero a tutti, a parole. Ma le parole non bastano, servono i fatti. Noi viviamo di fatti. Questo è un fatto, Roma è un Fatto.
Abbiamo provato a mantenere alta l'attenzione sul nostro ruolo e sul nostro lavoro quotidiano, siamo stati un martello perché non possiamo permetterci altra pazienza, abbiamo dato ad agosto una notizia che notizia non è, il calendario fiscale è irrazionale e poco efficace, ad agosto quando tutti sono in ferie i commercialisti lavorano 205 adempimenti, il risultato? Tantissima stampa, tantissime discussioni, può bastare? NO, certo che no!
È il momento in cui questa categoria si rialzi dalle proprie ceneri per poter essere nuovamente degna di considerazione da parte di tutti, che torni in voga essere un commercialista, che torni profittevole essere commercialista.
Dobbiamo alzare la testa e pretenderlo, perché serve al Paese, anzi è indispensabile per il Paese.
Lo abbiamo detto più di una volta, continueremo a ripeterlo per essere protagonisti serve coraggio, noi quel coraggio dobbiamo tirarlo fuori fino a farlo credere arroganza. Solo con la consapevolezza delle proprie competenze potremo però dare sostanza alle nostre pretese.
La Crisi d'impresa, l'argomento di Roma deve essere per noi un monito. Siamo

alla terza riforma in pochi anni, siamo di fronte ad una riforma che forse sarà la definitiva, una riforma che renderà essenziale il nostro sapere, la nostra capacità di analisi, le nostre competenze.
Avremo, con questa riforma la possibilità di riposizionare nell'immaginario collettivo il ruolo dell'organo di controllo, e la sua efficacia, la sua utilità. Potremo farlo andando ad evidenziarne i numeri e non parlandone solo in merito alle responsabilità successive, sono certo che dimostrandone il valore riusciremo finalmente a renderlo profittevole per tutti noi sindaci o revisori.
La composizione negoziata è una scommessa che dobbiamo assolutamente vincere, dobbiamo spingere e credere in un istituto che serve a tenere la crisi aziendale lontana dalle aule dei tribunali, così da rendere ancora più centrale il ruolo del professionista.
L'attenzione posta sull'importanza degli adeguati assetti organizzativi deve essere un ulteriore spunto per adottare una nuova cultura d'impresa, che il professionista deve essere in grado di diffondere presso i propri clienti.
Questa riforma rappresenta una opportunità per la categoria e per i giovani, ma questo specifico tema deve essere per noi anche un monito: lo scippo di competenze subito in passato deve ricordarci cosa può succedere a non essere uniti, attenti ed a non saper far pesare il nostro ruolo alla politica.
Siamo a Roma, siamo al centro del Mondo, siamo nell'ombelico del mondo, non c'è un posto migliore per una piena presa di coscienza rispetto a quello che siamo e cosa vogliamo essere.

24 ORE PROFESSIONALE

24 START	24 FRIZZERA	24 PREMIUM	24 PRO
Smart24 Fisco Start L'essenziale per il tuo aggiornamento.	**Smart24 Fisco Frizzera** Al tuo fianco nel lavoro, ogni giorno.	**Smart24 Fisco Premium** Quello che cerchi, dalla teoria alla pratica.	**Smart24 Fisco Pro** L'offerta più completa per la tua informazione.

Smart24 Fisco.
Più rapido, più efficiente, più adatto a te.

Smart24 Fisco è l'innovativo sistema informativo del Sole 24 Ore, progettato sulle tue esigenze con 4 soluzioni che rendono il lavoro rapido ed efficiente. **Scegli Smart24 Fisco** Pro, Premium o Start per consultare il patrimonio di documentazione fiscale del Sole 24 Ore oppure Smart24 Fisco Frizzera per accedere alle guide pratiche con le norme e le regole applicative.

smart24fisco.com

SMART 24 FISCO

Smart work, smart life.

Assetti organizzativi e modelli organizzativi: le sinergie e i divari

Camilla Zanichelli – Consigliere di Giunta UNGDCEC

UNGDCEC

L'adeguatezza degli assetti

Con l'entrata in vigore del Codice della Crisi di cui al D.Lgs. 14/2019 e al successivo D.Lgs. 83/2022 si è riacceso il dibattito sugli adeguati assetti organizzativi. Certamente il rilievo dato alla novità legislativa è significativo, basti pensare che la stessa ha comportato il superamento di talune impostazioni normative del Codice Civile e della Legge Fallimentare e la contemporanea introduzione di novità riguardanti aspetti dell'organizzazione e della gestione imprenditoriale.

Il cambiamento operativo di maggior rilevo attiene proprio l'avvio di un approccio aziendalistico ordinato e proceduralizzato, delineato da un'adeguata analisi dei rischi intrinsechi attraverso l'introduzione dell'obbligo di adozione dei c.d. adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Tuttavia, il concetto di assetto adeguato alle dimensioni e alla tipologia d'impresa non è certo nozione ignota ad imprenditori e addetti ai lavori. La riforma del diritto societario del 2003 (c.d. Riforma Vietti[1]) aveva già infatti previsto per alcune tipologie di società la necessità secondo cui gli organi amministrativi si dovessero occupare delle sottese previsioni. Ciò che rende gli adeguati assetti inediti nella versione introdotta all'interno del Codice della Crisi è la loro generalità d'applicazione e l'istituzione specificamente esplicitata al fine di soddisfare requisiti o funzioni suppletive rispetto a quelle della precedente riforma.

L'odierno Codice della Crisi mira difatti a una tempestiva emersione di profili di criticità intrinseca e lo fa attraverso l'introduzione di sistemi adeguati, cavalcando l'approccio improntato nel periodo immediatamente successivo alla

1 Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8.

recessione economica del 2007, contrastata dal Legislatore tramite direttive e regolamenti emanati nei successivi esercizi, in via prevalente in favore del mercato maggiormente coinvolto dalla crisi: quello bancario. Difatti, essendo il contesto italiano da sempre caratterizzato da un forte ricorso al credito, le difficoltà estesesi nel mercato bancario interno all'Unione Europea avevano inevitabilmente esasperato molteplici crisi dei soggetti che vi operavano. Restando palese come le imprese fossero interlocutrici direttamente dipendenti dal mercato del credito bancario, la crisi di quest'ultimo non poteva che propagarsi e destare condivisa attenzione per il suo contenimento. Ne erano dunque derivati interventi drastici, quali – tra gli altri – la direttiva sull'accesso all'attività degli enti creditizi del 2013[2], il regolamento dei requisiti patrimoniali per il settore bancario (CRR) e la direttiva sui requisiti patrimoniali (CRD IV) del 2014, la direttiva sul risanamento degli enti creditizi del 2014[3] e la direttiva sulla classificazione degli strumenti di debito non garantiti in caso d'insolvenza. Non per coincidenza, le citate pronunce hanno avuto inerenza con l'introduzione nel perimetro 231 di taluni reati, quali i tributari, la malversazione, la truffa ai danni dello Stato per utilizzo di finanziamenti pubblici e possono oggi essere utili per tradurre in termini pratici il significato degli adeguati assetti.

Il raccordo con la disciplina sulla responsabilità amministrativa

Per essere adeguati, gli assetti devono operare quale limite alla discrezionalità dell'imprenditore circa le scelte del livello di rischio che egli è in grado di assumere.

In merito agli assetti organizzativi, è propedeutica una interazione con la normativa sulla responsabilità amministrativa ai sensi del D.Lgs. 231/01, in quando questa tematica – sedimentata nell'arco degli ultimi vent'anni – può risultare fondamentale nella valorizzazione degli aspetti sottesi alla norma. Per l'imprenditore si tratta d'intraprendere un percorso culturale evoluto, volto alla condivisione delle conoscenze, ai fini di consapevolezza dell'esistenza dei fattori di rischio interno e alla conseguente elaborazione di presidi atti alla salvaguardia del patrimonio interno.

Una comparazione fra il decreto sulla responsabilità amministrativa e il Codice della Crisi non può mancare di rilevare come entrambe le norme pongano quale primario obiettivo la prevenzione mediante la costituzione di un'organizzazione orientata a tale scopo; nel primo caso, si parla di prevenzione dei reati rubricati nel decreto stesso; nel secondo caso, si tratta invece di prevenzione dell'aggravamento dello stato di crisi o prevenzione di una sua intempestiva rilevazione.

Tuttavia, occorre notare come alcune caratteristiche di un Modello di organiz-

2 DIRETTIVA 2013/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento.

3 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento

zazione e gestione (in particolare, art. 6, co. 2 del D.Lgs. 231/01) possano essere ritenute coerenti con le necessità di vigilanza sulle attività societarie richieste dal Codice Civile all'art. 2086: tra i requisiti utili a tale scopo si possono citare l'individuazione delle attività rischiose, la previsione di protocolli per programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, la fissazione di modalità di gestione delle risorse in modo da impedire o quantomeno rendere quanto più improbabile possibile la commissione di reati, la previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza e l'introduzione di un sistema disciplinare e sanzionatorio.

Il rapporto tra i due istituti può definirsi sinergico.
Gli adeguati assetti organizzativi possono trovare nel Modello 231 un riferimento e una solida base di partenza per la propria strutturazione, in quanto le prescrizioni e le disposizioni ivi contenute indirizzano i contenuti dei citati assetti e forniscono risposte organizzative puntuali anche per assolvere alle disposizioni dell'art.2086 C.C. Non di meno, il Modello 231 può trovare negli adeguati assetti un rafforzamento, considerando come l'adesione al citato articolo del Codice Civile aiuti società ed enti nella loro strutturazione e, di conseguenza, nella prevenzione di talune fattispecie di rischio che potrebbero sfociare in uno dei reati contemplati ai sensi del D.Lgs. 231/01.
Attraverso l'intrinseca *ratio* della riforma Rordorf, ovvero l'ottica di favorire un approccio *forward looking* che passa di fatto da una logica di rilevazione *ex post* dei fattori di rischio a un sistema di emersione *ex ante* degli stessi, la norma conferma la centralità del Modello 231 nel sistema di governance aziendale. Ciò influenza anche il ruolo dell'Organismo di Vigilanza, facendolo divenire vero e proprio pilastro nella prevenzione dei concreti fattori di rischio, anche in considerazione del fatto che il Modello 231 richieda in favore dell'Organismo stesso l'attivazione di appositi flussi informativi sulle attività sensibili e riconosca autonomo potere nell'effettuare verifiche programmate o a sorpresa ed esame delle segnalazioni riservate di violazioni al Modello.
Un Organismo di Vigilanza effettivamente preparato al ruolo ha quindi in mano ogni strumento atto a poter rilevare e quindi segnalare fenomeni di rischio nella gestione, anticipatori persino degli indicatori e indici previsti dal Codice della Crisi ai fini della gestione dell'allerta.
Il sotteso Codice della Crisi offre l'opportunità di una maggiore interazione tra Organismo di Vigilanza e Organo di Controllo interno, soprattutto a beneficio di quest'ultimo, nella misura in cui l'intensificazione dei flussi informativi tipici della 231 mitiga anche il rischio di condotte omissibili imputabili ai sensi della responsabilità ai sensi dell'art. 2407 del Codice Civile.
Occorrere in tal senso utilizzare un diverso approccio pratico a seconda che ci si trovi davanti a società che abbiano già implementato un Modello 231 o a società che invece ne siano ancora sprovviste; le prime godono dell'indubbio vantaggio di poterne sfruttare le potenzialità per gli scopi previsti dal Codice della Crisi, previa necessaria integrazione delle due materie; le società che ne

siano ancora sprovviste si trovano invece prive di uno strumento potenzialmente molto utile, da conoscere.
Va da sé che non esista la sovrapposizione tra assetto organizzativo e modello organizzativo e che per questo motivo l'obbligatorietà dell'implementazione di un adeguato assetto ai sensi del secondo co., art. 2086 C.C. non possa significare in alcun caso l'obbligatorietà dell'adozione di un Modello 231, il quale deve restare facoltativo se non per determinate eccezioni.
Tuttavia, è innegabile come il Modello 231 rientri a pieno titolo nel perimetro degli adeguati assetti organizzativi delineato dal Legislatore e che quest'ultimo restituisca importanza alla disciplina sulla responsabilità amministrativa di società ed enti, imponendo agli imprenditori una seria riflessione sulla direzione da intraprendere.

Lo *Step forward:* la compliance integrata

In conclusione risulta d'uopo considerare come l'obbligo di implementazione dei pluricitati assetti organizzativi ponga in mano a società ed enti un ulteriore e non trascurabile vantaggio.
Durante l'assoggettamento alla disciplina di gestione anticipata dei profili di crisi, il nostro tessuto imprenditoriale – tipicamente costituito da piccole e medie imprese – ha la possibilità di adeguarsi senza troppi sforzi alla compliance, partendo dalla costruzione di un sistema che prende spunto da certificazioni di cui spesso sono già dotate (sicurezza, ambiente, qualità...) e lavorando sulle ulteriori procedure.
Anche Confindustria, all'interno delle aggiornate Linee guida 231[4], tratta il tema della gestione integrata in modo esplicito poiché – nel corso degli ultimi anni – il focus sulla compliance si sta dimostrando sempre più stringente e articolato, rendendo complesse e onerose le attività per la gestione dei rischi di conformità.
La gestione dei numerosi obblighi di compliance può risultare connotata da una pluralità di processi, informazioni potenzialmente incoerenti, controlli potenzialmente non ottimizzati, con conseguente ridondanza nelle attività. Il passaggio ad una compliance integrata potrebbe permettere invece a società ed enti di razionalizzare le attività (in termini di risorse, persone, sistemi, ecc.), migliorare l'efficacia ed efficienza delle attività e di facilitare la condivisione delle informazioni attraverso una visione integrata delle diverse esigenze e ogni imprenditore dovrebbe fare su questo una seria riflessione.

4 «Linee Guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231», Confindustria, giugno 2021

L'art. 216 CCII - Modalità di liquidazione dei beni (immobili e non): curatori al bivio tra le nuove vendite competitive e le regole del processo esecutivo

UNGDCEC

Erika Capobianco e Marco Bolognesi
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza"

L'art. 216 CCII detta le modalità di liquidazione dei beni, indicando regole stringenti anche per le vendite competitive, le quali, nella precedente versione del R.D. n. 269 del 1942, erano molto "libere" nella loro articolazione. Le nuove regole riprendono, per la maggior parte, le disposizioni del c.p.c. e talune relative novità proposte con la L. 206/2021, non ancora in vigore per il processo esecutivo ma già operative nel CCII. Tuttavia, il legislatore ha mantenuto la possibilità per i curatori di proporre la liquidazione dei beni secondo i dettami del c.p.c. (procedure esecutive individuali), per quanto compatibili. La vigente complessità dell'articolazione delle modalità di liquidazione impone ai curatori talune riflessioni anche con riferimento alla nomina di un soggetto all'uopo specializzato: il delegato alla vendita.

Le nuove vendite competitive.

La formulazione dell'art. 216 CCII pone il curatore di fronte alla scelta della modalità di liquidazione dei beni appresi all'attivo: al co. 2 si prevede che le vendite siano effettuate tramite procedure competitive ma al co. 3 è data facoltà allo stesso curatore[1] di proporre che la vendita avvenga secondo le disposizioni del c.p.c. in quanto compatibili.

1 Nella precedente formulazione dell'articolo *de quo*, tale possibilità non rientrava nell'alveo delle discrezionalità attribuite al curatore, giacché era previsto che fosse il giudice delegato a disporre – mediante apposita ordinanza in seguito all'approvazione del programma di liquidazione – le modalità della vendita. L'odierna notazione, con il "ritorno" all'attribuzione della discrezionalità al curatore in tema di modalità della vendita dei beni appresi all'attivo, risponde al recepimento dell'art. 25, lettera b), Direttiva UE 2019/1023 in attuazione del principio di efficienza delle procedure di insolvenza.

In entrambi i casi le vendite saranno telematiche, salvo che il curatore non ritenga che tale modalità possa essere pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura (in analogia a quanto previsto all'art. 569 co. 4 c.p.c.).
Fino al 14/7/2022 la preferenza del curatore era maggiormente indirizzata alla procedura competitiva per diversi motivi, tra cui:
la vendita competitiva aveva una organizzazione più flessibile[2] (modalità di presentazione offerte, tempi, modalità di versamento prezzo etc. – tutte specificità a discrezione del curatore);
la vendita competitiva non prevedeva, come è invece prescritto nel c.p.c., il ribasso di un quarto del prezzo base. Per questo motivo si è pensato di garantire ai creditori la migliore soddisfazione. Tuttavia, tale affermazione non è sempre riscontrabile nel concreto, atteso che il prezzo finale lo determina sempre il mercato e partire da un prezzo offerto più basso (come nel c.p.c., il cosiddetto "prezzo outlet" pari al 75% del prezzo base) non necessariamente implica un realizzo minore, potendo gli offerenti rilanciare plurimamente fino all'aggiudicazione. Inoltre, partendo da un prezzo offerto uguale al prezzo base, nel caso di mancanza di offerte il curatore potrebbe essere costretto a dover procedere ad un secondo esperimento di vendita con ribasso (con oneri monetari connessi e allungando i tempi di liquidazione), al fine di trovare la giusta collocazione sul mercato;
era consentito che l'atto di acquisto fosse redatto da un Notaio anziché onerare il curatore di sottoporre al G.D. la bozza del decreto di trasferimento da firmare (art. 586 c.p.c.). Tuttavia, in caso, non poco infrequente, di immobile che presentasse abusi edilizi, il bene non avrebbe potuto essere trasferito da un Notaio, rendendo obbligatorio predisporre il decreto di trasferimento. In ogni caso, il G.D. era comunque onerato di emettere il provvedimento purgativo del bene per consentire la cancellazione delle formalità su di esso trascritte.
Con il CCII in vigore dal 15/7/2022, che regola più approfonditamente le vendite competitive, i punti "di forza" sopra individuati vengono meno. Infatti, il legislatore regola il numero degli esperimenti da attuare, le modalità di vendita, le regole sulla pubblicità, i requisiti dell'offerta ammissibile e le modalità di versamento del saldo prezzo.
In particolare, la prima novità riguarda l'obbligo per il curatore di realizzare in un anno almeno tre esperimenti di vendita **per i beni immobili** (art. 216 co. 2), disposizione mutuata dall' art. 1 co. 12 lett i), L. 206/2021. Si intuisce, dunque, che l'intento del legislatore è quello di ridurre i tempi di realizzo delle liquidazioni e per questo motivo, sempre all'art. 216 co.2, è previsto che alle operazioni di liquidazione potrà adoperarsi, oltre al curatore, il delegato alle vendite, al cui operato il curatore si allinea e non solo per la suddetta tempistica ma anche per quanto si dirà di seguito.
Infatti, mentre nella precedente formulazione della L.F. era lasciata al curatore la

2 Tipicamente, nella prassi, si sono riscontrate sostanzialmente tre forme di vendite competitive: 1) vendita a trattativa privata: relativamente a beni di modesto valore con modalità semplificate di pubblicità; 2) vendita a procedure competitive semplificate: licitazione privata nella quale il curatore ha ampi poteri; 3) procedura competitiva rigida: meccanismo delle vendite giudiziali con o senza incanto.

scelta del *quantum* da ribassare, in caso di vendita deserta, nel CCII (art. 216 co. 7) è previsto che l'offerta sia efficace anche se **inferiore di non oltre un quarto** al prezzo stabilito nell'avviso, quindi, disponendo che anche nelle nuove modalità di liquidazione è possibile offrire il 75% del prezzo base, e solo *"dopo il terzo esperimento andato deserto il prezzo può essere ribassato fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultimo esperimento"* (art. 216 co. 2). Dunque, il legislatore ha colto il risvolto pratico cui sopra accennavamo e ha ritenuto che sia più appetibile consentire agli offerenti di proporsi per il prezzo "outlet".
Le similitudini con il processo esecutivo, quindi, aumentano.
Anche le modalità di presentazione dell'offerta (art. 216 co. 5), si allineano alle regole dettate dal c.p.c., prevedendo che la stessa debba essere avanzata tramite il Portale delle Vendite Pubbliche e che l'offerta non sia efficace (art. 571 c.p.c.) se perviene oltre il termine stabilito nell'avviso di vendita o se la cauzione è prestata nella misura diversa da quella indicata.
Inoltre, scompare la possibilità per il curatore di sospendere la vendita in caso di ricezione di offerta migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto all'esito di precedente procedura competitiva (*ex* art. 107, co 4, L.F.), appianando una differenza sostanziale tra procedura competitiva e regole del c.p.c. in tema di stabilità della vendita, consentendo agli interessati di approcciare alla vendita e all'aggiudicazione con maggiore serenità.
Infine, per dare maggiore serenità agli aggiudicatari che comprano "dal Tribunale" e che possono entrare in possesso dei beni acquistati con maggiore celerità, è stata meglio regolata la disciplina dell'ordine di liberazione anche nel CCII (art. 216 co. 2), così prevedendo che questo sarà attuato dal curatore senza l'osservanza di formalità diverse da quelle stabilite dal giudice, con l'ausilio della forza pubblica e nominando ausiliari ex art. 68 c.p.c., anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario, se questi non lo esenta; permane l'eccezione (art. 147 CCII co.2), a tutela del debitore, secondo cui la sua casa (di proprietà o di cui può godere in quanto titolare di altro diritto reale) definita "necessaria all'abitazione di lui e della famiglia" non può essere distratta da tale uso fino alla sua liquidazione e quindi potrebbe leggersi che lo stesso potrà permanervi fino alla firma del decreto di trasferimento, mutuando, di fatto, la previsione dell'art. 560 c.p.c., anche per i beni mobili presenti presso il bene da liberare.
Per tutto quanto finora detto, è evidente una sovrapposizione del nuovo CCII e quanto contenuto nel c.p.c., imponendo al curatore talune riflessioni, in tema di convenienza, efficienza e speditezza delle procedure di liquidazione, necessariamente preliminari rispetto alla redazione del programma di liquidazione *ex* art. 213 CCII.

Opportunità del c.p.c. rispetto alle vendite competitive e clausola di compatibilità.

Stante la testé evidenziata sovrapposizione delle due modalità di liquidazione dei beni, ci si potrebbe chiedere quale sia la *ratio* sottesa alla possibilità lasciata al curatore di avvalersi degli schemi processuali previsti nel codice di rito per il

processo di esecuzione individuale.
Ebbene, già con riferimento alla normativa previgente, parte della dottrina (*ex multis* A. Paluchowski) sostiene che tale possibilità permane quale alternativa garantista dotata di un'aura di certezza, di un *valido crisma di legalità*, suggellata dalla presenza del giudice delegato che assume una posizione di terzietà e imparzialità rispetto alle parti interessate dal trasferimento dei beni.
Indi, tale facoltà risponderebbe all'esigenza di quegli operatori che cercano in tali vendite maggiori garanzie rispetto alle procedure competitive, le quali si avvicinavano più a negozi di natura privatistica che a negozi giudiziari "controllati".
Su tale ultimo assunto, a parere di chi scrive, le garanzie richieste dal mercato possono trovare una maggiore risposta nella liquidazione dei beni secondo i dettami del c.p.c. considerando che in futuro - non tanto lontano - tali vendite dovrebbero avvenire mediante utilizzo di modelli di avvisi di vendita standardizzati, come previsto dall'art. 1, co. 12, lett. g), L. n. 206/2021 [3], consentendo agli interessati una migliore e più diffusa comprensione dei meccanismi di formulazione, invio, delibazione e rilancio delle offerte.
Troppo spesso, infatti, i potenziali interessati all'acquisto non hanno le competenze per comprendere tutte le regole contenute negli avvisi e la standardizzazione potrebbe consentire una migliore diffusione dei medesimi criteri di comprensione.
Ciò posto, occorre evidenziare che l'art. 216, co. 3, CCII, consente al curatore di optare per le regole del c.p.c. "**in quanto compatibili**", infatti, non tutte le norme appaiono adattabili alla liquidazione giudiziale, ad esempio, i) in tema di assegnazione (art. 589, 590 e 591 c.p.c.), contrastante con la tutela del principio della *par condicio* creditorum, ii) in tema di modalità di versamento del saldo prezzo previsto all'art. 585, co. 2, in caso di aggiudicazione al creditore ipotecario, iii) con riguardo all'estinzione del procedimento di vendita in caso di ritardo nella pubblicazione dell'avviso sul portale delle vendite pubbliche *ex* art. 631-*bis* c.p.c., configurandosi piuttosto una responsabilità in capo al curatore o al delegato alla vendita che non hanno consentito il rispetto del termine indicato dal giudice delegato nell'ordinanza di vendita.
Quindi anche il curatore che sceglie di seguire le disposizioni del c.p.c., per condurre una vendita maggiormente garantista, deve aver chiaro che non tutte le disposizioni del c.p.c. sono compatibili con la liquidazione giudiziale.

