



GLI SPECIALI

EUTEKNE!INFO
IL QUOTIDIANO DEL COMMERCIALISTA

Le novità del Codice della crisi dopo il decreto correttivo

Analisi delle principali novità del DLgs. 14/2019, modificato dal DLgs. 83/2022, in materia di crisi ed insolvenza d'impresa, in vigore dal 15.7.2022

A CURA DI AA.VV.



- **Squilibrio economico e finanziario**
- **Probabilità di crisi o insolvenza**
- **Misure e assetti per la tempestiva rilevazione della crisi**
- **Composizione negoziata della crisi ed esperto indipendente**
- **Albo dei gestori della crisi d'impresa e dell'insolvenza**

A cura di

Maria Francesca ARTUSI

Fabrizio BAVA

Alain DEVALLE

Francesco DIANA

Maurizio MEOLI

Antonio NICOTRA

Marco PEZZETTA

EUTEKNE

Editore: EUTEKNE S.p.A.

Via San Pio V, 27 - 10125 TORINO

telefono +39.011.562.89.70 fax +39.011.562.76.04

e-mail: info@eutekne.it www.eutekne.it

Capitale Sociale € 540.000,00 i.v.

Codice Fiscale, Partita I.V.A. e

Registro Imprese di Torino 05546030015

EDIZIONE FUORI COMMERCIO

RISERVATA AGLI ISCRITTI

ALL'ODCEC DI TORINO

Il presente numero è stato chiuso in redazione il 14 luglio 2022

INDICE

INTRODUZIONE

Antonio NICOTRA

1	PREMESSA	7
2	NOVITÀ DEL DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DELLA CRISI.....	7

CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA - PRINCIPI GENERALI

Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	8
2	ENTRATA IN VIGORE.....	8
3	DECRETO CORRETTIVO - PRINCIPI GENERALE DEL CODICE DELLA CRISI	10
3.1	<i>Nozioni</i>	10
3.2	<i>Doveri delle parti</i>	12
3.3	<i>Accesso alle informazioni ed economicità delle procedure</i>	13
3.4	<i>Prededucibilità dei crediti</i>	13
3.5	<i>Trattazione unitaria delle domande</i>	14
3.6	<i>Durata delle misure protettive</i>	14

ADEGUATI ASSETTI SOCIETARI - RUOLO DI AMMINISTRATORI E SINDACI

Maurizio MEOLI

1	PREMESSA	15
1.1	<i>Ambito di applicabilità</i>	15
1.1.1	Società di persone	15
1.1.2	Società di capitali.....	16
1.1.3	Ulteriori imprese collettive coinvolte.....	16
1.1.4	L'imprenditore individuale.....	17
1.2	<i>Compimento di un percorso e parallelismo con il DLgs. 231/2001</i>	17
1.3	<i>Entrata in vigore</i>	18
2	ADEGUATO ASSETTO ORGANIZZATIVO, AMMINISTRATIVO E CONTABILE.....	18
2.1	<i>Preesistenza dell'obbligo di adeguati assetti</i>	18
2.2	<i>Estensione alle srl</i>	19
2.3	<i>Funzionalizzazione della struttura societaria</i>	20
2.4	<i>Crisi e perdita della continuità aziendale</i>	21
2.4.1	Crisi	21
2.4.2	Continuità aziendale.....	21
2.5	<i>Assetti organizzativi, amministrativi e contabili</i>	21
2.5.1	Adeguatezza degli assetti.....	23
2.5.2	Adeguatezza degli assetti e tempestiva emersione della crisi.....	25
2.6	<i>Assetti adeguati e responsabilità degli amministratori</i>	25
2.7	<i>Assetti adeguati nelle "nuove" srl</i>	27
2.8	<i>Adozione ed attuazione degli strumenti previsti dall'ordinamento</i>	28

3	ADEGUATI ASSETTI E ORGANO DI CONTROLLO	29
3.1	<i>Presupposti della segnalazione</i>	30
3.2	<i>Termini di reazione</i>	30
3.3	<i>Incentivo alle segnalazioni</i>	30

CRISI E INSOLVENZA - SQUILIBRIO PATRIMONIALE O ECONOMICO-FINANZIARIO - INDIZI DELLA CRISI

Fabrizio BAVA e Alain DEVALLE

1	CRISI E INSOLVENZA	32
2	SQUILIBRIO PATRIMONIALE O ECONOMICO-FINANZIARIO E PROBABILITÀ DI CRISI O INSOLVENZA	34
2.1	<i>Squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario</i>	34
2.2	<i>Verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi</i>	36
2.3	<i>Segnali della possibile crisi d'impresa</i>	38
2.4	<i>Lista di controllo particolareggiata e test pratico</i>	39

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI - L'ESPERTO

AA.VV.

1	PREMESSA	47
2	ACCESSO ALLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI	47
3	L'ESPERTO INDIPENDENTE	50
3.1	<i>Requisiti professionali</i>	50
3.2	<i>Requisiti formativi</i>	54
3.3	<i>Domanda e allegati</i>	54
3.4	<i>Procedimento di nomina</i>	55
3.5	<i>Indipendenza dell'esperto</i>	56
3.6	<i>Svolgimento dell'incarico</i>	57
3.7	<i>Compenso dell'esperto</i>	58
3.8	<i>Responsabilità penale dell'esperto</i>	59
4	PIATTAFORMA TELEMATICA	60
4.1	<i>Pilastrini</i>	60
4.2	<i>Funzioni disponibili</i>	61
4.3	<i>Soggetti legittimati ad accedere</i>	62
4.4	<i>Interoperabilità della piattaforma</i>	63
5	SEGNALAZIONI DELL'ORGANO DI CONTROLLO E DEI CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI	63
6	MISURE PROTETTIVE	64
6.1	<i>Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari</i>	66
6.2	<i>Misure sospensive</i>	68
7	MISURE PREMIALI	69
8	TRATTATIVE ED ESITI DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA	69
8.1	<i>Formulazione delle proposte alle parti interessate</i>	70
8.2	<i>Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative</i>	73
8.3	<i>Autorizzazioni del Tribunale e attività dell'esperto</i>	74
8.4	<i>Rinegoziazione dei contratti</i>	75
8.5	<i>Conclusione delle trattative</i>	76
8.6	<i>Conservazione degli effetti</i>	76
9	COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER I GRUPPI DI IMPRESE	77
10	COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER LE IMPRESE SOTTO SOGLIA	78