La figura del delegato alla vendita nominato dal curatore.
Dal rapido *excursus* che precede appare chiaro che il recepimento della direttiva *insolvency* ha comportato una maggiore rigidità nella gestione delle vendite competitive che sono state influenzate in maniera decisiva dalle regole del c.p.c.
In tale contesto, ruolo centrale è dato al curatore, chiamato a destreggiarsi tra procedure e tempistiche alle quali in precedenza non era chiamato, se non per sua apposita scelta.

3 Diversamente, nelle procedure competitive non è al momento prevista la standardizzazione degli avvisi di vendita, lasciando ampia discrezionalità alla curatela nella loro redazione, ovviamente, salvo che per i suoi elementi essenziali (identificazione e descrizione dei beni, prezzo di vendita, modalità di presentazione delle offerte, ...), implicitamente richiesti.

Invero, anche sotto il profilo prettamente operativo, la liquidazione dei beni appresi all'attivo – e specialmente i beni immobili – diventa per il curatore sempre più ricca di tecnicalità alle quali potrebbe non essere avvezzo o potrebbe addirittura non riuscire a gestire con le stringenti tempistiche indicate; quest'ultimo, infatti, già chiamato a gestire problematiche o compiti di tutt'altro genere (es. verifica delle domande di insinuazione di credito e di rivendica, relazioni periodiche etc), dovrebbe anche, per la vendita dei beni immobili, redigere, notificare, pubblicare, depositare apposite informative relative ad almeno tre esperimenti di vendita in un anno, tutte attività che comportano un costante presidio da parte del curatore negli adempimenti da svolgere e nella gestione delle richieste degli interessati.
Ciò detto, anche all'esito dell'apertura all'assunzione di tale carica da parte di categorie di professionisti che sino ad oggi non hanno mai gestito attività liquidatorie (es. consulenti del lavoro), potrebbe sollevare la necessità per il curatore di essere coadiuvato da figure professionali dotate di particolari tecnicalità e di consolidata esperienza sul campo, tali da poter gestire agevolmente tutte le attività liquidatorie, rispondendo al meglio al principio di speditezza delle procedure caro alla direttiva comunitaria; d'altronde, lo stesso art. 216, co. 12 CCII prevede la definizione dei requisiti di tali figure che, di fatto, sono già esistenti nel contesto professionale che ci occupa.
Invero, il professionista che avrà già maturato esperienza nell'ambito delle procedure esecutive individuali regolate dal c.p.c. potrà agevolmente individuare in tale previsione l'opportunità di mettere la propria professionalità a disposizione della giustizia e dell'imprenditore in crisi.
Tuttavia, pur essendo evidente che la complessità delle operazioni di liquidazione dei beni devono essere svolte con un certo grado di celerità e speditezza, con la possibilità per un curatore di propendere favorevolmente verso la delega delle operazioni di vendita a un soggetto all'uopo specializzato, non giova affatto quanto previsto all'art. 129 CCII (che richiama pedissequamente quanto precedentemente previsto all'art. 32 L.F.), secondo cui i compensi dei delegati del curatore sono detratti dal compenso di quest'ultimo.
Invero, se già i parametri di liquidazione dei compensi per l'attività di curatela rispondono a criteri di economicità per la gestione delle procedure, la previsione della riduzione dei compensi del curatore in presenza di delegati o coadiutori pare contrapporsi sia al principio di speditezza cui si è detto sopra sia al principio della corretta e stabile gestione delle procedure, giacché i curatori saranno disincentivati alla nomina di apposite figure professionali, benché altamente specializzate, rischiando talvolta di esporre le procedure – e quindi i creditori – a lungaggini per approfondire specifiche materie o per la risoluzione di problematiche che dovessero sorgere in occasione della liquidazione dei beni, altrimenti evitabili.

Conclusioni

La nuova formulazione delle vendite competitive, cadenzate anche sotto il profilo temporale nella loro esecuzione da parte del curatore, è indirizzata alla maggiore rapidità delle operazioni di liquidazione, così come la previsione espressa della

facoltà del curatore di nominare un delegato alla vendita che possa garantire anche l'efficienza di quanto imposto alla curatela.
La previsione normativa per cui il compenso del delegato alla vendita sia incluso nel compenso del curatore è da rivedere, perché se è vero che il CCII pone l'accento sulla economicità delle procedure è altrettanto vero che il compenso del soggetto specializzato gravante sui creditori avrebbe l'obiettivo di fare gli interessi di questi ultimi, accorciando i tempi di realizzo delle loro pretese; spesso, infatti, i costi delle lungaggini rappresentate arrecano un danno ben maggiore ai creditori se confrontato con l'addebito, indiretto poiché sottratto alla massa, a questi ultimi del compenso del professionista che ha consentito la rapida ed efficace liquidazione.
A tal motivo è auspicabile sul tema un intervento normativo e, nelle more dello stesso, che i Tribunali sviluppino una maggiore sensibilità in occasione della liquidazione dei compensi del curatore che si è avvalso di figure altamente specializzate, onde garantire una migliore complessiva soddisfazione del ceto creditorio.

UNGDCEC

Il rapporto tra le misure protettive nel codice della crisi di impresa e la buona riuscita del risanamento

Dott.ssa Federica De Pieri - Dott. Marco Pericciuoli
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza"

Con l'avvento del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza (CCI), la normativa domestica sulla crisi d'impresa si è arricchita di alcuni elementi come il procedimento unitario e la Composizione Negoziata della Crisi (CNC), e ne ha persi altri, come il c.d. *automatic stay*.
Alla luce di queste novità, per scegliere lo strumento giuridico più opportuno per regolare il proprio stato di crisi, l'impresa dovrà necessariamente svolgere un'analisi che verifichi preventivamente la possibilità di perseguire con successo il proprio risanamento e che identifichi strategicamente la combinazione di strumenti da utilizzare nella gestione delle trattative con creditori e stakeholders, anche alla luce dell'evoluzione normativa nella disciplina delle misure protettive.

Le misure protettive nel Codice della Crisi: un *automatic stay* meno automatico
Le misure protettive nel CCI sono definite all'art. 2 lettera p) come "*le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*".

Esse sono riepilogabili come segue:

Misura protettiva	Nella CNC	Nel procedimento unitario	Nella legge fallimentare

a) Divieto azioni esecutive e cautelari	Art. 18 CCI	Art. 54 CCI	Art. 168 LF per concordato preventivo Art. 182 bis LF per accordi ristrutturazione
b) Sospensione prescrizioni e venir meno decadenze	Art. 18 CCI	Art 46 CCI	Art. 168 LF
c) Blocco dichiarazione fallimento e accertamento stato insolvenza	Art. 18 CCI	Art. 54 CCI	
d) sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite	Art. 20 CCI		Art. 182 sexies LF
e) Sospensione dell'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale	Art. 20 CCI		Art. 182 sexies LF
f) Contratti pendenti	Art. 18 CCI		
g) Divieto di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti	Art. 18 CCI		
h) Possibilità per l'imprenditore di effettuare pagamenti	Art. 18 CCI		
i) Inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la pubblicazione del ricorso nel RI		Art. 46 CCI	Art. 168 LF

Ai sensi della nuova norma, alcune delle misure protettive anzi dettagliate sono applicabili indifferentemente sia al procedimento di CNC sia al procedimento unitario, altre sono invece applicabili solo alla CNC.
L'imprenditore può poi selezionare, anche sentite le parti interessate, le procedure cautelari ed esecutive da inibire e chiedere che l'applicazione delle misure non riguardi tutte le parti ma sia limitata a determinate iniziative poste in essere dai creditori a tutela dei propri diritti ed a determinati creditori[1].
In ogni caso sono esclusi dalle misure protettive i lavoratori.
La principale novità apportata dal CCI in relazione alle misure protettive consiste nel venir meno del c.d. *automatic stay*, ovvero nell'eliminazione dell'effetto protettivo che la Legge Fallimentare garantiva al debitore automaticamente nel momento stesso del deposito della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo ex art. 168 L.F. o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F..
Com'è noto, nella vigenza della precedente normativa, tale beneficio aveva incentivato fortemente il ricorso allo strumento del concordato preventivo c.d. "in bianco" o "prenotativo"[2], anche a scapito dell'accordo di ristrutturazione

1 AA.VV. "Le novità del codice della crisi dopo il decreto correttivo", Eutekne speciale luglio 2022

2 Tra le fonti, si segnalano in particolare gli aspetti statistici degli "Occasional Papers – Questioni di Economia e Finanza" della Banca d'Italia, n.430 "Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato

dei debiti, nonostante la Legge Fallimentare prevedesse per quest'ultimo la possibilità di anticipare la richiesta delle misure protettive già nella fase delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo (art. 182-bis c. 5).
Nella riforma, è proprio questa seconda impostazione ad aver prevalso e nella nuova "regola generale" del CCI, all'art.54, l'attuazione di misure protettive è configurabile già nella fase delle trattative ma deve essere oggetto di un'espressa richiesta formulata dal debitore ed è subordinata al sindacato dell'autorità giudiziaria. Essa è provvisoria e soggetta ad una durata massima di 12 mesi[3] ai sensi dell'art.8 CCI.
Proprio la necessità di un provvedimento del Tribunale per la conferma, revoca o modifica delle misure protettive comporta l'insorgenza di questioni di carattere procedurale e sostanziale di non poco conto.
Difatti, il procedimento[4] che si apre innanzi al Tribunale (anche in caso di CNC) per l'esame della domanda di misure protettive si caratterizza per tempi serrati e svolgimento di una vera e propria fase "istruttoria" gestita dal Giudice in contraddittorio con i creditori ed i soggetti interessati[5], acquisendo ove necessario i pareri tecnici dell'esperto nominato dalla CCIAA e di un ausiliario all'uopo nominato.
In tale procedimento, il Giudice è innanzi tutto chiamato a verificare la tempestività del ricorso e la completezza della documentazione depositata a corredo dello stesso. Se tali requisiti non sono rispettati, il Giudice dichiara la decadenza immediata delle misure protettive.
Se invece le condizioni di ammissibilità sono verificate, il Giudice è chiamato a svolgere una valutazione che rassomiglia quella riguardante la "fattibilità giuridica e/o economica" nel concordato preventivo, in merito alla quale dottrina e giurisprudenza si sono a lungo confrontate[6], e che è già oggetto di diverse interpretazioni.
Secondo un primo approccio c.d. "funzionalista", il Giudice dovrebbe verificare, eventualmente acquisendo un parere dell'esperto nominato dalla CCIAA, unicamente l'attitudine delle misure protettive a proteggere le trattive in corso evitando pregiudizi ingiustificati a carico dei creditori e dei terzi.
In tal senso, a titolo esemplificativo, si è espresso il Tribunale di Prato ritenendo che, nella CNC, la valutazione della sussistenza di concrete prospettive di risanamento spetterebbe all'esperto, mentre "*il giudice dovrebbe vagliare esclusivamente la sussistenza della disponibilità dei soggetti interessati ad intraprendere una trattativa*"[7].

UNGDCEC

preventivo" di A. Danovi, S. Giacomelli, P. Riva e G. Rodano (2018), e n.574 "Business continuity in times of distress: debt restructuring agreements and compositions with creditors in Italy" di A. Danovi, I. Donati, I. Forestieri, T. Orlando and A. Zorzi (2020).

3 GHIGNONE F., "Le misure protettive nel concordato preventivo tra legge fallimentare e nuovo codice della crisi", in Crisi&insolvenza, 2.12.2019.

4 BACCAGLINI L. e DE SANTIS F. "Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali" in Diritto della Crisi, 12.10.2021.

5 Nei primi provvedimenti emessi dai Tribunali si sono registrate posizioni differenti in merito alla definizione del concetto di "parte" utilizzato dal legislatore per indicare i soggetti cui deve essere notificato il ricorso per la conferma delle misure protettive, anche alla luce delle differenti impostazioni assunte in merito all'efficacia *erga omnes* delle misure protettiva. In estrema sintesi emerge che nel procedimento devono essere senza dubbio coinvolti l'esperto ed i creditori interessati dalle misure protettive. Alcuni Tribunali prevedono il coinvolgimento di tutti i creditori, altri solo quello dei "maggiori creditori".

6 BACCAGLINI L. e DE SANTIS F. op. cit.

7 Trib. Prato, 22 aprile 2022, est. Campana

Secondo l'alternativo approccio c.d. "teleologico", invece, il Tribunale dovrebbe verificare, oltre agli elementi di cui sopra, anche la concreta capacità delle misure protettive richieste di preservare il patrimonio del debitore, il danno concretamente subito dai creditori e dai terzi che si oppongono alle misure, le prospettive di successo delle trattive in corso nonché l'esistenza di "*una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento*"[8]. In tal senso si sono espressi i Tribunali di Milano (17.01.2022 e 8.03.2022), Bergamo (24.02.2022), Ferrara (21.03.2022), Rieti (2.04.2022), Padova (06.06.2022) e Catanzaro (21.06.2022).
Si sottolinea peraltro che il nuovo sistema processuale potrebbe caratterizzarsi per una certa vivacità, visto che potrebbero essere i creditori destinatari di un'inibitoria a dimostrare un pregiudizio irreparabile per la stabilità della propria impresa oppure l'insussistenza dei margini per il risanamento dell'impresa del debitore.
Ad ogni buon conto, in ultima analisi, l'effetto del nuovo apparato normativo dovrebbe essere quello di anticipare la verifica dell'idoneità dello strumento selezionato dall'imprenditore per giungere all'effettivo risanamento dell'impresa, cercando di porre rimedio all'abuso degli strumenti per la risoluzione della crisi che era stato osservato in particolare con riferimento al concordato preventivo in bianco[9] e di attuare un bilanciamento degli interessi contrapposti di debitore, creditori e terzi.

Il futuro di CNC e concordato preventivo tra misure protettive e possibilità di risanamento

In passato, tra gli strumenti risanatori, quello a cui le imprese hanno più fatto ricorso è senza dubbio il concordato preventivo, che, sia in forma liquidatoria che in continuità ma soprattutto nella sua versione prenotativa, annoverava tra le sue caratteristiche l'*automatic stay*.
L'avvento della CNC, combinato all'eliminazione dell'*automatic stay*, potrebbe però in futuro "oscurare" il concordato preventivo, così come rinnovato dal CCI.
Difatti, partendo dal presupposto di buona fede senza la quale scatterebbe l'inammissibilità a tali strumenti giuridici, il concordato preventivo, in assenza dell'*automatic stay* – a prescindere dal suo utilizzo congruo o abusivo –, perde irrimediabilmente *appeal* verso l'imprenditore che deve scegliere quale strumento di gestione della crisi utilizzare.
A parità di assenza di misure protettive automatiche, qualora le istanze di accesso alla CNC non siano state rifiutate o chiuse per assenza di prospettive di risanamento[10], la CNC, nuovo incubatore delle procedure di soluzione della crisi, lascia aperti più percorsi risanatori e, anche se all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle dell'art.23 c.1 CCI, consente notevoli agevolazioni tra cui l'accesso al concordato semplificato, nuovo strumento ibrido tra

8 Trib. Milano 17 gennaio 2022

9 In dottrina, sull'argomento, su tutti si segnala S. Pacchi - "L'abuso del diritto nel concordato preventivo", in Giustizia Civile - n.4/2015.

10 Dal report UnionCamere (agg.5.08.2022): in 27 casi sui 337 totali, le istanze sono state chiuse per assenza di prospettive di risanamento, condizione necessaria per l'accesso all'istituto.

concordato preventivo liquidatorio e fallimento[11].
Inoltre, volendo fare un ulteriore passo su questo cammino di analisi, ci si interroga sull'effettiva idoneità degli strumenti per la risoluzione della crisi di impresa, così come rinnovati nel CCI, a coltivare proficuamente le trattative con i creditori ed ottenere l'effettivo risanamento delle imprese che ne fanno ricorso.
A tal riguardo, giova infatti rammentare che le condizioni dell'impresa che accede(va) al concordato preventivo sono quelle – più gravi – in cui è più probabile che si verifichi un'insolvenza irreversibile[12], *ergo* parimenti quelle in cui è più probabile che gli *stakeholders* informati vogliano far valere i propri interessi creditori personali attraverso azioni individuali.
Tuttavia, l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., seppur meno utilizzato e privo dell'automatismo protettivo in fase di trattativa, si è rivelato in passato uno strumento di composizione della crisi con più probabilità di successo risanatorio rispetto al concordato preventivo, anche perché associato a stadi di crisi meno gravi[13].
Tale circostanza genera innanzi tutto una riflessione sul rapporto fra le misure protettive e la gestione delle trattative con i creditori: l'attivazione delle misure protettive automatiche consente effettivamente una conduzione meno oppressiva delle trattative in funzione della presentazione del piano oppure le trattative possono giungere a buon fine anche senza la concessione di misure protettive, soprattutto se l'imprenditore si attiva in stadi di crisi poco avanzati?
Ci si interroga pertanto sull'esistenza di una correlazione fra la concessione delle misure protettive ed il risanamento dell'impresa.
Appurato che le imprese che accedevano all'*automatic stay* erano, nei fatti, quelle che versavano nelle condizioni di più probabile insolvenza irreversibile, le imprese che richiedono misure protettive nella CNC[14] presentano la medesima criticità debitoria e di fatto sono quelle con minori possibilità di risanamento?
Si ricorda inoltre che la richiesta di misure protettive, secondo l'attuale orientamento prevalente del citato approccio c.d. "teleologico", "obbliga" il Tribunale a valutare, entrando nel merito delle singole casistiche, le concrete possibilità di risanamento anticipando l'esito delle trattative, di fatto influenzandole.
Restiamo in attesa dei futuri sviluppi per trovare risposte.

UNGDCEC

11 G. Miccolis, "La collocazione della composizione negoziata tra gli strumenti di soluzione negoziale della crisi d'impresa alla luce del D.L. 118/2021" in judicium.it del 07 marzo 2022: "*Questa variante di concordato preventivo, infatti, non ha natura negoziale. Nonostante il nome, esso è uno strumento molto più simile al fallimento di quanto lo sia all'odierno concordato preventivo liquidatorio*".

12 Senza entrare nel dibattito sulla possibilità o meno della reversibilità dello stato d'insolvenza, comunque orientato verso l'esistenza di tale possibilità a partire dalla Legge Delega n.155 del 19 ottobre 2017 e dalla relativa Relazione Illustrativa dove se ne fa riferimento espresso, si utilizza qui tale espressione al solo fine di fugare ogni dubbio sullo stato che si intende identificare.

13 Gli "Occasional Papers" della Banca d'Italia (op. cit., cfr nota 2) documentano una correlazione positiva tra probabilità di successo nel risanamento, continuità dell'attività d'impresa – anche nel concordato in continuità – e dimensioni dell'impresa.

14 Dal più recente report pubblicato periodicamente da Unioncamere (agg. 5.08.2022) emerge che a livello nazionale le istanze di accesso alla CNC presentate sono state n. 337 e che, di queste, ben 228 imprese - pari al 67,66% - hanno richiesto l'attivazione delle misure protettive ex art.18 CCI.

I principali adempimenti del curatore nella nuova liquidazione giudiziale

a cura di Federico Giotti - Consigliere di Giunta UNGDCEC
e Francesca Leccia

UNGDCEC

Tra le principali novità del D.Lgs 14/2019 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" o anche "C.C.I.") vi è, senza dubbio, la nuova procedura di "liquidazione giudiziale", che sostituisce la procedura fallimentare come l'abbiamo finora conosciuta. Nel prosieguo, senza pretesa di esaustività, daremo una prima panoramica dei principali adempimenti del Curatore.
Il **Curatore**, ai sensi dell'art. 125 C.C.I, è nominato dal Tribunale (art. 122) con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, osservati gli articoli 356 e 358, che disciplinano, rispettivamente, l'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria destinati a svolgere le funzioni di Curatore, Commissario Giudiziale o Liquidatore ed i requisiti richiesti per la nomina.
Richiamando e confermando in buona sostanza le previsioni della Legge Fallimentare (R.D. n. 267/1942), il Curatore ha l'amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale e compie tutte le operazioni sotto la vigilanza del Giudice Delegato e del Comitato dei creditori (art. 128 comma 1) e **deve svolgere personalmente le funzioni del proprio ufficio**, **sebbene gli sia concesso di delegare** (art. 129 comma 1), previa autorizzazione del Comitato dei creditori, alcune attività, ad esclusione di quelle indicate dagli articoli 198, 200, 203, 205 e 213, **o di farsi coadiuvare** (art. 129 comma 2) da tecnici e da altre persone, compreso il debitore e gli amministratore della società in liquidazione giudiziale.
Il Curatore, nel novero degli **adempimenti** che è chiamato a svolgere nell'esecuzione dell'incarico, deve rispettare i **termini** espressamente indicati nel Codice, che possono essere **fissi ovvero ancorati ad altri adempimenti/eventi**, salvo che, in entrambi i casi, non sia concessa, ove previstane la possibilità dalla norma, la proroga.
L'ordine degli adempimenti di seguito illustrati, pertanto, potrebbe, nei fatti, non essere cronologicamente rispettato, laddove gli adempimenti e/o gli eventi ad essi collegati vengano effettuati in momenti diversi (es. entro il termine massimo con-

cesso dalla norma o prorogato previa autorizzazione).
Pertanto, il Curatore dovrà:

1. **entro due giorni dalla comunicazione della nomina**, far pervenire in Cancelleria l'**accettazione** (art. 126 comma 1), in seguito alla quale riceverà le credenziali per accedere al domicilio digitale assegnato alla procedura dal Ministero della Giustizia;
2. **senza indugio,** informare il Pubblico Ministero dell'omesso deposito della documentazione di cui all'art. 49 comma 2 lett. c)[1], che la legge impone al debitore di effettuare entro tre giorni dalla sentenza con cui dichiara aperta la procedura (art. 130 comma 2);
3. **giorno per giorno**, annotare le operazioni compiute su un apposito **registro informatico** consultabile telematicamente dal Giudice Delegato e dai componenti del Comitato dei creditori. Su tale registro dovrà **mensilmente** apporre la propria firma digitale e la marca temporale (art. 136 comma 1);
4. **nell'immediato**, apporre i sigilli sui beni che si trovano presso la sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore (art. 193 comma 1);
5. **nel più breve termine possibile,** redigere l'inventario - rimossi (se apposti) i sigilli - secondo le norme del Codice di procedura civile, alla presenza, ovvero avvisati, il debitore ed il Comitato dei creditori (se nominato) e degli altri creditori eventualmente intervenuti, formando il processo verbale al quale vi dovrà allegare anche la relativa documentazione fotografica (art. 195 comma 1). Dei beni ne viene presa consegna man mano che è redatto l'inventario (art. 197 comma 1);
6. **senza indugio**, sulla base della documentazione in suo possesso o sulla base delle informazioni raccolte, comunicare a coloro che risultano essere creditori o titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore che possono partecipare al concorso (art. 200 comma 1);
7. **entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale,** presentare al Giudice Delegato una **informativa** sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti in ordine alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore o degli amministratori e degli organi di controllo (art. 130 comma 1);
8. **senza indugio,** informare il Pubblico Ministero se il debitore, entro trenta giorni dalla sentenza con cui è dichiarata aperta la procedura, non ottempera alla presentazione del bilancio dell'ultimo esercizio (art. 130 comma 2);
9. **entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e, in ogni caso, non oltre centocinquanta giorni dalla sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale** (art. 213 comma 1), predisporre il **pro-**

1 Bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, in formato digitale nei casi in cui la documentazione è tenuta a norma dell'articolo 2215-bis del codice civile, dei libri sociali, delle dichiarazioni dei redditi, IRAP e IVA dei tre esercizi precedenti, nonché dell'elenco dei creditori corredato dall'indicazione del loro domicilio digitale, se già non eseguito a norma dell'articolo 39.

gramma di liquidazione;

10. **almeno venti giorni prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo**[2], presenta al Tribunale l'**istanza per non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo, corredata da una relazione sulle prospettive di liquidazione**, se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ai creditori che abbiano presentato domanda di insinuazione, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili (art. 209 comma 1). Tale istanza può essere presentata anche se le condizioni di insufficiente realizzo emergano dopo l'udienza di verifica (art. 209 comma 2). Il decreto con cui il tribunale accoglie l'istanza del Curatore è trasmesso, a cura di quest'ultimo, a tutti i creditori che abbiano presentato la domanda di insinuazione che, nel termine di quindici giorni, possono presentare reclamo;
11. **almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo**, il **progetto di stato passivo,** depositato in Cancelleria e trasmette ai creditori e ai titolari di diritti sui beni, (art. 203 comma 2);
12. **immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività**, comunica a tutti i ricorrenti l'**esito del procedimento di accertamento del passivo,** informandoli del loro diritto di proporre opposizioni (art. 205 comma 1). A tale comunicazione vi allega anche una **sintetica esposizione delle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali** (art. 205 comma 2);
13. **entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 205** (art. 207), può (tra i vari soggetti legittimati) proporre impugnazione (art. 206 comma 3) o revocazione (art. 206 comma 5) del credito;
14. **entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo**, presenta al Giudice Delegato una **relazione particolareggiata** (art. 130 comma 4) in ordine al tempo e alle cause della crisi e dell'insolvenza del debitore, sulla sua diligenza nell'esercizio dell'impresa, sulla sua responsabilità o di altri, su quanto può interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale. Alla relazione allega l'ultimo bilancio, formato ai sensi dell'art. 198 comma 2, e il rendiconto di gestione di cui all'art. 2487 bis c.c. La relazione, inoltre, nel caso in cui debitore sia una società, ai sensi del comma 5, deve contenere i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori, degli organi di controllo, dei soci e degli eventuali estranei alla società; nel caso la società faccia parte di un gruppo, deve altresì evidenziare la natura dei rapporti con le altre società del gruppo, allegando le informazioni raccolte sulle rispettive responsabilità, evidenziando gli effetti dei rapporti economici e contrattuali tra esse. Ai sensi del successivo comma 6, il termine per la presentazione della relazione, nel caso in cui non si faccia luogo all'accertamento del passivo (art. 209), è prorogato a **non oltre centottanta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione;**
15. **entro quattro mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato**

2 Ai sensi dell'art. 49 comma 3 lett. d) C.C.I., l'udienza è fissata, perentoriamente, non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza o, in caso di particolare complessità della procedura, non oltre centocinquanta giorni.

passivo e, successivamente ogni sei mesi presenta al Giudice Delegato un **rapporto riepilogativo** che, ai sensi dell'art. 130 comma 9, deve evidenziare le attività svolte e le informazioni raccolte dopo le precedenti relazioni, allegando il conto della gestione e gli estratti conto (bancari e postali) della procedura relativi al periodo. Tale rapporto è trasmesso anche al Comitato dei creditori che, nei quindici giorni successivi, possono formulare osservazioni. Il Curatore, quindi, nei successivi quindici giorni, trasmette il rapporto e le eventuali osservazioni, omesse le parti secretate, al debitore, ai creditori e ai titolari dei diritti sui beni;

16. **ogni quattro mesi dalla data del decreto di esecutività dello stato passivo o nel diverso termine stabilito dal Giudice Delegato,** trasmette ai creditori un prospetto delle somme disponibili e, qualora l'entità del passivo consenta una ripartizione in misura apprezzabile, un progetto di ripartizione delle stesse, riservate quelle occorrenti per la procedura, (art. 220 comma 1);
17. **ogni semestre**, nel caso fosse disposto l'esercizio provvisorio, deve presentare il rendiconto, informando senza indugio il Giudice Delegato e il Comitato dei creditori di eventuali circostanze sopravvenute che possano influire sulla prosecuzione (art. 211 comma 6);
18. **entro otto mesi dall'apertura della procedura,** deve dar luogo al primo esperimento di vendita dei beni e iniziare le attività di recupero dei crediti, (art. 213 comma 5). Solo in casi eccezionali il termine può essere differito;
19. **entro dieci giorni dalla riscossione,** deve depositare sul conto corrente (bancario o postale) della procedura le **somme** che ha incamerato a qualunque titolo (art. 131 comma 1);
20. **entro tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e, comunque, non oltre cinque anni dal compimento dell'atto,** deve promuovere azioni revocatorie e di inefficacia, (art. 170 comma 1).

Se la disciplina della liquidazione giudiziale mutua, ovviamente, molto dalla norma previgente, è da osservare che vi sono alcune innovazioni significative riguardo le relazioni che il Curatore è chiamato a redigere: viene sistematizzata dall'art. 130 comma 1 quella che era la relazione sommaria (nella prassi chiamata anche "prerelazione") già prevista, come mera possibilità, dall'art. 33 comma 2 L.F., rendendola invece un adempimento obbligatorio da assolvere, come poc'anzi detto, entro trenta giorni dalla sentenza di apertura della procedura, allo scopo di fornire al Giudice Delegato gli elementi informativi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alle eventuali responsabilità. La spiegazione dell'obbligatorietà e dei termini (più brevi) di tale relazione sommaria è data dal fatto che, in seguito, i termini per la presentazione sia della relazione particolareggiata che delle successive semestrali (c.d. "periodiche") decorrono non più dal deposito della sentenza di apertura della procedura bensì dal decreto di esecutività dello stato passivo (atteso che, a norma dell'art. 49 comma 3 lett. d), l'udienza – o la prima udienza nel caso l'esame non si esaurisse in una unica giornata – è fissata entro 120 o, in caso di particolari procedure, 150 giorni dal deposito del decreto di apertura della liquidazione). Riguarda le relazioni periodiche, inoltre, un altro elemento di novi-

tà è costituito dall'obbligo di trasmissione anche al debitore, mentre viene meno l'obbligo di deposito presso il registro imprese.
Viene introdotto un altro adempimento gravoso, ovvero l'obbligo a carico del curatore - ove non provveda compiutamente il debitore, ipotesi che verosimilmente costituirà l'eccezione - di redazione del bilancio dell'ultimo esercizio *ex* art. 198 comma 2, anche qui entro trenta giorni dalla sentenza di apertura della procedura, bilancio che dovrà costituire uno degli allegati alla relazione particolareggiata da depositare entro sessanta giorni ai sensi dell'art. 130 comma 4.
Significative anche le novità in tema di programma di liquidazione e connessa attività liquidatoria, ora informata ad una maggiore rapidità, anche per effetto dell'obbligo di tenere il primo esperimento di vendita dei beni appresi entro otto mesi dall'apertura della procedura.
In generale si assiste quindi ad un aggravio di compiti per il Curatore, sia per effetto dei maggiori adempimenti che gli vengono demandati e del maggior formalismo della liquidazione rispetto al fallimento, sia soprattutto -per impulso anche delle direttive comunitarie - per la tempistica più ristretta per effettuarli. Vedremo nei prossimi anni se la scommessa del Legislatore sarà indovinata ma, inevitabilmente, tanta fretta rischia di mal conciliarsi con l'esigenza di garantire la qualità sinora assicurata dai professionisti nel ruolo di Curatori.

UNGDCEC

I poteri del curatore nella liquidazione giudiziale: nuovi adempimenti e funzioni introdotti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Marco Biolchini e Barbara Biotti
Commissione Nazionale di Studio UNGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza"

Il d.lgs. n. 14/2019 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", anche "CCII") è entrato ufficialmente in vigore, dopo una lunghissima *vacatio legis*, il 15 luglio 2022.
Il r.d. n. 267/1942, la "vecchia" legge fallimentare (anche "LF") continuerà invece a esplicare i suoi effetti per le sole procedure già pendenti alla data di entrata in vigore del nuovo codice e per quelle dichiarate a seguito di istanza presentata precedentemente, fino all'esaurimento delle stesse.
Oltre alle dibattute novelle in tema di anticipazione dell'emersione della crisi e di relativi strumenti regolatori, il nuovo codice, pur confermando la consolidata impostazione del ruolo del curatore nel procedimento di liquidazione giudiziale (che ha sostituito, anche sotto il profilo semantico, il previgente fallimento), ha introdotto anche alcune modifiche ai poteri e alle attribuzioni della curatela, che gli Autori ritengono utile passare in rassegna, ben consapevoli che spesso i giovani colleghi si avvicinano all'area concorsuale proprio con incarichi come curatori.
Si procederà quindi all'analisi delle principali novità del codice, analizzandole per aree di operatività del curatore, premettendo che talune introduzioni rappresentano meri adempimenti di carattere formale, che tuttavia si ritiene necessario portare all'attenzione dei fruitori dell'elaborato.

L'AVVIO DELLA PROCEDURA

Come nella previgente normativa, il curatore del CCII, nell'esercizio delle funzioni, è pubblico ufficiale (art. 127 CCII) ed è nominato con la sentenza che

apre la liquidazione giudiziale ai sensi degli artt. 49 e 125 CCII. I requisiti per la nomina a curatore sono integrati dalle disposizioni di cui agli artt. 356 e 358 CCII, vale a dire le nuove regole che costituiscono e regolano il c.d. Albo Unico Nazionale dei soggetti incaricati delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure previste nel codice, le quali recepiscono anche le nuove materie d'incompatibilità e ipotesi di conflitto d'interessi già introdotte con il d.lgs. n. 54/2018.
Ai sensi dell'art. 126 CCII l'accettazione è da effettuarsi entro i 2 giorni successivi alla nomina e consente di ricevere "*telematicamente le credenziali di accesso al domicilio digitale assegnato alla procedura dal Ministero della Giustizia*". Dal combinato disposto degli artt. 125, 356 e 358 CCI, si evince che i soggetti iscritti all'Albo di cui all'art. 356 CCII potranno ricevere e svolgere l'incarico di curatore su tutto il territorio nazionale o, meglio, presso ciascun tribunale.
Con la sentenza che apre la liquidazione giudiziale, il curatore sarà autorizzato automaticamente ad accedere alle principali banche dati contenenti informazioni rilevanti per l'esecuzione dell'incarico e ad acquisire documentazione presso gli istituti di credito (art. 40 CCII).
Nel caso siano pendenti contratti di lavoro dipendente, il curatore è onerato di comunicare l'intervenuta liquidazione giudiziale all'Ispettorato del lavoro competente, entro 30 giorni dalla nomina (art. 189 CCII).
Una rilevante novità si registra per quanto attiene la fase di inventariazione dei beni, che deve essere condotta personalmente dal curatore, senza più l'obbligo di intervento del cancelliere (art. 195 CCII).

LA GESTIONE DELLA PROCEDURA

Nell'ottica di semplificare e digitalizzare gli adempimenti delle procedure concorsuali, il nuovo codice introduce alcune novità anche in ambito di gestione della liquidazione giudiziale. Oltre alla previsione dell'area web per la notificazione degli atti dell'ufficio destinati al debitore (artt. 40 e 359 CCII), vengono infatti previste:

- la vidimazione con cadenza mensile, mediante apposizione di marca temporale, del libro giornale delle operazioni contabili della procedura (art. 136, co. 1, CCII);
- la completa digitalizzazione dei mandati di pagamento, che saranno trasmessi direttamente dalla cancelleria all'istituto di credito depositario delle somme (art. 131, co. 4, CCII).

Per quanto pregevoli in termini di contributo alla digitalizzazione degli adempimenti gestionali, le novità suddette potrebbero comportare alcune complicazioni nell'operatività. La necessità di vidimazione mensile del libro giornale, che certamente introdurrà un elemento di costante disamina dell'operato del curatore, comporterà nella fase iniziale un aumento dei costi e delle anticipazioni di cassa, quanto meno per quanto attiene all'acquisto delle marche temporali, in capo alla curatela.
La digitalizzazione dei mandati di pagamento e l'automaticità della trasmissione in banca, invece, costringeranno i curatori alla periodica e attenta verifica

della regolare e tempestiva comunicazione delle spese, specie per quelle connesse a scadenze di legge (si pensi, ad esempio, al versamento dell'IVA risultante dalla liquidazione periodica).

Significativa è anche la modifica del previgente art. 89 LF, confluito ora nell'art. 198 CCII, che sposta l'obbligatorietà di "presentazione" del bilancio dell'ultimo esercizio sul debitore, chiamato ad adempiere entro 30 giorni dall'apertura della procedura. In mancanza, dovrà tuttavia provvedere il curatore, informandone il pubblico ministero; non è indicata una scadenza esplicita per l'adempimento del curatore, ma si desume che lo stesso dovrà essere effettuato dopo il decorso del termine inizialmente riservato al debitore e prima del deposito della relazione particolareggiata, cui lo stesso deve essere allegato.
La modifica del testo precedentemente in vigore[1], con l'introduzione della locuzione "*presentare il bilancio*", a parere di chi scrive non introduce adempimenti di deposito presso il registro delle imprese, in quanto la relazione illustrativa al CCII riporta esplicitamente che la redazione del bilancio dell'ultimo esercizio è "*senza sostanziali modifiche rispetto all'art. 89 l.f.*[2]".

Di rilevante importanza, poi, è la previsione di cui all'art. 130 CCII relativa alla duplicazione della relazione del curatore sulle responsabilità e la diligenza del debitore (ovvero la precedente relazione *ex* art. 33, co. 1, LF). Il nuovo codice, infatti, istituisce il deposito di una relazione introduttiva, entro 30 giorni dalla data di apertura della procedura, contenente "*un'informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi informativi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società*".
Successivamente il curatore, nel termine di 60 giorni dalla data di esecutività dello stato passivo, dovrà depositare una relazione particolareggiata, contenente sostanzialmente le informazioni già previste dall'art. 33 LF, unitamente al bilancio dell'ultimo esercizio e al rendiconto di cui all'art. 2487-*bis* del codice civile.
Il differimento della relazione particolareggiata, che recepisce le virtuose prassi già in essere presso alcuni Tribunali, concorre certamente alla più completa illustrazione delle cause del dissesto e della responsabilità dei gestori, per l'analisi delle quali è necessaria la previa verifica della composizione del passivo della procedura.
Tuttavia il termine di 30 giorni disposto per il deposito della relazione "iniziale" appare estremamente contenuto e potenzialmente non coerente con le usuali tempistiche di svolgimento della procedura, che comportano la necessità di convocare e ascoltare il debitore, nonché vagliare la documentazione contabile alla luce delle affermazioni rilasciate. Si ritiene, quindi, che la relazione iniziale sulla responsabilità del debitore non potrà che avere carattere di sommarietà.
Desta invece numerose perplessità la nuova previsione sulle attribuzioni del curatore di cui all'art. 128 CCII, laddove si prevede che "*Il curatore può tutta-*

1 Si ricorda che l'art. 89, co. 2, LF prevedeva che il curatore dovesse "*redigere il bilancio dell'ultimo esercizio*", spesso con finalità prettamente interne alla procedura.

2 Relazione illustrativa al d.lgs. n. 14/2019, commento all'art. 198.

via assumere la veste di difensore, se in possesso della necessaria qualifica nei giudizi avanti al giudice tributario quando ciò è funzionale ad un risparmio per la massa". Secondo la relazione illustrativa, tale circostanza è giustificata dal fatto che "*si tratta di giudizi per i quali è importante una compiuta conoscenza della situazione contabile e delle vicende economiche dell'impresa*[3]".

La motivazione di tale scelta convince solo parzialmente, in quanto per il corretto esercizio delle funzioni di difensore tributario è richiesta, in primo luogo, una specifica conoscenza del relativo contenzioso e della processualistica, che costituisce una specifica area di specializzazione della professione.

La previsione in parola, peraltro, porterebbe al paradosso per cui un curatore (avvocato) dovrebbe rivolgersi a un legale per un recupero crediti di poche migliaia di euro, ma potrebbe ben assumere la difesa della procedura in un contenzioso tributario di rilevante entità, tale da modificare sensibilmente lo stato passivo.

La norma, inoltre, appare non coerente con la disciplina del compenso unitario del curatore di cui all'art. 137 CCII, non stabilendo alcun compenso ulteriore in caso di esercizio delle funzioni di difensore tributario. Un compenso specifico, però, dovrebbe essere previsto (o quanto meno un parametro per l'aumento del compenso finale), perché altrimenti si verificherebbe *in re ipsa* la condizione di convenienza economica per la massa e non potrebbe avere luogo alcuna valutazione discrezionale.

A parere di chi scrive, il curatore dovrà sempre attentamente vagliare le proprie capacità di difesa in sede di contenzioso tributario, al fine di non incorrere in responsabilità. In assenza di specifiche previsioni dei Tribunali, tuttavia, lo stesso si troverà di frequente di fronte al dubbio sul corretto modo di operare.

LA FORMAZIONE DEL PASSIVO

La formazione dello stato passivo nella liquidazione giudiziale si rinviene negli artt. 200 e segg. CCII ed è ritagliata sostanzialmente su quanto già previsto dalla legge fallimentare agli artt. 92 e segg. Con alcune eccezioni:

- l'art. 206, co. 4, CCII consente espressamente l'impugnazione incidentale, anche tardiva, ovvero decorso il termine di cui all'art. 207, co. 1, con integrazione del contradditorio secondo quanto previsto dal Tribunale (art. 207, co. 8, CCII);
- l'art. 207, al comma 10, regola espressamente gli effetti della mancata comparizione delle parti alla prima udienza, prevedendo l'estinzione del giudizio di opposizione o di impugnazione mediante il richiamo dell'art. 309 c.p.c.;
- sempre al comma 10 dell'art. 207, viene stabilita la partecipazione del curatore, anche se non costituito, all'udienza di comparizione, per informare le altre parti e il giudice in ordine allo stato della procedura e alle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori.

Infine, viene dettata una nuova disciplina delle domande tardive attraverso la riduzione del termine per la relativa presentazione, che da 12 mesi passa a 6

3 Relazione illustrativa al d.lgs. n. 14/2019, commento all'art. 128.

mesi, prorogabili fino a 12 (anziché 18), a far data dal deposito del decreto di esecuzione dello stato passivo (art. 208 CCII).

LA LIQUIDAZIONE E IL RIPARTO DELL'ATTIVO

Sul fronte della liquidazione dell'attivo, il CCII introduce una più analitica descrizione del contenuto e delle tempistiche per la redazione del programma di liquidazione, connotata, in linea generale, da una contrazione dei termini della normativa precedente[4].
Sul fronte della liquidazione dei beni (art. 216 CCII), si segnala che il codice stabilisce che per i beni immobili il curatore debba effettuare almeno 3 esperimenti di vendita all'anno, con previsione di maggiori ribassi dopo il terzo esperimento andato deserto.
Di rilevante portata è l'esplicitazione del potere del giudice delegato di ordinare la liberazione degli immobili occupati senza titolo opponibile. Viene così superata la *vexata quaestio* sull'applicabilità al fallimento delle norme di cui all'art. 560 c.p.c., che secondo taluni poteva essere riconosciuta solo nel caso in cui il curatore avesse optato per la vendita secondo le norme del codice di procedura civile.
Tra le principali novità in sede di liquidazione dell'attivo, si segnala anche la modifica – con parziale estensione – dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie, con il periodo sospetto che dovrà essere verificato dal curatore a decorrere dalla data di deposito della domanda di liquidazione giudiziale e non più dalla sentenza dichiarativa (artt. 163 e segg. CCII).
In caso di liquidazione giudiziale di un gruppo di società, il curatore dovrà indicare, nel programma di liquidazione, le modalità di coordinamento della liquidazione degli attivi delle diverse procedure (art. 287 CCII).

Con riferimento alla ripartizione dell'attivo, il curatore sarà onerato della trasmissione ai creditori, ogni 4 mesi e indipendentemente dall'esecuzione di riparti parziale, di un prospetto delle somme disponibili (art. 220, co. 1, CCII).
Aderendo alle buone prassi delle curatele fallimentare, viene inoltre ulteriormente esplicitata l'entità degli accantonamenti da effettuare in caso di ripartizioni parziali, da calibrarsi in modo da poter consentire la copertura dei prevedibili oneri in prededuzione, tra cui il compenso del curatore (art. 227 CCII).

LA CHIUSURA DELLA PROCEDURA

Per quanto riguarda la fase di chiusura della procedura, si conferma la possibilità di richiedere la chiusura in presenza di giudizi pendenti, rispetto ai quali il curatore mantiene la legittimazione processuale (art. 234 CCII). In questo caso, tuttavia, il curatore non dovrà procedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese.

4 Il programma di liquidazione dovrà essere depositato **entro centocinquanta giorni** dall'apertura della procedura, indipendentemente dalla redazione dell'inventario (art. 213, co. 1, CCII). Il primo esperimento di vendita dei beni deve tenersi **entro otto mesi** dall'apertura della procedura (art. 213, co. 5, CCII) e il mancato rispetto del predetto termine senza giustificato motivo è causa di revoca del curatore.

Inoltre, al momento della presentazione dell'istanza di chiusura, il curatore è tenuto al deposito di un rapporto riepilogativo finale, redatto con gli standard delle relazioni periodiche (art. 135 CCII), nel quale dovrà presumibilmente illustrare le attività di riparto e chiusura del conto corrente compiute dopo l'approvazione del progetto di riparto finale.
Infine, si rappresenta che il CCII introduce nuovi poteri di vigilanza del curatore nel caso di revoca della sentenza di liquidazione giudiziale (art. 53 CCII) e di convocazione delle assemblee societarie, per la ripresa dell'attività, nel caso di chiusura per assenza di domande o a seguito di integrale soddisfacimento dei creditori (art. 233 CCII).

UNGDCEC

La transazione fiscale e contributiva con i creditori pubblici: excursus e lineamenti normativi

Anthony Spataro
Presidente Commissione UNGDCEC Diritto della crisi e dell'insolvenza

Incoronata Montemarano
Componente della Commissione UNGDCEC Diritto della crisi e dell'insolvenza

L'istituto della transazione fiscale è stato introdotto nell'ordinamento allo scopo di consentire all'Amministrazione finanziaria di **recuperare i crediti tributari e previdenziali** vantati verso imprese che versano in uno stato di crisi ("*o di insolvenza*", come modificato nell'attuale Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza), per gli importi, nelle forme e con le modalità che più efficacemente ne assicurano il **miglior soddisfacimento rispetto alle alternative** possibili; attraverso di esso viene inoltre perseguito l'obiettivo di scongiurare la disgregazione del valore dell'impresa debitrice e l'impoverimento degli *stakeholder* della stessa, evitando, così, che ne derivino ulteriori oneri a carico della collettività, sotto forma di minori entrate future a titolo di imposte e di maggiori spese sociali.
La transazione fiscale è stata introdotta con il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che ha modificato la Legge Fallimentare inserendo l'art. 182 ter, in un primo momento limitato al solo concordato preventivo e, successivamente, esteso agli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ai sensi dell'art. 182 bis l.f. (D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169). La versione originaria dell'art. 182 ter l.f. escludeva la possibilità di includere nell'accordo anche i tributi costituenti risorse dell'Unione Europea, con particolare riferimento all'Iva e alle ritenute alla fonte operate e non versate.
Il legislatore italiano del 2016 (si segnala sul tema la particolare rilevanza della sentenza della Corte di Giustizia UE n. C-546/14 del 07.04.2016), ha riformulato il testo della norma escludendovi il divieto di falcidia dell'Iva, delle ritenute alla fonte e dei tributi che sono considerati risorse proprie dell'UE.

La transazione fiscale e contributiva costituisce una c.d. "procedura speciale" attraverso il quale l'imprenditore in crisi può predisporre una proposta di accordo nei confronti dei creditori pubblici (*rectius* Agenzia delle Entrate, INPS e INAIL) che preveda modalità di pagamento dilazionato e/o parziale dei tributi, anche mediante eventuali garanzie.
La *ratio* dell'istituto è quella di consentire il recupero dei crediti tributari, previdenziali e assicurativi contemperando l'esigenza di evitare, nei limiti del possibile, la disgregazione dell'organizzazione produttiva dell'impresa debitrice (del c.d. "valore d'azienda") e la perdita dei posti di lavoro, e assicurando necessariamente il miglior soddisfacimento delle aspettative creditorie nell'ambito della procedura di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione del debito (rimanendo quindi escluso dalle soluzioni negoziali il piano attestato di risanamento)
Durante la fase emergenziale il legislatore (art. 3, comma 1 bis della legge 159 del 27 novembre 2020, di conversione del D.l. 7 ottobre 2020, n. 125) ha anticipato l'entrata in vigore delle disposizioni relative alla transazione fiscale e contributiva introdotte dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in attuazione della "*Direttiva Insolvency*" (Direttiva UE 2019/1023).
La novità introdotta è rappresentata principalmente dal potere attribuito al Tribunale di omologare il concordato preventivo anche in "mancanza di voto", c.d. "**omologazione forzosa**", da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali e assistenziali il c.d. *cram down* (art. 180, comma 4, l.f.).
Questo è possibile quando l'adesione del creditore pubblico sia *i)* determinante per il raggiungimento delle maggioranze dei creditori previste per l'approvazione del concordato (già art. 177 l.f. – ora art. 112 CCII) e *ii)*, anche sulla base della relazione dell'attestatore, la proposta di soddisfacimento sia per il Fisco più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.
Analogamente tale meccanismo è stato previsto per gli accordi di ristrutturazione dei debiti (già art. 182 bis l.f. – ora art. 57 CCII), con riferimento ai quali è prevista la possibilità dell'omologazione forzosa qualora l'adesione sia *i)* decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti, necessaria ai fini della conclusione dell'accordo (già art. 182 bis l.f. – ora art. 57 CCII), e *ii)* sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.
Il fattore che suscita più interesse è senza dubbio rappresentato dall'introduzione della locuzione "in mancanza" riferita al voto per il concordato e all'adesione per gli accordi di ristrutturazione che può essere interpretata come inerzia del creditore pubblico (l'Amministrazione finanziaria o l'ente di previdenza), oppure come un'espressa manifestazione negativa nei confronti della proposta avanzata dal debitore.
Sul punto, nel tempo si sono delineati tre indirizzi:

- uno "**restrittivo**" in base al quale si attribuisce al giudice il potere-dovere di omologare l'accordo (c.d. "*cram down*") soltanto laddove non vi sia alcuna espressione di voto o adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria;
- uno "**estensivo**", che attribuisce il potere di "*cram down*" anche in caso di voto negativo o di rigetto;

- uno "**intermedio**", in base al quale il Tribunale ha il potere di omologa in caso sia di mancata pronuncia, che di rigetto con riferimento al solo accordo di ristrutturazione, ma non per il concordato. Come anticipato, secondo la preferibile tesi estensiva, la norma trova, quindi, applicazione nell'ipotesi in cui il Fisco – o gli enti previdenziali – non si pronuncino sulla proposta ricevuta, ma anche qualora essi esprimano un formale diniego.

Del resto, l'espressione "anche in mancanza di voto/adesione" suggerisce **l'insussistenza del voto** quale risultato di **una condotta** e **non la mancanza della condotta** medesima, costituita dall'espressione del voto.
Contrariamente, prevedere la possibilità di un "*cram down*" soltanto nell'ipotesi di una mancata espressione del voto o dell'adesione, comporterebbe il **depotenziamento di un istituto** quale l'accordo di ristrutturazione che, invece, ha una caratterizzazione decisamente negoziale rispetto al concordato preventivo. In quest'ultimo caso, infatti, la mancata espressione di un voto equivale al diniego espresso, con la conseguenza che, a prescindere dall'interpretazione scelta, il risultato sarebbe il medesimo. Invece, l'accordo di ristrutturazione può essere concluso soltanto in caso di accettazione da parte del creditore della proposta formulata dal debitore.

La funzione del *cram down* è quella di conseguire il "preminente interesse concorsuale", supportata dalla relazione del professionista attestatore – rispetto all'alternativa liquidatoria ed in contrasto con il principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.).
Occorre poi chiedersi entro quale termine l'Amministrazione finanziaria debba esprimere la propria decisione e decorso il quale il Tribunale potrà procedere all'omologazione della transazione "anche in mancanza di adesione".
Esiste una distinzione tra la norma della legge fallimentare e quella introdotta dal codice della crisi; in quest'ultimo caso è espressamente previsto (art. 63, comma 2 CCII) un termine **di novanta giorni** che decorre dal deposito della proposta di transazione, mentre una disposizione del medesimo tenore non compare nella legge fallimentare.
La lacuna è stata, infatti, colmata con il D.l. 24 agosto 2021, che, all'art. 20 modifica il comma 4 dell'art. 182 bis l.f. introducendovi una disposizione a mente della quale l'adesione del Fisco e degli enti previdenziali alla proposta di transazione formulata nell'ambito di un accordo di ristrutturazione deve intervenire **entro novanta giorni** dal deposito della relativa domanda.
Da ciò deriva che, inutilmente trascorso tale termine, il Tribunale potrà omologare "forzosamente" la transazione e che, nel caso in cui il Fisco e gli enti comunichino successivamente a tale termine il loro rigetto, quest'ultimo è da considerarsi tardivo e quindi come se non esistesse ("*tamquam non esset*").
Un ulteriore fondamentale aspetto riguarda il fatto che il parere dell'Amministrazione finanziaria debba "***essere motivato, a pena di invalidità***", e pertanto l'atto amministrativo dovrà indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a base dell'atto stesso, sulla base delle risultanze dell'istruttoria (enfasi aggiunte, cfr. Tribunale di Milano, decreto n. 1/2021 R.G. del 3 giugno 2021(A. Paluchowski, Presidente; G. Pascale, Giudice; L. Vasile, Giudice relatore). A tale

proposito, anche l'Agenzia delle Entrate, per mezzo della circolare n. 24/2020 della Divisione Contribuenti, ha fornito precise disposizioni alle proprie direzioni provinciali e regionali, al fine di motivare puntualmente ed adeguatamente i provvedimenti di rigetto delle proposte di transazione fiscale.
Infine si ritiene che il più importante e complesso dei presupposti di approvazione della proposta di transazione fiscale sia costituito dalla convenienza (tanto qualitativa quanto quantitativa) della stessa per l'Erario, la quale si determina dal confronto tra l'ammontare del soddisfacimento offerto al Fisco e quello che questi riceverebbe in alternativa, a seguito della liquidazione dell'impresa debitrice. L'indicazione quantitativa e qualitativa del soddisfacimento discendente dalla liquidazione, infatti, richiede, a sua volta, la valutazione del valore del patrimonio del debitore realizzabile in tale ipotesi e quindi l'individuazione dei criteri di ripartizione dello stesso fra i creditori (tra i quali l'Amministrazione finanziaria).
Le modifiche normative relative la transazione fiscale e contributiva con i creditori pubblici sono state un tentativo di risposta alla rigidità che avevano caratterizzato tale l'istituto e che ne impedivano l'utilizzo talvolta anche in circostanze "meritevoli". In particolare, tali rigidità venivano principalmente individuate nelle lunghe tempistiche con le quali l'amministrazione finanziaria e gli enti previdenziali davano riscontro alle proposte di ristrutturazione dei debiti fiscali e previdenziali presentate dalle società debitrici. I precedenti pareri negativi dell'Amministrazione alle proposte di ristrutturazione dei debiti hanno pregiudicato non solo gli interessi dell'amministrazione, ma anche quelli di tutti i creditori (dell'Economia pubblica in genere). La novella normativa prevista per l'istituto in questione dal Codice della Crisi d'Impresa (sostanzialmente "anticipata" con l'entrata in vigore della l. n. 159/2020) sembra realizzare, perlomeno nelle intenzioni, un meritevole equilibrio tra gli interessi dell'Amministrazione, quelli del debitore e degli altri creditori.
Sebbene l'intervento del legislatore sia senza dubbio da ritenersi complessivamente positivo, in quanto risolutore di non poche problematiche riscontrate nel passato, rimangono ancora "aperte" alcune possibili interpretazioni "estreme" che potrebbero portare o ad una disapplicazione dell'istituto, oppure anche ad una applicazione incurante dei vincoli normativi che il legislatore aveva in mente.
A tal riguardo, occorre osservare che vi è spazio per un'interpretazione ed un'applicazione della norma che assicuri un ragionevole equilibrio tra le contrapposte esigenze, talvolta contrastanti tra di loro, rispetto alle diverse indicazioni rese della dottrina specializzata, che ha come finalità primaria l'esigenza di salvaguardare la continuità aziendale, i livelli occupazionali e la possibilità di recuperare gettito fiscale.
In effetti, la giurisprudenza consolidata e l'Agenzia delle Entrate (con la circolare n. 16/201821 e soprattutto con la prassi di taluni uffici) hanno evidenziato che il soddisfacimento del Fisco deve essere più conveniente rispetto a quello derivante dalla liquidazione giudiziale. L'Amministrazione finanziaria ha infatti sempre ritenuto che la sussistenza di tale convenienza non fosse di per sé

sufficiente per approvare le proposte di transazione fiscale e ha, generalmente rigettato, quelle proposte che, pur essendo oggettivamente più vantaggiose rispetto qualsiasi altra soluzione, prevedevano un soddisfacimento inferiore a determinate soglie, peraltro prive di fonte normativa.
In conclusione, si potrebbe immaginare di predisporre delle "*best practises*" condivise dai medesimi operatori, con l'obiettivo, quantomeno, di prevenire eventuali conteziosi e individuare i metodi di valutazione degli *asset* da operare per rilevare correttamente l'alternativa liquidatoria senza perdere di vista quello che è il fine ultimo dell'istituto della transazione fiscale, ovvero la possibilità per un'impresa in stato di crisi o insolvenza, di proporre un pagamento parziale o dilazionato dei propri debiti tributari e contributivi.

Il PRO: segnali per una possibile nuova stagione di risoluzioni delle crisi in continuità aziendale

Enrico Lombardo - Consigliere di Giunta UNGDCEC

UNGDCEC

Dalla dottrina, ma anche dal noto parere del Consiglio di Stato del 13 maggio 2022, il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione di cui al Capo I-bis del Titolo IV del CCII – ormai rinominato fra gli addetti ai lavori PRO – ha ricevuto pungenti critiche circa la "dignità" giuridica dello strumento, per ciò che attiene al rispetto di alcuni principi cardine dell'ordinamento nazionale (spingendosi taluni autori a paventarne profili di incostituzionalità per eccesso di delega), nonché sulla coerenza del PRO con la stessa normativa comunitaria (Direttiva UE 2019/1023), il cui recepimento da parte del Legislatore avrebbe dovuto legittimarne le importanti deroghe ai predetti principi cardine dell'ordinamento interno. Ci si riferisce in primo luogo, ovviamente, alla possibilità di distribuire il valore generato dal piano di ristrutturazione anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione.
Tuttavia, lo scopo del presente saggio non è quello di fornire un ulteriore contributo all'interessante, ma particolarmente complesso, dibattito giuridico in corso – al quale, con maggiore autorevolezza, partecipano già i massimi esperti della materia concorsuale – bensì *de iure còndito*, poiché il CCII dopo un percorso lungo e travagliato adesso è davvero in vigore, provare a valorizzare il contenuto del nuovo strumento effettuando un importante sforzo di cambiamento della prospettiva e ponendo gli strumenti di risoluzione della crisi a servizio di quest'ultima e non viceversa. Troppo spesso, infatti, il dibattito si è incentrato sulla possibilità dell'applicazione di specifiche norme ai singoli strumenti – PRO, accordi o concordati preventivi – e molto meno sulla adeguatezza dello strumento a favorire la risoluzione delle crisi, che non sono tutte uguali esattamente come diverse sono oggi le procedure attivabili dall'imprenditore/

debitore, ed alle quali si aggiunge anche l'ormai nota composizione negoziata della crisi (CNC) che procedura concorsuale non è nonostante l'intervento del Tribunale per specifici aspetti.
Per comprendere se il PRO potrà trovare una sua ragion d'essere nel panorama degli strumenti di regolazione della crisi occorrerà, anzitutto, studiare la tipologia di crisi che si è stati chiamati ad affrontare e, possibilmente, provare a risolvere. Fatto tale primo imprescindibile esame, occorrerà altresì analizzare la composizione del ceto creditorio in termini di concentrazione del debito in numero di creditori, esistenza di diritti di prelazione e disponibilità dei creditori a supportare l'imprenditore nel percorso di risanamento da avviare.
Le risposte a queste prime due domande, tipologia di crisi e composizione del debito, consentiranno di sapere se il PRO potrà essere lo strumento adatto da attivare o meno. L'analisi volta a valutare se, una volta introdotto il PRO, tutte le tipologie di crisi potranno o meno essere affrontate con il nuovo strumento, a parere di chi scrive, rappresenta un mero esercizio di tecnica giuridica il quale difficilmente potrà condurre a proficue applicazioni concrete utili al superamento della crisi.

Un esempio su tutti può essere utile a comprendere il predetto concetto. A distanza di pochi giorni dall'entrata in vigore del D.Lgs. 83/2022 si discute della possibilità che il PRO possa essere attivato nelle sole ipotesi di prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività d'impresa, oppure utilizzarsi pure in ambito liquidatorio. Tuttavia, la risposta a tale importante incertezza giuridica che il Legislatore o la giurisprudenza nel tempo saranno chiamati a dirimere, difficilmente condurrà ad un ampliamento dell'utilizzo del PRO in scenari liquidatori - ove questa tesi prevalga - considerato che, in siffatti scenari, non si comprende come i vantaggi del nuovo strumento possano tornare a beneficio dell'impresa in crisi. Infatti, in primo luogo, la possibilità di distribuire l'attivo in deroga agli articoli 2740 e 2741 troverebbe nello stesso PRO un limite invalicabile nella soddisfazione dei crediti in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (ragione per la quale il CCII prevede l'opposizione del singolo creditore dissenziente ai sensi del comma 8 dell'art.64-bis). È di tutta evidenza che un PRO di natura liquidatoria potrebbe offrire ai creditori un attivo sostanzialmente identico a quello ricavabile in ipotesi di liquidazione giudiziale, sterilizzando sostanzialmente nel piano qualsiasi spazio di manovra offerto all'imprenditore dalle citate deroghe. Ad analoga conclusione si perviene per la possibilità di derogare alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, considerato che nell'eventuale liquidazione giudiziale delle cause di prelazione comunque occorrerà tenere conto obbligando il debitore ad offrire quel soddisfo minimo al creditore.
Unico vantaggio del PRO, peraltro non trascurabile e già sostenuto in dottrina, rispetto ad un normale concordato preventivo liquidatorio potrebbe rinvenirsi nel mancato richiamo – fra gli articoli applicabili, in quanto compatibili – dell'art.84, comma 4, afferente i vincoli di: i) apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile e ii) soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza

in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo. Va da sé che ove il PRO potesse ulteriormente "derogare" anche ai predetti vincoli, quale contro bilanciamento alla regola della unanimità nel voto delle classi, anche in scenari liquidatori lo strumento potrebbe trovare una non marginale applicazione. In caso contrario, tuttavia, il concordato preventivo liquidatorio tornerebbe maggiormente vantaggioso rispetto al PRO, fosse solo per le diverse maggioranze richieste per l'omologa del piano di ristrutturazione.
Conclusa la superiore digressione afferente agli scenari liquidatori, si ritiene comunque che il PRO possa assolvere al meglio la sua funzione negli alternativi scenari di continuità. Infatti, avendo acquisito le predette informazioni circa la possibilità di superare lo stato di crisi e, in ipotesi più complesse, quello di insolvenza nonché avendo esaminato la composizione del ceto creditorio, uno strumento "agile" come il PRO potrebbe condurre a risultati particolarmente vantaggiosi per il debitore e per il creditore.
In questo breve saggio non appare possibile trattare tutti i possibili vantaggi del PRO e si cercherà di enunciare i principali lasciando al lettore ogni opportuno approfondimento.

Per quanto sinora descritto il PRO si colloca certamente in una posizione intermedia fra il concordato preventivo e, come già osservato in dottrina, l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa, con elementi comuni anche alla CNC.
La collocazione intermedia dello strumento, chiaramente più adiacente al concordato preventivo, si desume dallo sforzo del Legislatore di far convivere gli elementi di flessibilità nella gestione della procedura, specie nella conduzione dell'impresa e distribuzione dell'attivo, con quelli di controllo giudiziale che, seppur affievoliti, esistono unitamente alla stabilità degli effetti giuridici conseguenti all'omologa.
Tralasciando gli aspetti legati ai presupposti soggetti ed oggetti di accesso alla procedura, oltre alla possibilità di richiedere il termine di cui all'art.44, comma 1, lett. a), per l'ammissione al PRO è richiesto soltanto che il Tribunale valuti la "mera ritualità della proposta" e verifichi "la correttezza dei criteri di formazione delle classi", la cui formazione è obbligatoria nella nuova procedura.
In aggiunta a questo percorso "agevolato" per l'ammissione, nel corso della procedura l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, potendo quindi compiere qualsiasi atto senza la preventiva autorizzazione del Tribunale. L'imprenditore ha il solo obbligo di informare preventivamente per iscritto il Commissario giudiziale del compimento dei soli atti di straordinaria amministrazione e dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto al piano di ristrutturazione, senza precisare la norma se riferito ai soli debiti pregressi o a tutti i pagamenti. Se da un lato tale "libertà" nella gestione aiuta certamente a superare le rigidità tipiche dei concordati preventivi, la stessa non potrà mai sfociare in arbitrarietà o comportamenti fraudolenti considerato che il Commissario giudiziale può comunicare all'imprenditore, ed all'organo di controllo, il proprio dissenso in quanto ritenga che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, ovvero non sia coerente rispetto al "Piano". Qualora l'imprenditore compia ugualmente l'atto, il Commissario

giudiziale informerà immediatamente il Tribunale ai fini della possibile attivazione della procedura di liquidazione giudiziale per atti in frode ai creditori. Si sottolinea che, dando così stabilità ai rapporti giuridici fra le parti, gli atti compiuti dall'imprenditore conservano comunque validità ed opponibilità ai terzi anche se caratterizzati dalla straordinarietà e anche se comportanti la effettuazione di pagamenti.
Inoltre, così come nelle procedure maggiori, il PRO beneficia della possibilità di mettere al riparo il patrimonio aziendale dalle aggressioni dei creditori, potendo il Tribunale disporre le misure cautelari e protettive e non potendo i creditori acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia stata l'autorizzazione del Giudice. Inoltre, è riconosciuta la prededucibilità dei crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore e l'esenzione da revocatoria (fallimentare e ordinaria) per gli atti posti in essere in esecuzione del PRO.
Molto interessanti sono altresì le opportunità offerte dal PRO in tema di contratti di finanziamento pendenti e nuovi finanziamenti, argomento spesso vitale nella predisposizione di un piano di ristrutturazione del debito.

Quanto ai primi, il mantenimento della gestione ordinaria e straordinaria in capo all'imprenditore legittima la prosecuzione dei contratti di finanziamento in corso, anche quando produttivi di passività o quando caratterizzati da straordinarietà.
Per le medesime ragioni, l'imprenditore è libero di accendere nuovi finanziamenti, effettuare i relativi pagamenti e chiederne anche la prededucibilità con apposita istanza al Giudice per l'autorizzazione.
Regole analoghe valgono per i finanziamenti effettuati dai soci i quali, in caso di parere negativo del Commissario a contrarre il debito, saranno comunque validi ed opponibili seppur non prededucibili e comunque postergati.
Altro aspetto di cui tenere conto, che forse può consentire di valorizzare al meglio le deroghe agli articoli 2740 e 2741 c.c. e alle cause legittime di prelazione, consiste nella possibilità – di fatto – di derogare anche al principio della priorità relativa (*relative priority rule*) recentemente introdotto dal CCII per i soli concordati in continuità. Ovvero, rispetto ad un PRO capace di generare nuovi flussi di cassa – e quindi attivo – derivanti da un virtuoso processo di risanamento, l'imprenditore dovrà formulare una proposta ai creditori che deve tenere conto del solo vincolo (prima citato) della soddisfazione dei crediti in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale e non anche, come previsto dal non richiamato art.84 comma 6, un trattamento almeno pari a quello delle classi di creditori dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.
Ecco dove sta, a parere di chi scrive, la vera e auspicata libertà concessa all'imprenditore e la differenza significativa, in termini di possibilità di incontrare il consenso unanime dei creditori, con le altre procedure. Se l'imprenditore con il Piano in continuità sarà in grado di generare nuove risorse, eccedenti quelle ricavabili dalla liquidazione dell'azienda, rispettando il requisito minimo di soddisfo previsto per legge (attivo derivante dalla liquidazione giudiziale)

potrà destinare la differenza ad altre classi di creditori, anche derogando alle legittime cause di prelazione. La sorte del creditore dissenziente è disciplinata dall'art.64-bis, comma 8, che prevede comunque l'omologa del PRO se rispettato il predetto requisito minimo di soddisfo.
Se invece dovesse essere una intera classe a votare contro l'omologa, la possibilità di conversione del PRO in concordato preventivo prevista dall'art.64-quater, consente di far rivivere l'art. 112 e tentare l'omologa del piano di ristrutturazione a maggioranza nel rispetto dei vincoli imposti dal predetto articolo.
Le ultime due riflessioni vengono dedicate alla possibilità nel PRO di falcidiare i creditori privilegiati e, inevitabilmente, alla collegata possibilità di avanzare la proposta di transazione fiscale e previdenziale.
Quanto al primo aspetto, l'espunzione dal testo definitivo del D.Lgs 83/2022 del richiamo all'applicabilità dell'art.84 comma 5 nel PRO potrebbe destare qualche perplessità. In realtà, come già sostenuto da autorevole dottrina, i privilegiati dovrebbero poter essere soddisfatti anche in misura non integrale. Ciò si desume sia da quanto già detto in merito all'art.64-bis comma 8, circa il livello minimo di soddisfo da garantire ai creditori affinché questi non si oppongano all'omologa, che dalle previsioni di cui al precedente comma 7 in tema di voto. Infatti, quest'ultimo comma prevede che i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Pertanto, la previsione dell'esclusione di taluni creditori dal voto, se soddisfatti in maniera piena, fa sì indirettamente che sia ammesso il caso contrario di creditori prelatizi ammessi al voto in quanto soddisfatti in maniera inferiore. Di contro, immaginare l'impossibilità della falcidia dei privilegiati, comporterebbe il paradosso di dovere garantire un pagamento anche superiore al presumibile realizzo in ipotesi di liquidazione giudiziale.
Tali argomentazioni, tuttavia, non appaiono sufficienti ad ammettere anche la possibilità di falcidiare i crediti erariali e previdenziali. Infatti, dato il mancato richiamo nel PRO dell'art.88 e le regole speciali previste per la dilazione del pagamento o la falcidia di tali crediti, in assenza di altri istituti previsti dall'ordinamento per la ristrutturazione di tali debiti, v'è da concludere che gli stessi debbano essere soddisfatti integralmente. Questo rappresenta un limite del nuovo strumento al quale probabilmente il Legislatore dovrà porre rimedio, pena il mantenimento di un trattamento ultra "privilegiato" soltanto per talune categorie di creditori, anche rispetto ad altri di rango superiore e fatta eccezione per i crediti di lavoro di cui all'art. 2751-bis, n. 1, c.c. già particolarmente salvaguardati dalla Direttiva *Insolvency*.
Sul punto torna utile ricordare però che il mancato richiamo dell'art.100, fra quelli applicabili al PRO, fa venire meno il principio della immediata esigibilità dei crediti aventi scadenza successiva all'apertura della procedura. Ciò vuol dire che eventuali piani di rateazione in essere non debbano considerarsi scaduti e che, in virtù della ordinaria e straordinaria gestione mantenuta in

capo all'imprenditore, ne possono essere eseguiti i pagamenti o richieste delle nuove dilazioni.
Di contro, però, non può non segnalarsi che a fronte di tali limitazioni nel trattamento dei debiti tributari e previdenziali nessuna misura premiale è prevista in caso di omologa del PRO come avviene invece, perlomeno, nella composizione negoziata della crisi.
Concludendo, lo sforzo di questo testo è stato quello di cercare di mettere in luce le opportunità offerte dal nuovo strumento di risoluzione della crisi il quale, seppur atipico ed ancora perfettibile, a parere di chi scrive presenta elementi di assoluto interesse relativamente all'utilizzo che dello stesso ne potrà essere fatto in determinati contesti di crisi ove la dinamicità della gestione e le prospettive di risanamento richiederanno velocità nelle scelte aziendali ed il coinvolgimento dei creditori o, per meglio dire, degli stakeholders dell'impresa.
Probabilmente, una valutazione più ponderata da parte del Legislatore potrebbe condurre in futuro a fondere gli aspetti positivi del PRO nel concordato preventivo in continuità, segnando una distanza ancor più netta dal concordato liquidatorio, la quale oggi già esiste in termini giuridici ma certamente è ancor più evidente dal punto di vista economico-aziendale.

UNGDCEC

Il concordato semplificato ed il ruolo dell'esperto

Gianvito Morretta, Dottore Commercialista in Salerno
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi UNGDCEC

e Pierluigi Pisani Dottore Commercialista in Cosenza
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi UNGDCEC

In tema di composizione negoziata della crisi è previsto un nuovo istituto concordatario, il concordato semplificato, specificamente normato nell'art 18 della L. 147/2021 ed ora trasfuso nell'art. 25 sexies del Codice che espressamente prevede al comma 1 che *"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, lettera b), 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".*
Pertanto l'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; ricorso comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.
Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli articoli 6, 46, 94 e 96.
Il comma 3 del medesimo articolo prevede poi che *"Il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4. L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione. All'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4-bis, e 35.1 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo*

6 settembre 2011, n. 159. Si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del citato decreto legislativo n. 159 del 2011"

In sostanza la procedura del concordato semplificato liquidatorio trova conferma all'interno del Codice della Crisi solo nell'ipotesi in cui, all'esito delle trattative coltivate all'interno della composizione negoziata, non sia stato possibile raggiungere l'accordo.

In questa direzione è possibile affermare che il Concordato semplificato non è classificabile come una procedura autonoma ma è uno strumento cui il debitore può accedere solamente dopo aver esperito la composizione negoziata senza successo.

Con riferimento al nuovo istituto concordatario la figura dell'esperto nominato nella procedura di composizione della crisi negoziata è richiamata in merito

- al contenuto della sua relazione finale connessa alla chiusura della procedura
- al parere specificamente richiesto dal Tribunale connesso ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte della proposta concordataria

Con riferimento al primo punto la norma evidenzia che la relazione finale deve contenere la dichiarazione *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, lettera b), non sono praticabili*.

A questo punto occorre interrogarsi sul significato e sul perimetro dei concetti di correttezza e buona fede.

Alcune posizioni dottrinali hanno evidenziato che sussiste il requisito della buona fede qualora, nell'ambito della procedura di composizione negoziata, i creditori e gli aventi diritto siano stati posti nella condizione di valutare compiutamente ed analiticamente la proposta di accordo anche confrontandola con l'alternativa liquidatoria, tenuto conto anche delle azioni revocatorie, risarcitorie esperibili dalla eventuale Curatela fallimentare.

Sul punto interessante la posizione del Tribunale di Ivrea del 27/05/2022 nella quale si precisa che "*Al fine di valutare la ritualità della proposta di concordato semplificato sotto il profilo della buona fede e della correttezza nella conduzione delle trattative svoltesi nell'ambito della composizione negoziata, il tribunale può invitare il debitore a specificare se sussistono, con riferimento all'alternativa fallimentare, i presupposti per l'esperimento di azioni revocatorie, risarcitorie o restitutorie, oltre a chiedere all'esperto di esprimere parere al riguardo*".

Non possono sottacersi condivisibili perplessità evidenziate da altra dottrina che, non condividendo tale confronto con la alternativa liquidatoria, ritiene che nell'accertamento della buona fede occorrerebbe limitarsi a verificare che l'imprenditore collaborando lealmente abbia descritto, in modo trasparente ed esaustivo, la propria posizione a tutte la parti coinvolte; Il tutto dimostrando di aver gestito l'impresa senza arrecare un ingiusto pregiudizio agli interessi dei creditori.

In merito al secondo punto inerente *il parere specificamente richiesto all'esperto dal Tribunale connesso ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte della proposta concordataria* occorre precisare quanto segue.

Si ritiene che l'attività dell'esperto debba orientarsi in un analitico esame e va-

lutazione dell'attivo patrimoniale dell'impresa a cui sarà necessario aggiungere le valutazioni in tema di composizione del passivo con specifico riferimento alle posizioni assistite da privilegio.
In sostanza l'attività richiesta all'Esperto appare assimilabile all'attività dell'attestatore nel concordato preventivo ancorché appaia chiaro che le due figure non siano sovrapponibili.
Non sfuggirà infatti come l'esperto non è titolare di responsabilità penale autonoma in relazione ai doveri del suo ufficio a differenza dell'attestatore e che l'esperto è titolare di un incarico pubblicistico a differenza dell'attestatore il cui incarico ha natura e privatistica.
A questo aggiungasi che l'esperto, per espressa previsione normativa, è vincolato ad un numero limitato d'incarichi, non potendone avere in corso più di due determinando, in capo allo stesso, una garanzia di terzietà presumibilmente superiore a quella dell'attestatore.
Chiaramente quanto sopra non determina in capo all'esperto le eventuali responsabilità disciplinate in capo all'attestatore in ragione della circostanza che l'esperto non è tenuto normativamente ad attestare la veridicità dei dati e soprattutto non ha tutti gli strumenti a disposizione per formulare detto giudizio.
Attività sulla verifica della veridicità dei dati che si ritiene avrebbe dovuto essere svolta tempestivamente, e quindi già durante il tentativo di composizione della crisi, anche ai fini di una sua corretta valutazione del piano.
Ma tale attività l'esperto aveva i poteri per poterla effettuare? E' tenuta obbligatoriamente la impresa nella procedura di composizione crisi negoziata a fornire tutti i dati contabili all'esperto?
Al riguardo occorre sottolineare che in nessun passaggio normativo pare evincersi l'obbligo della verifica della veridicità di tutti i dati contabili. E ciò anche se vi è un richiamo alla possibilità di avvalersi delle competenze di un revisore legale.
Inoltre la conclusione delle trattative avrebbe potuto essere anche causata da fattori diversi legati alla esempio insostenibilità del piano prescindendo da verifiche contabili analitiche.
Da un punto di vista strettamente operativo si evidenzia che sarebbe auspicabile che l'esperto facesse riferimento per l'esame degli elementi di attivo a perizie di terzi per la valutazione dei beni, comprese le rimanenze.
Per i beni immobili sarà possibile fare riferimento ai valori OMI comparati eventualmente con ricerche effettuate sui siti delle aste immobiliari e comunque sui siti immobiliari di compravendita più rilevanti, avuto riguardo ad immobili simili nella stessa zona. Per i beni mobili registrati sarà possibile fare riferimento ai siti specializzati. Per gli impianti e macchinari si potrà fare riferimento ai prezzi del nuovo per impianti similari nonché alle quotazioni dell'usato da parte delle stesse case produttrici. In relazione ai crediti, non può che farsi riferimento alle tecniche mutuate dalla attività di revisione, quali circolarizzazione, visure camerali e bilanci e, per i clienti più rilevanti, l'andamento pregresso degli incassi.
Medesime considerazioni devono essere formulate sul passivo partendo dalla

necessità di distinguere le singole poste di debito fra prededucibili privilegiate e chirografarie. Attenzione poi ai costi della procedura ed ai fondi rischi.
Una considerazione finale va espressa in merito al compenso che spetterebbe all'esperto con riferimento alla emissione del parere sui presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte della proposta concordataria, apparendo assolutamente indiscutibile che per tale nuova attività, di estrema delicatezza e complessità, debba essere previsto un adeguato riconoscimento economico.
Pur in assenza di specifiche disposizioni normative nell'art. 25 ter del D. Llgs 14/2019 si ritiene che tale compenso vada determinato con riferimento alle disposizioni di cui al DM 30 maggio 2002 inerente adeguamento compensi spettanti ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite su disposizione dell'autorità giudiziaria in materia civile e penale così per come previsto per l'ausiliario.

UNGDCEC

La figura del Gestore della crisi: Giano Bifronte che popola Albi e Registri del CCII

Katia Selva – Commissione Nazionale di Studio UGDCEC "Diritto della crisi e dell'insolvenza"
Davide Rovetta - Commissione Nazionale di Studio UGDCEC "Sovraindebitamento"

Il 15 luglio 2022 sarà ricordato tra i Colleghi non solo per l'incredibile clima torrido dell'anticiclone africano Mefisto e il Forum UNGDCEC di Rimini, ma soprattutto per l'entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'insolvenza (in breve "CCII") che dopo una serie di rettifiche e integrazioni rispetto al testo originario del D.L. 14/2019 congeda la Legge Fallimentare del R.G. 267/1942 e introduce rilevanti novità nell'ambito del diritto della crisi d'impresa.
L'introduzione del CCII rappresenta un momento storico unico tanto per i Professionisti specializzati nel risanamento di soggetti economici in difficoltà e nella gestione di procedure concorsuali, quanto per i consulenti c.d. tradizionali, coinvolti nella valutazione e adozione dei nuovi modelli organizzativi da parte degli imprenditori.
Come avvenuto in passato per altre modifiche normative di ampia risonanza, le fasi di studio e applicazione saranno necessarie e indispensabili alla miglior interpretazione e attuazione pratica degli strumenti introdotti e già le scorse settimane sono state ricche di contributi dottrinali e analisi da parte dei più autorevoli cultori della materia.
In qualità di Professionisti e ancor più di Giovani Professionisti abbiamo le energie, le competenze e l'entusiasmo per approfondire in modo proattivo e dinamico i rinnovati paradigmi della composizione della crisi d'impresa e siamo pronti ad impegnarci seriamente nel ricoprire il ruolo di ausiliari della Giustizia nelle forme attese dal Legislatore.
L'articolato del CCII presenta tuttavia incoerenze strutturali rilevanti dalle quali conseguono dubbi e perplessità che minano spesso la dedizione anche dei più audaci.
Il CCII non è peraltro l'unica novità normativa di recente introduzione: la ri-

forma della crisi d'impresa aveva peraltro difatti già visto il 15.11.2021 l'entrata in vigore del D.L. 118/2021 convertito in L. 147/2021, che ha dato disciplina alla Composizione negoziata della crisi d'impresa, introducendo con l'art. 3 la figura dell'Esperto.

L'**Elenco degli Esperti della crisi ex D.L. 118/2021** ora disciplinato all'art.13 del CCII è andato ad affiancarsi, senza sovrapporsi, al **Registro dei Gestori della crisi da sovraindebitamento ex L.3/2012** ora richiamato dall'art. 68 del CCII e da qualche settimana al neo introdotto **Albo dei Gestori della crisi e insolvenza delle imprese introdotto con il D.M. 75/2022** in vigore dal 06.07.2022 e disciplinato dall'art.356 del CCII, che accoglie i nominativi dei soggetti che su incarico dei Tribunali svolgeranno funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza.

Alla luce di questa confusione e commistione di ruoli non possiamo che immaginare la figura del ***Professionista della crisi***, quale Giano Bifronte che popola il CCII: così come l'antica divinità romana raffigurata con due volti speculari l'uno all'altro possedeva la capacità di guardare simultaneamente al passato e al futuro, il Professionista della crisi deve oggi sapersi orientare tra le duplicazioni e sovrapposizioni di funzioni insite nel CCII.

Ripercorriamo brevemente i punti di contatto e di divergenza di questi ruoli, partendo dalla disamina dalla figura più assodata: il **Gestore della crisi da sovraindebitamento iscritto nel Registro degli O.C.C.**, nominato per occuparsi della gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore (ex L.3/2012).

L'iscrizione al Registro presuppone l'assolvimento degli obblighi di formazione specifica non inferiore a 40 ore in materia di crisi d'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore, e un aggiornamento biennale sugli stessi temi di almeno 40 ore.

Non sono previsti costi di iscrizione negli elenchi tenuti presso i Registri degli O.C.C., né quote annuali di mantenimento.

Il recente rapporto pubblicato dal Ministero della Giustizia "*Monitoraggio statistico organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento*" rileva un incremento sia del numero degli O.C.C. iscritti al Registro online tenuto dal Min. Gius. (passati da 281 a 324 dal 2020 al 2021) sia delle istanze gestite dagli stessi, che nel 2021 sono state circa 7.770 (+15% rispetto al 2020) per un monte debiti complessivi di Euro 174.689.880, evidenza dell'importanza degli istituti per il tessuto socio-economico nazionale.

Andando con ordine cronologico, è stata poi introdotta la figura dell'**Esperto facilitatore delle trattative nell'ambito della Composizione negoziata della crisi** ex D.L. 118/2021.

Già in quella sede il Legislatore non si era dimostrato particolarmente chiaro nel definire in modo lapalissiano i requisiti necessari alla presentazione della domanda di iscrizione negli elenchi, tant'è che il primo semestre 2022 è stato caratterizzato da un susseguirsi di interpretazioni e chiarimenti da parte del Min.Gius. e del Consiglio Nazionale, quest'ultimo letteralmente subissato di ri-

chieste di delucidazioni da parte degli Ordini territoriali chiamati a valutare le domande presentate dai Colleghi.
Le difficoltà incontrate nella valutazione delle candidature hanno riguardato soprattutto l'indeterminatezza del requisito delle "*precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa*": il non aver individuato con chiarezza sin dal principio il numero minimo di incarichi ha generato confusione tra i potenziali candidati che con solerzia e impegno hanno frequentato a partire dal fatidico 15.11.2021 il (non banale) corso abilitante di 55 ore previsto dal D.M. del 28.09.2021 nella convinzione che un incarico fosse sufficiente a soddisfare il requisito, salvo poi scoprire con l'emanazione del Provvedimento del Min.Gius. del 29.12.2021 che nelle (sino a quella data riservate) intenzioni del Legislatore ne erano necessari almeno due – peraltro assunti personalmente, essendo negata la rilevanza di eventuali collaborazioni, anche nel periodo di tirocinio.
La confusione si è protratta per diversi mesi impegnando in modo considerevole il servizio del "Pronto Ordini" del Consiglio Nazionale (da marzo ad agosto 2022 ben n.21 quesiti sul tema) e arrivando sino alle aule TAR della Campania, il quale con l'ordinanza n. 00963/2022 del 10.03.2022 apriva di fatto uno scenario di valutazione delle domande dei candidati Esperti con "due pesi e due misure", stabilendo per il principio-guida nel nostro ordinamento del "*tempus regit actum*" la non opponibilità delle interpretazioni postume mutuate dalla Linee di indirizzo impartite dal Min.Gius. il 29.12.2021 alle domande presentate prima dell'emanazione delle stesse.
Non che la circostanza ci stupisca, un certo periodo di "rodaggio" per i nuovi istituti è certamente inevitabile e fisiologico - si pensi al ritardo con cui ha preso operatività la L.3/2012, soprattutto quando si tratta di popolare elenchi per l'assunzione di incarichi che comportano un rapporto fiduciario tra Professionista, Organi della Giustizia, Ordini Professionali territoriali (tenuti a verificare i requisiti per la qualificazione di "Esperto") ed Enti Pubblici (a cui è attribuita la gestione degli Elenchi in cui sono iscritti gli Esperti per la successiva nomina, demandata a Commissioni istituite presso le Camere di Commercio di ciascun capoluogo di Regione e delle Province autonome di Trento e di Bolzano).
Il Regolamento che disciplina i corsi di 55 ore per la formazione specifica prescrive contenuti più puntuali e ampi rispetto al programma dei corsi del Gestore della crisi da sovraindebitamento, ricomprendendo ad esempio le tecniche di facilitazione e mediazione: si deve tuttavia constatare che anche gli argomenti e le materie ora specificati sono tipicamente padroneggiati dai Dottori Commercialisti nello svolgimento della professione.
L'Elenco degli esperti è allo stato popolato dai Professionisti che alla data del 16.05.2022 hanno dimostrato i requisiti richiesti dalla norma (l'iscrizione quinquennale all'Albo professionale; le comprovate precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; l'attestazione dell'assolvimento dell'obbligo formativo; il CV con profilazione dei settori di specializzazione dell'esperto), mentre per il futuro è previsto un aggiornamento periodico dell'elenco con cadenza annuale .

Anche per l'Esperto non sono previsti costi di iscrizione negli elenchi tenuti presso le CCIAA, né quote annuali di mantenimento.
Per quanto riguarda l'operatività dell'istituto, superato il periodo di impasse, il numero degli iscritti è cresciuto rapidamente: al 2 settembre, secondo i dati Unioncamere, gli Esperti iscritti agli elenchi regionali erano 3.524 di cui l'81,19% Commercialisti. Le istanze di composizione negoziata presentate dalle imprese a quella data sono state invece "solo" 358, di cui circa l'80% ha avuto seguito, segnale questo della limitata (quantomeno per ora) operatività dell'istituto.
Ultimo arrivato nel novero degli incarichi che il Professionista specializzato in diritto della crisi può assumere è il **Gestore della crisi di cui all'Albo introdotto dal D.M. 75/2022**, in vigore dal 06.07.2022, in attuazione all'art. 356-358 del CCII.
Gli obblighi formativi per l'iscrizione prevedono una formazione specifica di 40 ore per Commercialisti, Avvocati e Consulenti del lavoro (200 ore per tutti gli altri soggetti) nelle materie della crisi di impresa e dell'insolvenza, così come definito dalle linee guida elaborate dalla Scuola Superiore di magistratura, che peraltro dovranno essere adeguate in quanto risalenti al 2019; oltre un aggiornamento biennale di 40 ore. È inoltre previsto un periodo di tirocinio di 6 mesi per l'affiancamento a professionisti già incaricati (si attendono sul tema delucidazioni per gli iscritti agli ordini professionali). Per il primo popolamento dell'Albo saranno ammessi i soggetti che nei quattro anni precedenti l'entrata in vigore della norma (periodo 2015-2019) hanno ricoperto almeno due incarichi di curatore fallimentare, commissario giudiziale o liquidatore giudiziale.
Non è previsto un aggiornamento periodico dell'Albo, mentre è previsto un contributo di iscrizione di Euro 150 e una quota annua di mantenimento di Euro 50.
Si resta in attesa del decreto dirigenziale che disciplina le modalità tecniche di popolamento e funzionamento dell'Albo, allo stato inattivo, tant'è che i Tribunali ancora attingono ai precedenti elenchi, con valutazione dei soli requisiti professionali di cui all'art.358 per le nomine ex CCII.
È del tutto evidente l'obbligo formativo prescritto per i diversi incarichi risulta ripetitivo e ridondante in quanto i programmi dei corsi abilitanti all'accesso ai Registri/Elenchi/Albi sono del tutto simili tra loro ed hanno, neanche a dirlo, quale minimo comune denominatore, competenze aziendalistiche e giuridiche tipiche delle circostanze inerenti contesti di crisi d'impresa, salvo particolari eccezioni.
La tecnica dei rimandi normativi operata nel CCII, in particolare il diffuso richiamo al D.M. 202/2014 con riferimento a ruoli tenuti *ab origine* distinti dal Legislatore (O.C.C./Esperto/Soggetti ex art.356), genera peraltro sovrapposizioni e cortocircuiti interpretativi in ordine al corretto assolvimento della formazione specifica.
Non dimentichiamo peraltro che tali specifici obblighi formativi devono coordinarsi con quello ordinario della FPC e dei revisori legali, così moltiplicando impegno e costi per i professionisti.
Essendo le disposizioni normative in commento così importanti per il tessuto economico nazionale già fortemente provato dalla crisi pandemica, si auspicava

una maggiore attenzione da parte del Legislatore nel coordinare gli istituti di composizione della crisi d'impresa, anche al fine di un efficientamento e razionalizzazione degli strumenti deflattivi delle procedure concorsuali.
Il Codice della Crisi rappresenta un intervento riformatore organico e complesso e poteva essere occasione per trovare una sintesi, seppur con la necessaria distinzione di ruoli, tra la moltitudine di figure istituite con le norme citate, a beneficio dell'intero sistema socio-economico: a fare i conti con le stonature e duplicazioni presenti nel CCII non sono difatti solo gli operatori a vario titolo coinvolti, ma anche le procedure stesse.
Gli interessi economici contrapposti e le delicate posizioni reciproche da contemperare nella gestione di imprese, imprenditori e consumatori in difficoltà necessitano certamente preparazione specifica ed esperienza per giungere al fine ultimo di comporre la crisi, tuttavia il meccanismo di formazione e selezione dei Gestori della crisi (*lato sensu* considerati) oggi in vigore rappresenta una barriera all'ingresso per tanti Professionisti che si trovano loro malgrado in una situazione di svantaggio per l'ammissione agli elenchi, che potranno più facilmente essere popolati da soggetti di lunga carriera che ora si dedicano ad altri ambiti della professione, con il rischio che i nobili scopi e la ratio delle procedure ideate per un pronto "*earliest warning*" possano rallentare significativamente il loro iter.
I (Giovani) Professionisti si adoperano quotidianamente per dare una risposta tempestiva e puntuale alle esigenze del sistema economico-sociale del Paese, districandosi tra l'affastellamento normativo tipico dell'ordinamento giuridico italiano con l'avvedutezza tipica del Giano Bifronte; l'auspicio è quantomeno quello di incontrare quantomeno una certa empatia da parte del Legislatore e del Min.Gius., garanti per antonomasia di giustizia e equità, così da non dover disperdere preziose energie in gincane interpretative delle norme, ripetitivi corsi di formazione o annosi ricorsi per il riconoscimento di competenze già palesemente acquisite dai Dottori Commercialisti con il percorso universitario, il praticantato professionalizzante e l'esercizio quotidiano della professione.
Non è dunque un caso che anche il "*VI Rapporto sulle libere professioni in Italia*" realizzato dall'Osservatorio di Confprofessioni con riferimento all'anno 2021 citi tra le professioni che evidenziano un netto calo delle nuove abilitazioni la figura del Dottore Commercialista (triste primato condiviso con gli ingegneri dell'informazione).
La richiesta che da tempo avanziamo per la partecipazione ai tavoli tecnici nasce dalla consapevolezza di poter contribuire umilmente, ma con competenza, alle scelte del Legislatore anche nella definizione della popolazione e il funzionamento di Albi/Elenchi/Registri dei Professionisti impegnati nella gestione dei soggetti in difficoltà, con l'obiettivo di dare razionalità al sistema giuridico-economico ed efficacia alla composizione delle crisi d'impresa finalizzata alla salvaguardia dei valori aziendali e sociali.

La responsabilità di sindaci e revisori tra codice civile e codice della crisi

Michela Boidi, Presidente Commissione di studio UNGDCEC "Collegio sindacale"
Vito Zarzana, Presidente Commissione di studio UNGDCEC "Bilancio e Revisione"

UNGDCEC

L'analisi della normativa permette di distinguere ruoli e responsabilità tra organo di controllo e soggetto incaricato alla revisione legale dei conti. Ai sensi dell'art. 2403 c.c., infatti, il Collegio Sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Il revisore legale o la società di revisione, invece, in conformità con l'art. 14 del D.Lgs. 39/2010, esprime un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto, illustra i risultati della revisione legale e verifica nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.
In base alla **Norma di Comportamento 3.2** del Collegio Sindacale delle società non quotate, la vigilanza sull'osservanza della legge si attua mediante la verifica della correttezza di atti e delibere assunte dagli organi sociali e del rispetto delle norme e regolamenti che ne disciplinano il funzionamento. Il rispetto della legge consiste anche nella verifica che il controllo contabile sia effettuato dal soggetto che ne ha competenza, nel rispetto dell'art. 2403, c. 2, c.c.. Il controllo contabile è infatti esercitato dal revisore legale dei conti o da una società di revisione, salvo che, nelle società che non redigono il bilancio consolidato, lo statuto attribuisca questa funzione al Collegio Sindacale e lo stesso sia interamente composto da revisori legali. Questo significa che, al di fuori di questa ipotesi, all'organo di controllo non spetta alcun controllo contabile, ma esclusivamente quello di legalità, fondato sulla *no business judgement rule*.
Tale controllo viene effettuato anche in ordine al bilancio d'esercizio, e, come illustrato dalla **Norma 3.8**, si concentra sull'osservanza da parte degli amministratori delle norme procedurali inerenti alla redazione, all'approvazione e alla pubblicazione dello stesso. Il Collegio ne verifica la rispondenza ai fatti e alle informazioni di cui lo stesso sia venuto a conoscenza a seguito della partecipazione alle

riunioni degli organi sociali, dell'esercizio dei suoi doveri di vigilanza e dei suoi poteri di ispezione e controllo, senza effettuare controlli di merito sul contenuto del bilancio, né esprimere un giudizio sulla sua attendibilità. Il Collegio Sindacale non ha, quindi, alcun obbligo di eseguire procedure di controllo per accertarne la verità, la correttezza e la chiarezza, la cui verifica spetta al soggetto incaricato della revisione.

La differenza nei ruoli ricoperti, nelle responsabilità da assumersi (e forse, nella tutela della propria categoria) trova ulteriore spazio all'interno del Codice della Crisi di Impresa, relativamente agli **obblighi di segnalazione** in carico all'organo di controllo. Nella precedente formulazione, l'art. 14 del D.Lgs. 14/2019 prevedeva che la valutazione sull'adeguatezza degli assetti e l'obbligo di segnalazione di fondati indizi della crisi spettassero agli organi di controllo societari, al revisore o alla società di revisione.
Il D.Lgs. 83/2022, in vigore dal 15 luglio 2022, ha modificato tale previsione, indicando, all'**art. 25-octies**, che la segnalazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi spetti ai soli organi di controllo societari, richiamando espressamente gli articoli 2403 e 2407 c.c..
L'organo di controllo assume un duplice ruolo: segnalatore nella fase di emersione tempestiva della crisi e vigilante sulle trattative in corso.
La segnalazione degli organi di controllo, a differenza delle procedure di allerta, non fa però scattare alcun obbligo di attivazione in capo all'organo amministrativo, trattandosi di una procedura volontaria, né l'organo di controllo può sostituirsi all'imprenditore ai fini del deposito dell'istanza.
La segnalazione deve essere motivata e contenere la fissazione di un termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese e viene valutata ai fini della responsabilità di cui all'art. 2407 c.c.

La responsabilità dell'organo di controllo pone le sue basi nell'art. 2407 c.c.: "*I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; [...] sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica...*". Tale responsabilità si definisce **concorrente** e si verifica quando l'organo di controllo non vigila sull'operato degli amministratori e quest'ultimi pongono in essere comportamenti pregiudizievoli per la Società. Anche nel CCII si parla di azioni di responsabilità dando al Curatore la facoltà di promuovere o proseguire le stesse, chiamando in giudizio i membri dell'organo di controllo e provando che il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato conformemente agli obblighi del loro incarico, a cui si aggiunge la responsabilità connessa alla tempestiva segnalazione di cui infra.
Alla stregua dei sindaci anche i revisori legali rispondono in solido con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri.
L'art. 15 del D.Lgs. 39/2010 stabilisce che nei rapporti tra i debitori solidali, i revi-

sori legali sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. Il Curatore può, quindi, far valere tre profili di responsabilità:

- i revisori legali e le società di revisione che causano danni determinati dall'inadempimento ai loro doveri rispondono in solido con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico professionale di revisione legale;
- il responsabile dell'incarico e i dipendenti collaboratori nell'attività di revisione sono responsabili in solido tra loro e con la società di revisione legale per i danni causati da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati;
- il revisore o la società incaricati della revisione legale del bilancio consolidato sono responsabili del giudizio relativo al bilancio consolidato, ai sensi dell'art. 41 D. Lgs. n. 127/1991.

Sono diversi gli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità per sindaci e revisori, ma si ritiene utile condividere alcune recenti sentenze.

Con la **sentenza n. 24045 del 2021** la Cassazione Civile, I° Sezione, ha delineato per l'organo di controllo un dovere rafforzato di attivazione degli strumenti di reazione interna ed esterna che l'ordinamento attribuisce loro. In questo processo viene promossa un'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci per avere questi ultimi omesso un'adeguata vigilanza sull'assetto contabile e societario. Nel caso di specie il Collegio Sindacale non aveva attuato un processo di dialogo, di scambio e di aggiornamento informativo con l'organo amministrativo sulla situazione contabile e finanziaria della società tale da pregiudicare la continuità aziendale. I sindaci risultarono essere solidalmente responsabili con gli amministratori per avere omesso lo scambio di informazioni economico-patrimoniali, di rilevanza tale da compromettere la continuità aziendale dell'impresa.

La **Cassazione Civile, II° Sezione, n. 16780 del 2019** ha ribadito che la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. della società di revisione, per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa, si concretizza anche in caso di revisione volontaria, effettuata su incarico della società medesima. Secondo la sentenza la funzione di verifica e controllo affidata alla società di revisione "*si inquadra nell'ambito del sistema dei controlli interni della società, il cui esercizio è finalizzato ad assicurare, tra l'altro, la verifica della corretta appostazione dei dati contabili nel bilancio della società e, di conseguenza della corretta gestione contabile della società stessa. Tale funzione è diretta da un lato ad assicurare la conoscibilità, in capo ai terzi, delle effettive modalità di gestione contabile, e quindi; in ultima analisi, della stabilità e dell'affidabilità, della società soggetta a revisione, e dall'altro lato a tutelare l'ordinato svolgimento della concorrenza e del mercato*".

Se, da un lato, l'intenzione del legislatore è quella di tutelare il più possibile la continuità aziendale, attivando tutti gli organi societari, dall'altro non può non notarsi come vi sia un costante accrescimento delle responsabilità dell'organo di controllo.

Nella nuova formulazione del CCII, la tempestività della segnalazione determinerebbe l'esenzione dalla responsabilità, non rilevando l'effettiva capacità riso-

lutiva del rimedio adottato dall'organo amministrativo. La Fondazione Nazionale dei Commercialisti, nel documento pubblicato a novembre 2021, si discosta dalla norma, suggerendo che detta esenzione possa applicarsi solo in caso di valide spiegazioni da parte degli amministratori circa l'assenza di crisi o squilibrio patrimoniale o economico-finanziario. In caso di inerzia o di spiegazioni insufficienti, per la FNC il Collegio potrebbe incorrere in profili sanzionatori concorrenti, evitabili solo dai poteri strumentali e reattivi a questo attribuiti.
Il revisore esterno, invece, non viene più coinvolto nella fase di segnalazione, ma solo ex post, una volta che sia stata avviata la procedura e sia stato nominato l'esperto, ai sensi dell'art. 17 comma 5, esimendolo quindi dal risvolto sanzionatorio, a cui rimane soggetto il solo organo di controllo.

UNGDCEC

Uscita congresso nazionale ungdcec roma 28/29 settembre 2022

Sonia Mazzucco
Vice Presidente UNGDCEC – Delegata in materia Crisi d'Impresa
Simone Giannecchini
Componente della Commissione UNGDCEC Crisi d'Impresa

Il 15 luglio 2022 segna un momento di demarcazione importante in materia di crisi d'impresa, data di entrata in vigore nella sua interezza del nuovo *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*. Focus del presente articolo riguarda nello specifico il ruolo del Liquidatore Giudiziale nel Concordato Preventivo, di cui alle previsioni degli artt. 114 e 115 CCII.
In particolare l'articolo 114, rubricato "*Cessione dei beni*", prevede che in caso di concordato preventivo con cessione dei beni, il Tribunale – come avveniva nella oramai abrogata Legge Fallimentare – provveda alla nomina di uno o più Liquidatori, oltre che del Comitato dei Creditori, per assistere alla liquidazione, determinandone le modalità. La norma prevede altresì che vi sia uno specifico obbligo in capo al Liquidatore, come previsto in passato, di informare semestralmente il commissario giudiziale circa l'andamento della liquidazione.
Al termine dell'esecuzione del concordato, il Liquidatore dovrà poi redigere un rapporto riepilogativo finale, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale. Il commissario ne darà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori, depositandone copia presso la cancelleria del Tribunale competente.
Appare del tutto evidente come la norma in argomento in larga parte riproduca le previsioni già contenute nell'abrogato art. 182 della Legge Fallimentare, laddove una differenza significativa si ravvisa nel fatto che nel nuovo Codice l'omologazione del Piano di Concordato Preventivo è disposta con "sentenza" e non già con "decreto".
Come detto, il Liquidatore Giudiziale è il soggetto preposto allo svolgimento di tutte le azioni programmate nel piano, allorquando lo stesso preveda la ces-

sione di beni. A questo si applicano le norme previste dal Codice sulla nomina del curatore (125), sull'accettazione dell'incarico (126), nonché le disposizioni che regolano l'eventuale sostituzione del professionista, le sue responsabilità e le modalità di determinazione del suo compenso, nonché, ulteriormente, si applica anche al Liquidatore Giudiziale quanto disposto dall'art. 231 in tema di rendiconto della gestione. Allo stesso modo vengono mutuate per i membri del comitato dei creditori, sempre in quanto compatibili, le regole che disciplinano il medesimo organo nella liquidazione giudiziale (nomina, compiti e responsabilità).

La nomina e la scelta del professionista incaricato di ricoprire la qualifica di Liquidatore Giudiziale, spetta al Tribunale: possono essere chiamati a ricoprire tale incarico tutti coloro che rispettino i requisiti di cui all'art. 358 CCII, norma in ultimo modificata dal D. Lgs. n. 83 del 17.6.2022 (art. 42). In particolare, possono ricoprire l'incarico quei soggetti scelti tra gli iscritti all'albo degli incaricati della gestione e del controllo nelle procedure, ovvero in estrema sintesi:

a) gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;

b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;

c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Diversamente, non possono essere nominati Liquidatori (al pari del Curatore e del Commissario), soggetti legati da rapporti parentali espressamente richiamati dalla norma, creditori del debitore, soggetti che hanno concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura di concordato.

Nella scelta del soggetto da nominare – come Liquidatore ma anche come commissario e curatore – il Tribunale tiene conto:

a) delle risultanze dei rapporti riepilogativi;

b) degli incarichi in corso, in relazione alla necessità di assicurare l'espletamento diretto, personale, efficiente e tempestivo delle funzioni;

c) delle esigenze di trasparenza e di rotazione nell'assegnazione degli incarichi, anche tenuto conto del numero delle procedure aperte nell'anno precedente, valutata la esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico.

Le lettere *sub* b) e c) sono state così modificate dall'art. 37, co. 3, del D. Lgs. n. 147 del 26.10.2020 con decorrenza dal 1.9.2021.

In merito alle modalità da seguire per l'assolvimento dell'incarico di Liquidatore conferito dal Tribunale, il comma quarto del 114 definisce le regole a cui devono sottostare le vendite dei beni del debitore, attraverso un rinvio "in blocco" alle regole delle vendite in sede di liquidazione giudiziale, per quanto

compatibili, così come anteriormente previsto dall'art. 182 L.F. abrogato, trovando applicazione le disposizioni degli articoli da 105 a 108 ter L.F. Ulteriormente si dispone che, nell'ipotesi in cui la sentenza di omologa non prevede diversamente, la cancellazione di ogni gravame pendente sui beni del debitore è effettuato previo esclusivo ordine del Giudice.
Quanto agli obblighi di informazione periodica, come noto, il previgente art. 182 L.F. espressamente nel testo assoggettava il Liquidatore Giudiziale alle disposizioni di cui all'art. 33 L.F., quinto comma, sostituendo "*al curatore il liquidatore*". Da ciò dunque derivavano sia le modalità che i tempi delle informative periodiche: infatti ai sensi dell'art. 33 L.F. il professionista "*... ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui al primo comma, redige altresì un rapporto riepilogativo...*".
Sul punto appare chiara la volontà di non riproporre *tout court* il dettato normativa della Legge Fallimentare, imponendo sì al Liquidatore Giudiziale un obbligo di informativa semestrale ma con talune differenze. L'art. 114 CCII ordina al Liquidatore una comunicazione al commissario giudiziale che tratti della attività svolta – circa le "*informazioni rilevanti*" - e sull'andamento della liquidazione; pertanto senza una comunicazione diretta ai creditori e senza che il Codice disponga espressamente quanto alle forme di tale comunicazione. Tale informativa periodica è prodromica all'obbligo di informazione previsto dall'art. 118 CCII per il commissario giudiziale verso i creditori della procedura. Al comma quinto del 114 è poi previsto che il commissario – come detto – ne dia notizia, con eventuali proprie osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne depositi una copia presso la cancelleria del Tribunale. Quanto ai tempi il testo non indica il *dies a quo* di decorrenza del primo semestre, ragion per cui si ritiene a parere degli scriventi che debba assumersi come tale il giorno della nomina del liquidatore, o meglio il giorno di pubblicazione della sentenza di omologa, sebbene il termine quindi di 180 giorni non debba intendersi come perentorio.

Il deposito della relazione del Liquidatore da parte del commissario presso la cancelleria è certamente l'occasione per il giudice delegato di poter effettuare un monitoraggio sull'efficacia del lavoro svolto e, se del caso, porre richieste di chiarimenti, seppure la norma richieda solo di riportare al Liquidatore le informazioni "rilevanti" e non anche una sintesi di tutta l'attività liquidatoria svolta, ciò mal conciliandosi con i doveri di vigilanza del commissario giudiziale e l'attività di controllo del giudice delegato.
Se pertanto in conclusione il dettato normativo dell'art. 114 sembra meno stringente riguardo la dovizia con cui deve essere assolto l'obbligo di informazione periodica, appare corretto ritenere che sarà buona prassi del Liquidatore dettagliare accuratamente il proprio operato in modo tale da favorire il lavoro degli altri organi della procedura e prevenire divergenze e criticità a discapito della fluidità dell'esecuzione della procedura.
Il richiamo espresso dell'art. 114 comma secondo al 134 CCI ("*Revoca del curatore*"), estende po al Liquidatore Giudiziale quanto già previsto per il curatore

ed il commissario, sebbene già pacifico nella prassi, consentendo al Tribunale di procedere con la revoca e la sostituzione del professionista (art. 135), laddove questo si ritenga necessario, anche in caso di dimissioni. Tali rinvii rendono sempre più pubblicistica la figura del Liquidatore Giudiziale, assimilandolo quanto più al curatore e al commissario, sebbene a differenza di questi, nell'evidente assenza di un rinvio all'art. 127 CCII, il legislatore lo privi della qualifica di "pubblico ufficiale".
Con l'ultimo comma, il 6°, del 114 CCII, il legislatore pone una chiosa all'operato del Liquidatore Giudiziale inserendo, come da schema di *Decreto Insolvency* approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2022, un *iter* sulle modalità di chiusura della fase esecutiva del piano; il testo infatti dispone – come anzidetto – che una volta conclusa l'esecuzione del concordato, e con ciò è da intendersi eseguito il riparto finale, il Liquidatore debba predisporre al commissario giudiziale un rapporto riepilogativo finale, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale.
In estrema sintesi, il profilo tracciato dalla legge individua per il Liquidatore Giudiziale – anche nei vari rinvii ad altre norme di cui al CCII – alcuni aspetti mutati dalle previsioni dettate per il curatore, quali:

- I requisiti per la nomina;
- Le ipotesi di revoca;
- Il ruolo del comitato dei creditori;
- Le modalità operative di vendita;
- Le relazioni periodiche, con cadenza semestrale;
- Il rendiconto finale.

Ove non previsto espressamente, la norma dispone un rinvio alla sentenza di omologazione, che "*determina le altre modalità della liquidazione*", come avveniva in passato. Laddove poi non intervengano né le norme così riformate dal nuovo Codice, né la sentenza di omologazione, necessariamente si dovrà "sopperire" con la prassi più virtuosa e con le norme civilistiche.
La situazione nella quale – anche a seguito della riforma in argomento – ci si trova, continua ad essere un connubio di previsioni di legge, indicazioni dei Tribunali, prassi di settore che il Liquidatore Giudiziale dovrà ricostruire, armonizzare, eseguire con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico.
Altro tema connesso all'argomento in trattazione è quello relativo alla "chiusura" del CP, per il quale gli scriventi ritengono che debba riproporsi il medesimo approccio già in uso nella prassi di diversi Tribunali italiani – ad esempio presso la sezione fallimentare di Roma -, ovvero l'applicazione per analogia al concordato preventivo dell'art. 246 CCII, come avveniva per l'abrogato art. 130 L.F. Ci si riferisce in particolare al fatto che tale ultima norma inserita nell'ambito del concordato fallimentare – oggi appunto sostituita dall'art. 246 – prevedeva che quando il decreto di omologazione diventasse definitivo, il curatore dovesse redigere il conto della gestione ai sensi dell'art. 116 L.F. ed il Tribunale procedere a dichiarare chiuso il fallimento. L'applicazione analogica dell'art. 130 L.F., anche ai concordati preventivi, consentiva l'emissione da parte del Tri-

bunale di un dispositivo di chiusura, con la conseguenza di poter avere una "data certa" di definitiva chiusura del CP. Si ritiene appunto che oggi il medesimo approccio possa essere replicato con l'art. 246 CCII.

A questo punto il presente approfondimento non può tralasciare l'altra importante norma connessa al ruolo del Liquidatore Giudiziale, l'art. 115 CCII, rubricato "*Azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessioni dei beni*". L'articolo in commento esamina in particolare il ruolo ed i poteri del Liquidatore Giudiziale, introducendo una disciplina assente nella Legge Fallimentare e volta a superare criticità applicative frequenti nello svolgimento dell'incarico.
Recependo quanto già consolidatosi ormai nella prassi, la norma attribuisce al Liquidatore Giudiziale ogni potere necessario all'attuazione del piano concordatario, con previsioni specifiche che così integrano quanto ulteriormente previsto nella sentenza di omologa.
Di frequente il Tribunale, nel già decreto di omologa, sopperiva in parte disponendo le regole di esecuzione di talune incombenze frequenti nel corso della procedura, ad esempio prevedendo l'*iter* delle autorizzazioni necessarie per provvedere ai pagamenti o sul recupero dei crediti. Questo intervento all'interno dei decreti di omologa risultava, e risulta ancora oggi negli incarichi pendenti, non sempre sufficiente a superare eventuali criticità operative nell'assolvimento dell'incarico.
Sinora il professionista designato da un lato godeva di ampia libertà in assenza di una normativa che ne delimitasse il perimetro, dall'altro si trovava con il "fianco scoperto" in situazioni di confusione, laddove erroneamente taluni soggetti terzi ricollegati alla società lo percepissero quale rappresentante legale della società in concordato preventivo.
Per tutto ciò il legislatore, a parere di chi scrive, attraverso l'art. 115 primo comma, risolve parzialmente la problematica con una formulazione volutamente molto ampia: attribuisce al Liquidatore Giudiziale la possibilità di esercitare di propria iniziativa, o se pendente di proseguire, ogni azione prevista dalla legge indispensabile a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore, nonché ogni azione necessaria al recupero dei crediti. Il nuovo Codice, quindi, non volge l'interesse esclusivamente alla liquidazione dei beni, bensì intende con questo articolo fornire al professionista incaricato la legittimazione a qualsivoglia attività funzionale alla buona riuscita della procedura.
Il secondo comma prosegue definendo la controversia sulla legittimazione da parte del Liquidatore all'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori: l'articolo conferisce al professionista la possibilità di procedere di propria iniziativa, o se pendente di proseguire le azioni necessarie, prevedendo inoltre che ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuta nella proposta o nel piano sia inopponibile sia al Liquidatore che ai creditori della società. In questo modo così si esclude la possibilità, a priori, che al fine della proposizione di tale azione si possa presumere l'esigenza di una delibera assembleare favorevole dei soci. Resta tuttavia ferma, ai sensi del terzo comma, in ogni caso, anche in pendenza della procedura e nel corso della

sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394 del codice civile, e dall'art. 2476 per le società a responsabilità limitata.
In conclusione l'art. 115 del Codice determina talune esclusive competenze in capo al Liquidatore Giudiziale, rafforzandone il ruolo e risolvendo parzialmente alcune criticità operative sino ad ora riscontrate nello assolvimento dell'incarico. Contestualmente permarrà la necessità da parte del Liquidatore, nello svolgimento di talune incombenze, di acquisire un "parere del commissario giudiziale" o l'"autorizzazione del comitato dei creditori"; tali passaggi, non previsti dalla norma, come noto sono fortemente comuni nella prassi, facilitano la cooperazione e la comunicazione tra gli organi della procedura, e prevengono divergenze ed anche eventuali profili di responsabilità per il professionista.
Nelle maglie larghe delle norme, l'auspicio sarà quello di poter avere sentenze di omologa dei concordati preventivi con l'indicazione più possibile esaustiva circa il ruolo, i compiti e le funzioni del nominato Liquidatore Giudiziale, non solo per garantirne l'assolvimento dell'incarico nel modo più corretto possibile, ma soprattutto per consentirgli di svolgere la propria attività in modo tale da realizzare al meglio le previsioni del piano omologato in esecuzione, ovvero la soddisfazione della massa creditoria quale valore primario della procedura stessa.

La crisi delle imprese in dipendenza economica. Figli di un dio minore?

Quirino Vescovo
Comitato Scientifico Fondazione Centro Studi dell' UNGDCEC

UNGDCEC

Fenomenologia di un problema crescente.

In diversi settori dell'economia (dal *luxury,* alla logistica passando per la distribuzione, ecc.) attraverso contratti, quali valgano a mero titolo esemplificativo il *franchising*, la somministrazione, l'*engineering*, la concessione di vendita, l'appalto, ecc., è sempre più facile constatare situazioni di dipendenza economica nei rapporti contrattuali tra imprese.

E' il caso, per fare un esempio, di due imprese che stipulano un contratto per la fornitura in esclusiva e la distribuzione di carburante che obblighi il gestore dell'impianto (la c.d. impresa "debole):

- a fare investimenti specifici (es.: dotarsi di un certo numero di personale dipendente, di impianti e attrezzature specifiche, di allestire i locali secondo un *concept* che rimandi inequivocabilmente ai marchi della casa madre, costruire un immobile con caratteristiche specifiche, ecc.,);
- a pagare *royalties* sulla base di obiettivi di *marketing* sfidanti;
- ad acquistare i prodotti con uno sconto predeterminato sul prezzo di vendita, fissato da parte della società fornitrice.

In un'ottica di integrazione verticale tra funzione produttiva e distributiva (a maggior ragione in quest'epoca di globalizzazione e dematerializzazione delle attività - si pensi al *business model* ed al posizionamento strategico delle piattaforme digitali) accade infatti che l'impresa con maggiore forza contrattuale, in ragione della propria posizione di mercato o dimensione, può permettersi di "imporre" condizioni contrattuali a difesa del proprio profitto e delle proprie rendite di mercato, riversando sulle imprese più "deboli" gli oneri e le responsabilità di realizzare prodotti e servizi a prezzi sempre più contenuti e a condizioni sempre più sfidanti, in termini di costi e rischi da sopportare.

L'abuso di questo potere economico, concorrendo ad accrescere il fenomeno di

proletarizzazione[1] dell'impresa "debole", fa sì che le imprese abusate, nell'ottica di mantenere una profittabilità del proprio *business*, restando nel solco dei vincoli contrattuali imposti e nel rispetto degli obbiettivi spesso ambiziosi (quando non palesemente insostenibili) sono poste nella condizione di dover scegliere tra la loro stessa sopravvivenza e l'adozione di strategie che sono in grado di minare l'equilibrio dell'impresa sino a condurla alla crisi e all'insolvenza. Si pensi a mero titolo esemplificativo:

- alla necessità di mantenere alti i livelli di produttività della manodopera, in una situazione di margini economici decrescenti, financo a correre il rischio concreto di sfociare nel lavoro irregolare;
- all'adozione di politiche aggressive di approvvigionamento (di materie prime, merci o servizi, ecc.) al fine di spuntare prezzi sempre più vantaggiosi, con il rischio di dovere accettare una riduzione della qualità dei fattori della produzione, ovvero di alimentare il mercato irregolare degli approvvigionamenti;
- alla riduzione dei livelli di *compliance* normativa (sicurezza sul lavoro, sicurezza ambientale, ecc), al fine di ridurre i costi e migliorare i margini, elevando il rischio di gestione dell'impresa ovvero aumentando le esternalità negative impattanti sull'ambiente in cui si opera;
- all'adozione di modelli di *business* fondati sulla esternalizzazione di tutta o parte della produzione, in un gioco di scarico dei rischi e delle responsabilità all'esterno della propria realtà, quale unico strumento di sopravvivenza;
- al crescente ricorso all'indebitamento per far fronte agli impegni correnti.

Quali siano gli strumenti di tutela e prevenzione per l'impresa "debole" offerti dal nostro ordinamento anche alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è ciò che ci si propone di indagare.

L'inquadramento normativo.

Il fenomeno dell'abuso di potere economico nei rapporti contrattuali tra imprese è intercettato dal nostro ordinamento da due normative:

- **l'art. 9, Legge n. 192 del 18 giugno 1998**: abuso di dipendenza economica[2];
- **l'art. 2497 c.c.**: responsabilità delle società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento (per i c.d. gruppi societari su base contrattuale).

Le due norme ancorché siano applicabili a fattispecie apparentemente simili e siano basate sul comune principio generale di **correttezza nei rapporti imprenditoriali**[3], presentano logiche distinte e separate sia sul piano del l'interesse giuridico protetto, che sul piano del regime sanzionatorio, ponendo l'interprete e

1 Censis (2003) *Capire il sommerso. Supporto conoscitivo ai servizi per l'impego*, pag. 23; G. La Croce, *Nessuna via d'uscita per le imprese subalterne in crisi*, La Società n. 12/2019, p. 1333.

2 Per dovere di completezza si precisa che del tema si occupano anche altre normative quali: la L. 129/2005 che regola il *franchising*, la L. 27/2012 che regola i contratti di cessione dei prodotti agricoli e il D.Lgs. 231/2002 che regola i pagamenti nelle transazioni commerciali.

3 Tale principio, che nella relazione al Libro delle obbligazioni del Codice civile del 1942 è descritto come il "*dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse al di fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse privato*", trova la propria cornice giuridica nell'art. 2 della Carta Costituzionale ("*La Repubblica "... omissis ... "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di* ***solidarietà*** *politica,* ***economica*** *e* ***sociale****.*") e non va limitato ai soli rapporti obbligatori e contrattuali, ma esteso a ciascuna forma di relazione sociale ed economica.

particolarmente il consulente d'impresa, di fronte alla necessità di vagliare la loro compatibilità e coordinamento, nonché la loro efficacia quali strumenti deflattivi dell'abuso *de quo*.

L'abuso di dipendenza economica

Il divieto di abuso di dipendenza economica (disciplinato all'art. 9 della Legge 192/98[4]) pur essendo una norma collocata nell'ambito della subfornitura, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritaria, assume portata generale e quindi estensibile a tutti i rapporti contrattuali tra imprese[5].

Ad essere punito dalla norma è l'abuso e non la semplice dipendenza economica, ritenuta lecita dal nostro ordinamento, pertanto diviene necessario preliminarmente accertare la sussistenza di uno stato di dipendenza economica e successivamente il suo abuso.

L'obiezione che viene spesso mossa contro l'impresa in dipendenza economica è che (soprattutto alla luce del nuovo articolo 2086 c.c.) l'adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, in un'ottica *forward looking*[6] e *risk based*[7], dovrebbe permettere di intercettare e valutare preliminarmente il problema e, pertanto, mettere l'impresa in condizioni di decidere se investire, entrare nel contratto ovvero recedere dallo stesso, utilizzando quella diligenza richiesta dalla natura dell'incarico[8], che impone agli organi amministrativi, di agire informati[9].

Tutto ciò, pur essendo condivisibile sul piano di una sana e prudente *governance* d'impresa, stride con la realtà di alcuni settori economici, in cui, per un'impresa che si rifiuta di soggiacere a siffatti contratti, ve ne sono molte altre disposte a correre il rischio, spesso PMI. Ciò è almeno in parte spiegabile con le forti asimmetrie informative che regolano tali mercati o rapporti, con la differenza dimensionale e strutturale tra impresa "debole" e "forte" e non da meno con la mancanza di reali alternative di mercato o della concreta possibilità di coglierle.

Se per l'impresa "debole" la possibilità di spostarsi su alternative di mercato fosse

UNGDCEC

4 Il comma 1 dell'articolo 9, L. 192/98, recita: "*Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un* ***eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi****. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della* ***reale possibilità*** *per la parte che abbia subito l'abuso* ***di reperire sul mercato alternative soddisfacenti****.*"

5 *Ex multis*, in dottrina: F. Occelli, *L'abuso di dipendenza economica come clausola generale*, in Giurisprudenza Italiana, 2015 fasc. 12 pag. 2666-2669; F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in Giustizia Civile, 2016 fasc. 3 pag. 527-528; in giurisprudenza: Cass. civ., Sez. Unite, Ord., (data ud. 25/10/2011) 25/11/2011, n. 24906, secondo cui al punto 3.4 "*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998.*".

6 L'approccio *forward looking* consiste nell'assunzione da parte della direzione dell'impresa di valutazioni di natura previsionale, circa gli eventi che potranno verificarsi in futuro e le azioni che l'impresa potrà intraprendere, il tutto finalizzato (anche ai sensi e per gli effetti di cui al comma 2 dell'art. 2086 c.c.) al mantenimento o almeno alla tempestiva rilevazione della perdita di continuità aziendale.

7 Per *risk based approach* si intende, l'approccio basato sulla capacità di intercettare rischi e opportunità per l'impresa (rischio in senso ampio) al fine di identificare i potenziali impatti che tali rischi strategici, operativi, finanziari, ecc. possono avere sulla gestione dell'impresa, anche in termini di continuità aziendale.

8 Ex art. 2392 c.c..

9 Ex comma 6, art. 2381 c.c..

una possibilità remota, e/o i relativi costi fossero proibitivi, lo stato di dipendenza economica sarebbe indubitabile[10].
In tal senso, il grado di dipendenza economica di un'impresa rispetto ad un'altra andrà quindi vagliata valutando:

- il livello e la sostenibilità dei **costi necessari alla conversione** che determina la possibilità di spostarsi su alternative economicamente più vantaggiose, concretamente praticabili;

ma anche tenendo in considerazione ad esempio altri fattori caratterizzanti il rapporto, quali ad esempio:

- la rilevante **dipendenza** dall'impresa "forte" **del fatturato** dell'impresa "debole";
- la **dipendenza dall'impresa "forte" per la fornitura di beni e/o servizi**;
- la **rilevanza e l'asimmetria degli investimenti specifici** effettuati dall'impresa "debole", e la loro facilità di conversione;
- **l'asimmetria dimensionale**;
- la **durata e reiterazione dei contratti** alla base della *partneship*.

In ottica di rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica, appare apprezzabile lo sforzo del legislatore, che ha introdotto[11], a decorrere dal 31 ottobre 2022, una presunzione, salvo prova contraria, di dipendenza economica per quell'impresa che operi attraverso servizi di intermediazione forniti da una **piattaforma digitale**, che assuma un ruolo determinante nel raggiungimento degli utenti finali o di fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati.
Come anticipato però, la **condotta punibile** non consiste nello stato di dipendenza economica, ma nel suo abuso.
Il legislatore però non fornisce una definizione puntuale di abuso, limitandosi invece al comma 2 dell'art. 9, L. 192/98 a fornire alcune fattispecie esemplificative quali:

- il rifiuto di vendere o di comprare;
- l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie;
- l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto;

e con specifico riferimento alle pratiche abusive delle piattaforme digitali[12]:

- il fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato;
- la richiesta di indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta;
- l'adozione di pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio,

anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non

10 Come disposto dal terzo periodo, comma 1, art. 9 della Legge 192/98.

11 Il riferimento è all'articolo 33 della Legge n. 118 del 5 agosto 2022, che ha novellato, tra gli altri, il comma 1 dell'art. 9, L. 192/98.

12 Così il comma 2 dell'articolo 9, L. 192/98, come novellato ai sensi della lett. b), comma 1, art. 33, Legge 118 del 5 agosto 2022.

previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere.
Degno di nota è infine il comma 3-bis, art. 9 della L. n. 192/98, secondo cui **l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica,** in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 (Ritardi nei pagamenti)[13], posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie[14].
In conclusione dunque l'abuso va ricercato nell'"*eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*".
Ora per taluni autori e giurisprudenza, tale squilibrio di diritti e di obblighi è rinvenibile solo quando ad una parte siano contrattualmente accordate facoltà che a pari condizioni sono negate all'altra (visione atomistica), mentre per altri l'eccesso sta nella significativa divergenza fra le prestazioni delle due parti, da valutarsi tenendo conto di tutte le clausole contrattuali nel loro complesso (visione organica).
In ogni caso il necessario nesso di causalità tra lo squilibrio di diritti ed obblighi contrattuali e il conseguente squilibrio economico ai fini dell'accertamento dell'abuso *de quo* non può non tenere conto del fatto che, trattandosi di rapporti tra imprenditori, la semplice riduzione o comunque il mantenimento di un margine economico minimo per l'impresa abusata renderà di difficile dimostrazione l'**eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi** alla base dell'abuso.
Non c'è invece alcun dubbio che margini economici estremamente ridotti, a fronte di significativi impegni finanziari, possono certamente condurre l'impresa "debole" verso una condizione di crisi o addirittura di insolvenza, che a questo punto, visti i margini esigui, ma non azzerati, non troverebbe strada facile per una tutela ex art. 9 della L. n. 192/98, il cui regime sanzionatorio per altro prevede quale sanzione:

- la nullità del patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica[15], e
- una tutela risarcitoria[16] dell'impresa economicamente dipendente (ai sensi del comma 3 dell'articolo 9, L. n. 192/98).

La via della responsabilità da attività di direzione e coordinamento.
La tutela dell'impresa soggetta ad abuso di potere economico su base contrattuale, potrebbe forse passare però per l'art. 2497 c.c. (responsabilità per abuso di direzione e coordinamento).
Qualora infatti fosse possibile dimostrare che la dipendenza economica dell'im-

UNGDCEC

13 Disposizione in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

14 Così il comma 3-bis, dell'articolo 9, L. 192/98.

15 D'altra parte il giudice non potrebbe andare oltre la nullità della singola clausola contrattuale, non potendo certamente sostituirsi *ex post* alla libera autonomia negoziale privata con un giudizio che riscriva letteralmente il contratto (anche se effettivamente questa sarebbe la sola prospettiva realmente risolutoria per l'imprenditore "debole"). Così già G. La Croce, *op. cit.*, p. 1339.

16 La tutela risarcitoria (ex art. 2043 c.c.) che appare necessaria al fine di un'efficace potere deterrente della disposizione, sembra risiedere nel fatto che il comma 2, dell'articolo 9, L. n. 198/92 contempla anche condotte che non necessariamente sono legate all'esistenza di un contratto, quali ad esempio il rifiuto di vendere e di comprare.

presa abusata sia fondata su "*particolari vincoli contrattuali*"[17], idonei a determinare quell'influenza dominante alla base del c.d. controllo contrattuale, sarebbe possibile attivare la presunzione di sussistenza, salvo prova contraria, dell'attività di direzione e coordinamento, di cui all'articolo 2497-sexies[18] c.c., ovvero in via residuale l'articolo 2497-septies c.c.[19].

Perché si configuri un controllo esterno però non è sufficiente che sussista una mera dipendenza economica, i vincoli contrattuali devono invece essere particolari, ovverosia tali da configurare una vera e propria traslazione in capo all'impresa dominante dei tipici poteri del controllo interno. Pertanto, saranno tali quei contratti che si traducono in una influenza gestionale e strategica[20] sulla complessiva attività d'impresa della società dominata, prevedendo ad esempio:

- l'approvazione della società dominante per gli atti fondamentali della società controllata;
- il diritto della società controllante di nomina degli amministratori o della maggioranza di essi.

Se quindi in presenza di controllo contrattuale appare pacifico che sussista una situazione di dipendenza economica, non è necessariamente vero il contrario, anche se secondo alcuni autori[21] nel momento in cui gli effetti dell'abuso del contratto abbiano determinato nel soggetto debole l'impossibilità di riconvertirsi, la traslazione all'esterno del potere di direzione dell'impresa può essere considerata giuridicamente provata, stante appunto l'assenza di alternative.

Va rammentato però che l'art. 2497 c.c. di cui trattasi, che restringe la tutela alle sole società (diversamente dall'art. 9 della Legge n. 192/98 che riguarda tutte le imprese), non punisce l'attività di direzione e coordinamento, che invece è ritenuta lecita dal nostro ordinamento, ma prevede quale condotta punibile il suo abuso.

L'attività di direzione e coordinamento sarà illegittima pertanto qualora arrechi un **pregiudizio** alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società[22].

---

17 L'art. 2359 c.c. recita infatti al comma 1, punto 3: "*Sono considerate società controllate:*" – omissis – "*3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.*" (c.d. "*controllo contrattuale*").

18 L'articolo 2497-sexies c.c. (Presunzioni) recita: "*... si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente*" - omissis - "*che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359.*"

19 L'articolo 2497-septies (Coordinamento fra società) recita: "*Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497 sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.*"

20 Secondo il Tribunale Milano, Sez. spec. in materia di imprese, Sent., 21/07/2020, n. 4469, il controllo contrattuale esterno si verificherebbe qualora la controllante imponga alla controllata le proprie scelte strategiche quali ad esempio:

- l'imposizione di specifici strumenti da utilizzare per l'esecuzione dell'attività d'impresa;
- l'imposizione di specifiche procedure amministrativo-gestionali comuni a quelle della stessa controllante.

21 G. La Croce, *op. cit.*, p. 1340.

22 Il primo periodo del comma 1, dell'art. 2497 c.c. recita infatti: "*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.*"
Ex multis: Cassazione Civile, Sez. I, 11 dicembre 2006, n. 26325, Tribunale Ancona, Sez. spec. in materia di imprese, Sent., 02/03/2022, n. 304.

Il pregiudizio ad ogni modo andrà valutato sempre al netto dei c.d. vantaggi compensativi[23].
In dottrina i vantaggi compensativi sono oggetto di dibattito, secondo la tesi più rigorosa, il vantaggio compensativo dovrebbe avere una utilità diretta per la società controllata, in ottica di bilanciamento per così dire "aritmetico" del danno arrecatole, di contro il vantaggio complessivo del gruppo non costituirebbe esimente. La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che una operazione apparentemente pregiudizievole per una controllata possa effettivamente essere considerata non dannosa, laddove essa risponda ad un interesse di gruppo che possa arrecare beneficio alla controllata, senza che sia necessaria la rigorosa adozione di un criterio rigidamente algebrico.
Resta ferma però la giurisprudenza maggioritaria, per la quale la controllante convenuta in giudizio deve eccepire puntualmente e tempestivamente la sussistenza dei vantaggi compensativi per valersi delle esimenti e secondo cui non è in alcun modo giustificabile il sacrificio dell'interesse della controllata per il solo fatto di appartenere al gruppo[24].
In conclusione appare dunque come l'azione di responsabilità per attività di direzione e coordinamento sconterebbe, oltre la probabile quanto inevitabile *debacle* dei rapporti con il *partner* "forte" (proprio a causa dell'azione intrapresa):

- la sovrapposizione di titoli risarcitori, convivendo con l'abusiva attività di direzione e coordinamento anche l'abuso di dipendenza economica;
- la non facile dimostrazione di una permanente e sistematica ingerenza a cura degli amministratori della capogruppo nelle scelte gestorie di carattere finanziario, industriale e commerciale della società subordinata (ciò che rileva a tal fine è che le scelte di gestione strategiche nel *core business* della società siano nelle mani della capogruppo);
- la necessità di dimostrazione del pregiudizio a danno della redditività, del valore della partecipazione sociale e nei confronti dei creditori sociali, avverso il quale la controllate avrebbe la possibilità di opporre il beneficio derivante da vantaggi compensativi.

Per una soluzione della crisi dell'impresa abusata tramite il CCII[25]
Il problema dell'abuso di potere economico nei rapporti contrattuali tra imprese non sembra poter essere risolto in modo soddisfacente neanche dalle nuove disposizioni previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.
Innanzitutto in quanto oggetto della composizione negoziale dinanzi all'OCRI sarebbe la crisi economico-finanziaria dell'impresa "debole" e il suo risanamento e non l'abuso di dipendenza economica, che però ne è la causa.
Inoltre l'impresa "forte", la cui adesione alla conciliazione dinanzi all'OCRI rappresenterebbe la condizione inevitabile attraverso cui addivenire ad una ri-

23 Il secondo periodo del comma 1, dell'art. 2497 c.c. recita infatti: "*Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*"

24 Cassazione Civile, Sez. I, 11 dicembre 2006, n. 26325, Tribunale Ancona, Sez. spec. in materia di imprese, Sent., 02/03/2022, n. 304.

25 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - D.Lgs. n. 14/2019.

soluzione della crisi, si troverebbe nella posizione, ancora una volta di forza, di cogliere l'opportunità di non aderire alla conciliazione, condannando al *default* un imprenditore per così dire "ostile", con il quale potrebbe non essere più interessata a proseguire alcun tipo di rapporto, forte magari della disponibilità a subentragli di altre imprese. L'unico rischio sarebbe quello di "inciampare" in un'azione risarcitoria da parte della futura procedura liquidatoria dell'impresa "debole", che però ci risulta raramente essere stata promossa dalle curatele.
Anche volendo immaginare l'utilizzo degli altri strumenti previsti dal CCII (accordi di ristrutturazione, concordato, ecc.) ci si troverebbe inevitabilmente a passare per l'accordo con l'impresa "forte" con le conseguenti criticità sopra illustrate, mentre appare difficile che si possa basare la proposta di concordato sull'incerta azione risarcitoria (ex art. 9, L. 192/98), sia per i tempi dilatati di una causa civile, non certamente in linea con i tempi richiesti dal CCII per concordato e ristrutturazione, sia perché in caso di concordato liquidatorio l'impresa "debole" si troverebbe comunque a dover sopportare anche il maggior aggravio legato al necessario apporto di nuova finanza per il buon esito della procedura (ai sensi del comma 4, art. 84 D.Lgs. 14/2019).

Conclusioni

Il bisogno di giustiziabilità[26] dei diritti e degli interessi dell'impresa in crisi a causa dell'abuso di potere economico, alla luce di quanto esposto, appare non avere altra tutela efficacemente praticabile che quella prevista dall'azione risarcitoria per abuso di dipendenza economica (ex art. 9, L. n. 192/98), la quale prescinde da qualsiasi eventuale vantaggio compensativo e allarga il raggio d'azione a tutte le imprese (e non solo a quelle in forma societaria).
In ogni caso però sia l'azione per abuso di dipendenza economica, che quella per responsabilità da attività di direzione e coordinamento, restano incapaci di fornire uno strumento tempestivo ed efficace per l'emersione dell'abuso di potere economico nei rapporti contrattuali tra imprese e conseguentemente anche per quell'emersione anticipata della crisi, che avrebbe dovuto essere oggetto di tutela da parte del CCII e che invece pare avere completamente trascurato l'esistenza, oltre che di creditori deboli, di debitori deboli, lasciati ad un destino liquidatorio (volontario o giudiziale che sia) come fossero figli di un dio minore.

26 Da non confondere con il giustizialismo.

UNGDCEC

Osmosi degli adeguati assetti nel modello organizzativo 231/2001: La transizione culturale rende obbligatorio all'imprenditore l'adozione di modelli di business leciti e sostenibili

Sonia Mazzucco
Vice Presidente UNGDCEC – Delegata in materia Crisi d'Impresa

Francesco Diana
Componente della Commissione UNGDCEC Crisi d'Impresa

Dopo un lungo percorso di modifiche ed interventi legislativi, il 15 luglio 2022 è entrato in vigore il *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* che, tra l'altro, per effetto delle modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 83/2022 (c.d. "secondo correttivo"), reca la riscrittura dell'art. 3 rubricato "*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.* Già solo la rubrica della norma in argomento introduce importanti e profonde riflessioni, sia di carattere formale, sia di natura pratica e sostanziale.
Esplicito, innanzitutto, l'intento della rilevazione precoce dei prodromi di uno stato di crisi, ove la tempestività costituisce elemento essenziale, da un lato, per poter avviare un processo psicologico di consapevolezza – da parte dell'imprenditore – dell'esistenza di una discontinuità in atto e, dall'altro, per poter assumere le iniziative opportune per il suo superamento, nell'ottica della salvaguardia della continuità aziendale e della preservazione del valore aziendale.
In tal senso, la necessità che l'imprenditore, sia esso individuale o collettivo, istituisca o comunque si doti di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato allo scopo.
In particolare, tre sono gli aspetti principali che emergono con immediatezza dalla lettura del citato art. 3: il richiamo all'art. 2086 c.c., le finalità ed i segnali di "*distress*".

Con riferimento al primo aspetto deve rilevarsi, innanzitutto, che i nuovi obblighi previsti dall'art. 2086 c.c. sono vigenti oramai dal 16.3.2019, sebbene l'"intermittenza" dei vari interventi legislativi operati sul Codice in questi anni, anche dettati dal periodo di emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19, abbia alterato l'effettiva portata della norma in argomento, generando confusione e perplessità e, conseguentemente ostacolando la sua concreta attuazione da parte degli imprenditori. Ciò premesso e come già anticipato, l'art. 3 del CCII prevede che l'imprenditore, sia esso individuale o collettivo, debba obbligatoriamente (rispettivamente) adottare misure idonee/istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai fini della tempestiva rilevazione di un eventuale stato di crisi dell'impresa. Per l'imprenditore collettivo vi è poi il richiamo specifico all'art. 2086 c.c., nel senso che è richiesto che l'assetto debba essere approntato in modo da rispettare le previsioni di cui alla citata norma, ovvero che sia "*...adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa ...*".

Il secondo aspetto richiama le finalità, come delineate al terzo comma dell'art. 3, a cui devono tendere le misure organizzative e gli assetti istituiti, tali da consentire, tempestivamente, a) la rilevazione di eventuali squilibri patrimoniali, economici e finanziari, b) la verifica della sostenibilità dei debiti e delle prospettive di continuità aziendale, per almeno i 12 mesi successivi, c) la rilevazione dei segnali di distress specificamente indicati dalla norma e, in ultimo, d) la possibilità di ricavare le informazioni necessarie poter elaborare un piano di risanamento sulla scorta di quanto richiesto dalla lista di controllo particolareggiata di cui all'art. 13 comma 2 del D. Lgs. n. 14/2019, oltre che per l'effettuazione del test pratico di autodiagnosi.
Il terzo comma rappresenta la vera novità del modificato art. 3, tale da contribuire alla definizione del concetto di adeguatezza per cui gli assetti saranno validi a condizione che siano in grado di consentire, in maniera costante e tempestiva, lo svolgimento di talune verifiche, l'ottenimento di determinate informazioni e l'accensione di specifici segnali di allarme.
Viene cosi delineata la c.d. "toolbox" di cui l'imprenditore dovrà dotarsi e che, nella sostanza, richiama alla necessità di un attento monitoraggio degli equilibri aziendali, alla necessità di dotarsi di un sistema di controllo di gestione e di monitoraggio dei *free cash flow* (oltre che del loro impiego) nonché, sebbene non in ultimo, di un sistema di pianificazione economico-finanziaria che attribuisca all'assetto la necessaria, nonché ricercata, prospettiva *forward looking*.
Non di meno, la necessità che il modello del "patriarca-imprenditore" possa ora spingersi verso la creazione di un'architettura organizzativa tale da favorire il flusso, l'interscambio e la verifica delle informazioni in tempo rapido e verso i soggetti designati ad assumere le decisioni opportune.
Il terzo aspetto riguarda l'individuazione di taluni segnali di distress che, come poc'anzi richiamato, gli adeguati assetti devono essere in grado di intercettare perché potenzialmente indicativi di una situazione di crisi.
Conservando l'impostazione contenuta nei precedenti artt. 15 e 24 del D. Lgs. n. 14/2019, sebbene con differenze sostanziali in tema di scaduto, importo e

conseguenze in capo all'imprenditore, gli adeguati assetti devono assicurare, inoltre, la possibilità di monitorare e intercettare i segnali di allarme derivanti: a) dell'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni, b) dell'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti, c) dell'esistenza di esposizione nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni, d) dell'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-novies co. 1 relativamente al debito scaduto e non versato nei confronti dei c.d. "creditori pubblici qualificati".
In merito, appare quantomai opportuno porre talune riflessioni di ampio respiro ma tali da assurgere a principi generali. Si tratta, in particolare, di porre l'accento sulla considerazione che ci si riferisce pur sempre a segnali, sicuramente di maggior evidenza, ma che vanno opportunamente valutati unitamente ad altri fattori, ivi compresa la dimensione e la specificità aziendale, in una visione sistemica tale da consentire la composizione di un quadro ragionevolmente accurato sullo stato di salute dell'impresa. Pertanto, e in particolare, con riferimento ai segnali di allerta di cui al quarto comma dell'art. 3, questi non andranno mai considerati esaustivi né espressivi di condizioni necessarie e sufficienti tali da poter decretare uno stato di crisi.
Diversamente, in linea con l'intento originario del Codice della crisi e della stessa composizione negoziata della crisi, è necessario che maturi la consapevolezza di una nuova cultura imprenditoriale che, sulla base del monitoraggio e della prevenzione costante, affidandosi a professionisti esperti, anticipi le discontinuità e salvaguardi l'azienda e gli interessi dei suoi stakeholders.
Un cambio culturale che, vale la pena osservare, sicuramente ha un costo per l'impresa se concepito nell'effimero adempimento ad un obbligo normativo ma, tuttavia, capace di trasformarsi in un investimento "visionario" ove si dimostri capace, nel breve periodo, di anticipare l'emersione della crisi e, nel medio-lungo periodo, di costituire una condotta virtuosa capace di sostenere gli sviluppi ulteriori e successivi del *business* e, per questa via, capace di creare valore.
Poste le finalità rispetto alle quali il legislatore traccia il perimetro degli interventi specifici da porre in essere e delle verifiche da dover operare in capo all'imprenditore, riflessioni ulteriori e molteplici si sollevano sullo specifico tema.
Innanzitutto, si deve ritenere che le modifiche apportate all'art. 2086 c.c., sebbene rappresentino uno degli interventi più significativi della riforma in atto, manchino di una visione d'insieme, necessaria ad attribuire concretezza alle previsioni normative e tale da riuscire, effettivamente, a rendere l'adeguamento degli assetti organizzativi una leva competitiva concreta per le aziende. Le imprese, infatti, hanno bisogno di poter rendere semplice la macchina complessa della propria organizzazione, senza duplicazioni o, peggio, sovrapposi-

zioni e suddivisioni di interventi nelle maglie della rete aziendale ascrivibili, anche, alle diverse normative di riferimento da adottare.
In altri termini, in un'ottica sistemica, non può non emergere con forza l'opportunità di integrare un già esistente modello capace di intercettare – anche e non solo – lo stato di un eventuale stato di crisi aziendale, giustappunto con il sistema degli adeguati assetti. Il riferimento, in particolare, è a quel sistema di procedure costruito sull'analisi dei rischi (specificamente inerenti la commissione di comportamenti di natura illecita nell'ambito della criminalità economica), rappresentato dal Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo *ex* D. Lgs. n. 231/2001. Quest'ultimo – si rammenta – è stato introdotto nel 2001 nell'ambito della disciplina della *responsabilità amministrativa degli enti* per i reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da soggetti legati all'organizzazione dell'entità giuridica, siano essi apicali o sottoposti. Deve osservarsi che la commissione nel tempo degli illeciti, qualora impuniti, ha certamente alterato la corretta concorrenza del mercato, con imprese che, nell'avvantaggiarsi proprio di quella condotta penalmente rilevante, hanno operato con maggiore forza e con maggiori benefici nella gestione dei propri affari per il perseguimento del *business*, rappresentando – nel volersi spingere ancora oltre nel ragionamento in atto – anche una modalità gestoria capace di evitare la situazione di crisi attraverso un'alterazione delle regole del corretto e lecito funzionamento della propria impresa.
Ne consegue che, partendo dall'assunto che l'adeguato assetto *ex* art. 3 del D. Lgs. n. 14/2019 richiede nello specifico l'analisi del "rischio di crisi aziendale", allora alcune riflessioni si rendono opportune e, a parere degli scriventi, necessarie per sostenere con coraggio e, per alcuni versi, anche in controtendenza, la necessità di ritenere l'adozione del MOG 231 un obbligo per gli enti. In questo modo, andando oltre il consueto formalismo normativo, dovrebbe ritenersi che quel sistema di regole 231, le procedure ed i controlli posti in essere – integrati delle opportune specifiche previsioni richieste oggi dal CCII – si rivelino idonei non solo a prevenire il rischio di commissioni dei reati specificamente ivi previsti, ma anche idoneo a prevenire il rischio che l'azienda, nel confrontarsi con le correnti difficoltà di gestione, non riesca a prevenire ovvero a far emergere tempestivamente lo stato di crisi in atto.
Pertanto, mancare anche questa occasione significherebbe svilire – ancora una volta – la portata straordinaria della normativa di cui al D. Lgs. n. 231/2001 e, nel contempo, anche della portata e della sfida imposta dagli adeguati assetti nel rinnovato contesto del codice della crisi: un nuovo e positivo approccio per il sistema economico e giuridico, per la comunità e per tutti gli operatori coinvolti è da ritenersi mai come ora doveroso, attraverso un atteggiamento finalizzato a contenere gli effetti distorsivi dei reati commessi nelle realtà imprenditoriali che ben potrebbero anche "offuscare" una possibile crisi in atto dell'impresa.
Potrebbe sembrare troppo audace tale affermazione, ma basterebbe chiedersi quale impresa delinque per "peggiorare" la propria gestione degli affari ed operare in stato di crisi?!
Se si riuscisse, dunque, a maturare quella necessaria e opportuna visione di

insieme tra le varie normative volute dal legislatore, tali da essere considerate come un unico impianto "contenitore", da dover riempire in relazione alle necessità specifiche dell'azienda, del suo *business* e quindi della sua organizzazione, dello stadio di sviluppo nonché della propensione al rischio dell'impresa, si potrebbe raggiungere l'obiettivo ultimo di preservare le aziende e la loro continuità, di sostenerne una crescita non solo sostenibile ma anche lecita, valorizzando in tal modo l'intero tessuto economico e sociale del nostro Paese.
Cruciale, pertanto, diviene l'auspicio di un riequilibrio delle posizioni e degli assetti tra i vari protagonisti che entrano in gioco nell'ampio concetto del rischio di impresa, allo scopo di incentivare quel cambio culturale ove l'applicazione della disciplina di cui al D. Lgs. n. 231/2001 non sia più valutata come una mera "facoltà" ma come il passaggio obbligato affinché si integri un modello sostenibile e duraturo di *business*.
Tra la disciplina del Codice della Crisi e le previsioni di cui al D. Lgs. n. 231/2001 ci sono, pertanto, evidenti similitudini che vanno necessariamente a complementarsi e che, entrambe, richiedono alle imprese di analizzare il rischio al fine di prevenire, rispettivamente, la crisi aziendale o la commissione di un reato all'interno dell'impresa: l'adozione di logiche simili deve indurre a ritenere, per la proprietà transitiva, che l'adozione del Modello 231, con le opportune integrazioni richieste dall'art. 3 del CCII, nel prevenire l'illecito prevenga anche lo stato di crisi, con ciò ponendosi la sua adozione sostanzialmente quale un obbligo.
La costruzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, esattamente come un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo 231, richiede l'utilizzo delle tecniche di *risk assesment* e di *risk management*, ossia che l'imprenditore analizzi la propria specifica situazione, il mercato di riferimento, la tipologia di *business* perseguito, i rischi endogeni e specifici del contesto aziendale in cui opera, l'identificazione dei soggetti apicali e sottoposti costituenti l'organizzazione, i ruoli ricoperti all'interno dei sistemi di gestione, il sistema delle deleghe implementato e da istituire, creazione di procedure, di un sistema di controllo. È evidente che un'impresa che avrà adottato un MOG 231 sarà già naturalmente predisposta e matura ad ampliare la propria struttura aziendale anche in funzione della prevenzione della crisi d'impresa.
In conclusione, con l'auspicio che si attribuisca una dimensione organica e sistematica ai diversi strumenti normativi, aziendalistici e gestionali messi a disposizione delle imprese, al fine di salvaguardarne la continuità aziendale ed anche di sostenerne la crescita nel rispetto dell'etica degli affari, occorre prendere consapevolezza di un mutato contesto imprenditoriale e competitivo nel quale non basta più "l'arte imprenditoriale", ma occorre disporre di competenze, di risorse e di *skill* adeguati, favorendo la necessaria "transizione culturale" che abbia anche il coraggio di un cambiamento di prospettiva, tale da sensibilizzare tutte le imprese a dotarsi di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo 231/2001, integrato con le misure e i presidi degli adeguati assetti e, in tal modo, capace di preservare e creare valore "allargato e condiviso".

NEWS
E APPROFONDIMENTI

24 ORE PROFESSIONALE

Crisi d'impresa, nuove soglie per gli alert

Marco Rubino, Alessandro Turchi, Il Sole 24 Ore, Estratto da "La Settimana Fiscale, Edizione del 21 settembre 2022, n. 35, pag. 30-34

NEWS
E APPROFONDIMENTI

EMERSIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI E SALVAGUARDIA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

L'entrata in vigore del Dlgs 12 gennaio 2019, n. 14, noto come Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, destinato a riformare l'intera disciplina della crisi d'impresa e delle procedure concorsuali, è stata oggetto di **diversi differimenti** alla luce degli effetti prolungati della pandemia da Covid-19. Originariamente prevista per il 14 agosto 2019, è stata spostata prima dal Dl 23/2020 al 1° settembre 2021, poi al 16 maggio 2022 dal Dl 118/2021 e, infine al **15 luglio 2022**, data nella quale il Dl 36/2022 ha statuito che la nuova norma entrasse in vigore, nella sua versione completa. In questa evoluzione normativa, anche la specifica materia degli **obblighi di segnalazione** è stata oggetto di ripetuti interventi: prima dal Dl 118/2021, per quanto riguarda gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo, poi dalla L. 233/2021 di conversione del Dl 152/2021, per quanto concerne gli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati. Da ultimo, con il **Decreto legge 21 giugno 2022, n. 73 convertito con modif. dalla L. 4 agosto 2022, n. 122**, il legislatore è intervenuto nuovamente modificando le **soglie** rilevanti ai fini della **segnalazione** dell'agenzia delle Entrate, di cui all'articolo 25-*novies* del Codice della crisi d'impresa.

Gli obblighi di segnalazione posti a carico dei creditori pubblici qualificati, oltre che quelli in capo all'organo di controllo ove esistente, sono strettamente legati alle principali finalità perseguite dal Codice della crisi sin dalla sua versione originaria e ulteriormente rafforzate con il recente Dlgs 17 giugno 2022, n. 83 (noto come "decreto *Insolvency*"): la **rilevazione tempestiva della crisi** d'impresa e la **salvaguardia della continuità** aziendale.

La salvaguardia del cd. *going concern* rappresenta il primario obiettivo di tutti i recenti interventi comunitari in materia di crisi aziendale ed è stata declinata nel Codice attraverso la trattazione prioritaria delle proposte finalizzate al superamento della crisi mediante piani che prevedano il mantenimento della continuità azien-

dale, purché funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.
La salvaguardia della continuità d'impresa è inevitabilmente accompagnata dall'ulteriore finalità perseguita dal legislatore, ossia la rilevazione tempestiva della crisi, nella consapevolezza, avvalorata dalla prassi, che un intervento tempestivo aumenti in misura considerevole la probabilità di successo del risanamento aziendale, mentre il ritardo nel percepire i segnali della crisi conduca sovente ad un'insolvenza difficilmente recuperabile.

ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI E OBBLIGHI DI SEGNALAZIONE

La riforma della crisi d'impresa si prefigge le finalità in precedenza brevemente delineate, individuando come elemento centrale l'obbligo di istituzione di **adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili** *ex* articolo 2086, comma 2, c.c. e parallelamente gli **obblighi di segnalazione** posti a carico dell'organo di controllo, ove esistente, e dei ccdd. "**creditori pubblici qualificati**".
Il secondo comma dell'**articolo 2086 c.c.**, già in vigore dal 16 marzo 2019, dispone infatti che «*l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*».
A rimarcare l'importanza degli adeguati assetti societari, il decreto *Insolvency* è intervenuto sull'**articolo 3 del Codice della crisi** fornendo indicazioni utili al fine di individuare il contenuto e le finalità degli stessi.
Ulteriore intervento del decreto *Insolvency* è rappresentato dall'introduzione nel Codice della crisi degli **articoli 25-*octies* e 25-*novies***, che disciplinano, rispettivamente, gli obblighi di segnalazione previsti in capo all'organo di controllo e quelli in capo ai creditori pubblici qualificati.
Si tratta di modifiche legislative che si muovono inevitabilmente verso il medesimo fine: favorire la rilevazione tempestiva della crisi e l'attivazione dell'organo gestorio nell'individuazione dello strumento più adatto per farvi fronte.

OBBLIGHI DI SEGNALAZIONE DEI CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI

Come anticipato, gli obblighi di segnalazione incombono sia in capo all'organo di controllo, sia in capo ai creditori pubblici qualificati (agenzia delle Entrate, Inps, Inail e agenzia delle Entrate-riscossione). Tuttavia, mentre la segnalazione dell'organo di controllo scatta, in presenza di **squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario**, a seguito dell'esame della complessiva situazione dell'impresa, i creditori pubblici si attivano **solamente** a fronte dell'esistenza di **debiti scaduti di importo superiore a determinate soglie**.
La differenza di approccio si spiega per il fatto che l'organo di controllo, attraverso i poteri di vigilanza previsti dall'articolo 2403 c.c., ha una visione più ampia della realtà aziendale che gli consente di percepire possibili segnali di crisi che vanno al di là del semplice ritardo nel pagamento dei debiti (si pensi ad esempio al caso di un'impresa che perda una rilevante commessa che da sola garantiva gran parte dei

ricavi: è chiaro che un simile evento, pur non incidendo nell'immediato sull'esposizione debitoria, rappresenta tuttavia un fondato pericolo per la continuità aziendale, foriero di possibile crisi).
La volontà del legislatore di introdurre obblighi di segnalazione basati sull'inadempimento delle obbligazioni nei confronti dei creditori pubblici discende, inoltre, dal dato di esperienza che, quando l'imprenditore si trova in difficoltà, tende a **finanziarsi** mediante l'**omesso versamento di imposte e contributi**. La ricaduta patologica di un simile comportamento porta all'apertura di procedure di insolvenza in cui i debiti erariali e contributivi rappresentano gran parte del passivo concorsuale con grave danno sia alla cassa pubblica, che difficilmente potrà rientrare dai propri crediti, sia agli altri creditori le cui possibilità di soddisfacimento sono spesso frustrate dai privilegi di grado superiore che assistono i crediti erariali e contributivi.
Per ovviare a tale inconveniente il legislatore del Codice della crisi ha dunque voluto prevedere delle soglie oltre le quali il mancato versamento di tributi e contributi fa scattare la segnalazione da parte degli enti pubblici.

FINALITÀ DELLA SEGNALAZIONE: DALLE MISURE DI ALLERTA ALLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA

L'originario articolo 15 del Codice della crisi prevedeva che la segnalazione inoltrata dai creditori pubblici all'imprenditore contenesse l'invito a regolarizzare la posizione (mediante il pagamento del debito scaduto o una sua richiesta di rateazione), avvertendolo che, in mancanza, si sarebbe proceduto alla segnalazione all'organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI).
Nel disegno del Codice della crisi, precedente le ultime modifiche, l'OCRI, una volta ricevuta la segnalazione, avrebbe dovuto convocare l'imprenditore per riferire in ordine alla situazione della società e alle iniziative che intendeva intraprendere e, nel caso in cui l'imprenditore non si fosse presentato, avrebbe dovuto procedere a segnalare la situazione al pubblico ministero per l'eventuale richiesta di apertura della liquidazione giudiziale.
Se non che, le conseguenze economiche della pandemia sul tessuto imprenditoriale, hanno indotto il legislatore ad un ripensamento dell'intera disciplina, iniziato con il Dl 118/2021, convertito con modif. dalla L. 147/2021, che ha introdotto nel nostro ordinamento la composizione negoziata, e culminato con il Dlgs 83/2022 che ha eliminato dal testo del Codice della crisi le norme sulle misure d'allerta, sostituendole con quelle sulla **composizione negoziata**.
I nuovi obblighi di segnalazione si distinguono dalle precedenti misure d'allerta in quanto prevedono come unico destinatario **il solo imprenditore**, venendo dunque meno sia l'ulteriore segnalazione all'OCRI (organismo ormai soppresso) sia quella al pubblico ministero. Inoltre, poiché nel nuovo sistema la composizione negoziata – così come tutti gli altri strumenti di regolazione della crisi alternativi alla liquidazione giudiziale – è una misura che può essere attivata solamente su **iniziativa dell'imprenditore**, la finalità della segnalazione è semplicemente quella di **rendere edotta l'impresa** della possibilità di attivare il nuovo strumento della composizione negoziata, qualora ne ricorrano le condizioni.

SEGNALAZIONE DA PARTE DEGLI ISTITUTI DI PREVIDENZA E ASSISTENZA (INPS E INAIL)

Per entrambi gli istituti la segnalazione scatta in presenza di debiti per omesso versamento di contributi previdenziali e assistenziali **scaduti da oltre 90 giorni**, tuttavia, mentre la segnalazione da parte dell'Inail scatta in ogni caso in presenza di debiti scaduti **superiori a 5.000 euro**, per l'Inps la **soglia di rilevanza cambia** a seconda che l'impresa impieghi o meno personale dipendente.

In particolare, in presenza di lavoratori subordinati o parasubordinati, la segnalazione scatta quando i contributi scaduti eccedono il **30%** di quelli dovuti nell'anno precedente e l'importo di **15.000 euro**; mentre, in assenza di personale dipendente, i debiti scaduti rilevanti per il superamento della soglia devono essere superiori a **5.000 euro**. La formulazione letterale della norma fa ritenere che, in caso di imprese che impiegano personale dipendente, i due limiti (percentuale e assoluto) devono **coesistere** sicché, ad esempio, non dovrebbe dar luogo a segnalazione l'esistenza di debiti scaduti superiori a 15.000 euro quando l'ammontare dello scaduto sia comunque inferiore al 30% dei contributi dovuti nell'anno precedente. Inoltre, il riferimento percentuale all'anno precedente, farebbe ritenere che, nel caso in cui un'impresa non abbia avuto lavoratori in tale anno, la soglia di rilevanza dello scaduto sia solamente quella riferita a debiti superiori a 15.000 euro.

Le segnalazioni sono inviate all'imprenditore e, se istituito, all'organo di controllo (collegio sindacale o sindaco unico), **entro 60 giorni dal superamento delle soglie** sopra descritte.

Infine, per la prima applicazione della norma, le segnalazioni da parte dell'Inps decorrono con riferimento ai debiti accertati a partire dal **1° gennaio 2022**, mentre per l'Inail da quelli accertati a partire dal **15 luglio 2022** (data di entrata in vigore del Codice della crisi).

SEGNALAZIONE DA PARTE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

La segnalazione da parte dell'agenzia delle Entrate è limitata all'**omesso versamento dell'Iva**, mentre non rileva il mancato versamento di altri tributi (ad es. ritenute alla fonte oppure imposte sui redditi o Irap). La scelta è stata dettata dal fatto che gli ordinari obblighi di liquidazione e versamento dell'Iva a cadenza mensile o trimestrale ed i correlati obblighi dichiarativi (comunicazione delle liquidazioni periodiche – LIPE – a cadenza trimestrale) consentono una più tempestiva rilevazione dell'esistenza di ritardi nel pagamento dell'imposta, rispetto, ad esempio, al versamento delle ritenute. Per queste ultime, infatti, non essendo previsti obblighi di comunicazione infrannuale, per verificare eventuali omessi versamenti occorre attendere la trasmissione della dichiarazione dei sostituti d'imposta, che generalmente interviene l'anno successivo a quello in cui le ritenute sono state operate.

Se dunque la scelta del legislatore è stata quella di agganciare l'obbligo di segnalazione all'omesso versamento dell'Iva, la soglia di rilevanza originariamente individuata dal Dlgs 83/2022 (5.000 euro) ha suscitato **numerose critiche** da parte delle associazioni di categoria, ritenendola eccessivamente bassa.

Il legislatore è così recentemente intervenuto sulla norma, modificandola ad opera dell'**articolo 37-*bis* del decreto legge 21 giugno 2022, n. 73**.

La soglia di **5.000 euro** è stata **mantenuta** specificando, tuttavia, che il debito scaduto deve essere **non inferiore** al **10%** del volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente; inoltre è stata introdotta l'ulteriore

soglia di **20.000 euro** oltre la quale la segnalazione scatta **indipendentemente** dall'entità del **volume d'affari nell'anno precedente**.
Il calcolo della soglia critica, dunque, si complica, potendosi in concreto dare i seguenti casi:

a) debito Iva inferiore o pari a 5.000 euro: nessuna segnalazione;
b) debito Iva superiore a 5.000 euro, ma inferiore o pari a 20.000 euro: la segnalazione scatta solamente se il debito scaduto è pari o superiore al 10% del volume d'affari dell'anno precedente;
c) debito Iva superiore a 20.000 euro: la segnalazione scatta indipendentemente dall'entità del volume d'affari dell'anno precedente.

Il citato decreto legge n. 73/2022 ha **modificato anche i termini di invio** della segnalazione, prevedendo che essa debba avvenire **contestualmente all'inoltro della comunicazione di irregolarità** di cui all'articolo 54-*bis* del Dpr 633/1972 (cd. "lettera di compliance"), e, comunque, **non oltre 150 giorni** dal termine di presentazione delle comunicazioni relative alle liquidazioni periodiche Iva (cd. LIPE). Per la prima applicazione della norma si farà riferimento alle LIPE presentate a partire **dal secondo trimestre 2022** (anziché dal primo trimestre, come originariamente previsto).

SEGNALAZIONE DA PARTE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE-RISCOSSIONE

Infine, il sistema della segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati si completa con il coinvolgimento dell'agente della riscossione che si attiva in presenza di debiti **scaduti da oltre 90 giorni**, per importi **iscritti a ruolo**, **autodichiarati** o **definitivamente accertati**, superiori a determinate soglie che variano a seconda della tipologia di imprenditore:

- **100.000 euro** per le imprese individuali,
- **200.000 euro** per le società di persone,
- **500.000 euro** per le altre società.

La norma parla di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati. La generica parola "crediti" fa ritenere che vadano annoverati tra di essi non solamente i crediti tributari e contributivi già (eventualmente) oggetto di segnalazione da parte degli altri creditori pubblici qualificati (agenzia delle Entrate, Inps e Inail), ma **tutti i crediti affidati alla riscossione**, comprese dunque altre tipologie di tributi diversi dall'Iva (quali, ad esempio, ritenute alla fonte, imposte sui redditi, Irap, tributi locali), ovvero gestiti da altri enti (quali, ad esempio, agenzia delle Dogane, Enasarco). Inoltre, nella nozione di "crediti affidati per la riscossione" dovrebbero rientrare non solamente i tributi e contributi, ma **anche** le relative **sanzioni e interessi di mora**.
Le segnalazioni sono **inviate entro 60 giorni dal superamento delle soglie** sopra descritte a decorrere dai carichi affidati all'agente della riscossione a partire dal **1° luglio 2022**.

CONCLUSIONI

Come si è detto, la segnalazione da parte dell'agente della riscossione dovrebbe completare il generale sistema di segnalazione dei creditori pubblici qualificati: nel senso che gli inadempimenti che non vengono direttamente rilevati da agenzia delle Entrate, Inps e Inail, perché ad esempio relativi ad omessi versamenti

di tributi diversi dall'Iva o da contributi dovuti ad altri enti, dovrebbero, in ultima istanza, essere intercettati dall'agente della riscossione in sede di recupero coattivo. Se non che, non si può non notare una **forte disparità** quantitativa tra le soglie di rilevanza previste per la segnalazione da parte dell'agenzia delle Entrate, Inps e Inail (nel complesso inferiori a 20.000 euro) e quelle fissate per la segnalazione da parte dell'agente della riscossione (che, come visto, per le società di capitali devono eccedere i 500.000 euro). Una soglia così elevata fa temere che la segnalazione dell'agente della riscossione possa essere **scarsamente efficace**: occorre infatti ricordare che la segnalazione è finalizzata ad invitare l'imprenditore ad attivare la composizione negoziata e che tale strumento è riservato alle imprese in crisi (o auspicabilmente in pre-crisi) suscettibili di risanamento. Si ritiene improbabile che un'impresa che presenti un indebitamento per carichi iscritti a ruolo superiore a 500.000 euro possa essere ancora in una fase di crisi reversibile e non sia viceversa già scivolata verso l'insolvenza, cosa che rende la composizione negoziata difficilmente praticabile.

Nuove soglie Iva dopo il Dl 73/2022

Debito Iva scaduto e non versato da LIPE	Segnalazione	Termini di segnalazione
Inferiore a 5.000 euro	No	-
Compreso tra 5.000 euro e 20.000 euro	Solo se il debito scaduto è pari o superiore al 10% del volume d'affari dell'anno precedente	Non oltre 150 giorni dal termine di presentazione delle LIPE
Superiore a 20.000 euro	Sempre	Non oltre 150 giorni dal termine di presentazione delle LIPE

Soglie di rilevanza per la segnalazione degli altri creditori pubblici qualificati

Ente segnalatore	Tipologia di debito	Importo della soglia critica	Termini di segnalazione
Inail	Premi assicurativi	Debiti scaduti da oltre 90 giorni superiori a 5.000 euro	Debiti accertati a partire dal 15 luglio 2022
Inps	Contributi previdenziali	Debiti scaduti da oltre 90 giorni superiori al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di 15.000 euro, per imprese con lavoratori, e superiori a 5.000 euro, per imprese senza lavoratori	Debiti accertati a partire dal 1° gennaio 2022
Agenzia delle Entrate - Riscossione	Tutti i debiti affidati alla riscossione	Debiti scaduti da oltre 90 giorni superiori a 100.000 euro per le imprese individuali, 200.000 euro per le società di persone, 500.000 euro per le altre società	Carichi affidati alla riscossione a partire dal 1° luglio 2022

24 ORE PROFESSIONALE

“Modulo24, finalmente una soluzione utile e innovativa per la mia professione”

Responsabilità e Risarcimento

Accertamento e Riscossione

Contenzioso Tributario

Tuir

Contratti

Revisione legale e Crisi d’impresa

Terzo settore

Modulo24

LA PIATTAFORMA DIGITALE EVOLUTA CHE SUPPORTA E MIGLIORA IL LAVORO DEI PROFESSIONISTI.

Con Modulo24 hai a disposizione in un unico ambiente:

- **News quotidiane,** l’analisi sui temi e tutti gli approfondimenti.
- **Una rivista digitale** di aggiornamento e approfondimento con i contributi delle firme più autorevoli.
- **Una banca dati** che raccoglie l’intera base normativa e strumenti operativi sulla materia.
- **Un prontuario pratico** e completo delle norme e delle novità legislative.
- **Gli esperti del Sole 24 Ore** sempre a disposizione per risolvere dubbi e rendere più semplice il lavoro.

SCOPRI DI PIÙ SU MODULO24.COM