CONCORDATO SEMPLIFICATO PER LA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	80
2	CARATTERISTICHE DELLA NUOVA DISCIPLINA	80
3	DOMANDA DI CONCORDATO E PROCEDIMENTO DI OMOLOGAZIONE	81
4	DISCIPLINA DELLA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO	81

ALBO DEI GESTORI DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA DELLE IMPRESE

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	82
2	QUADRO NORMATIVO ED ENTRATA IN VIGORE	82
3	REQUISITI DI ISCRIZIONE ALL'ALBO	83
	3.1 <i>Primo popolamento</i>	85
	3.2 <i>Nomina alle procedure</i>	86
4	FUNZIONAMENTO DELL'ALBO	87
	4.1 <i>Struttura dell'Albo</i>	87
	4.2 <i>Iscrizione nell'Albo e contenuto della domanda</i>	88
	4.3 <i>Termini del procedimento e doveri di comunicazione</i>	89
	4.4 <i>Sospensione e cancellazione d'ufficio</i>	89
	4.5 <i>Sospensione e cancellazione volontaria</i>	90
	4.6 <i>Contributo per l'iscrizione e per il mantenimento dell'Albo</i>	90
	4.7 <i>Omesso pagamento</i>	91
5	VIGILANZA E MONITORAGGIO SUL FUNZIONAMENTO DELL'ALBO	91

NOVITÀ SUL PROCEDIMENTO UNITARIO

Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	92
2	GIURISDIZIONE E COMPETENZA	92
3	ACCESSO AGLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA	92
4	MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE	95

PIANO DI RISTRUTTURAZIONE SOGGETTO AD OMOLOGAZIONE E TRANSAZIONE

Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	99
2	CARATTERISTICHE ESSENZIALI DEL PRO	99
3	DEROGA AGLI ARTT. 2740 E 2741 C.C. E ALLE DISPOSIZIONI SULL'ORDINE DEI PRIVILEGI	100
4	ISTANZA, VOTO E OMOLOGAZIONE - CONVERSIONE IN E DA CONCORDATO PREVENTIVO	100
5	TRANSAZIONE SU CREDITI TRIBUTARI E CONTRIBUTIVI	101

NOVITÀ IN MATERIA DI CONCORDATO PREVENTIVO

Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	103
2	ACCESSO AL CONCORDATO PREVENTIVO	103
	2.1 <i>Effetti della domanda</i>	105
	2.2 <i>Apertura del concordato</i>	105
	2.3 <i>Omologazione</i>	105
3	FINALITÀ E CONTENUTI DEL CONCORDATO	106

STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI DELLE SOCIETÀ

Maurizio MEOLI e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	118
2	ACCESSO AGLI STRUMENTI.....	118
2.1	<i>Competenza esclusiva degli amministratori</i>	118
2.2	<i>Possibile contenuto del piano</i>	119
2.3	<i>Posizione dei soci</i>	119
2.4	<i>Limiti alla revoca degli amministratori</i>	119
2.5	<i>Ambito di applicabilità</i>	119
3	CLASSAMENTO DEI SOCI E DEI TITOLARI DI STRUMENTI FINANZIARI	119
3.1	<i>Classamento obbligatorio</i>	119
3.2	<i>Modalità di espressione del voto</i>	120
3.3	<i>Ambito di applicabilità</i>	120
4	OMOLOGAZIONE ED ESECUZIONE DEGLI STRUMENTI	120
4.1	<i>Possibile nomina di un amministratore giudiziario</i>	121
4.2	<i>Posizione del notaio</i>	121
4.3	<i>Intangibilità dei contratti</i>	121

ALTRE NOVITÀ DEL DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DELLA CRISI

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA e Marco PEZZETTA

1	PREMESSA	122
2	LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE	122
3	LIQUIDAZIONE CONTROLLATA.....	126
4	ESDEBITAZIONE.....	127
5	GRUPPI DI IMPRESE.....	128
6	LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA	129
7	DL 118/2021 E DL 152/2021	130

INTRODUZIONE

Antonio NICOTRA¹

1 PREMESSA

Il presente lavoro esamina le novità introdotte dal DLgs. 17.6.2022 n. 83, correttivo e integrativo del DLgs. 12.1.2019 n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in vigore dal 15.7.2022, soffermandosi in particolar modo sulle novità in materia di diritto societario, sulla disciplina della composizione negoziata – dai presupposti di accesso alle segnalazioni degli indizi della crisi fino all'esito delle trattative – sul nuovo istituto del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, sulle modifiche alla procedura di concordato preventivo, nonché sulla nuova disciplina dell'Albo dei gestori della crisi d'impresa.

2 NOVITÀ DEL DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DELLA CRISI

Il DLgs. 17.6.2022 n. 83, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale 1.7.2022 n. 152, c.d. "secondo correttivo" (o "correttivo-bis"²) ha modificato ed integrato il DLgs. 14/2019, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in vigore dal 15.7.2022.

Tra le principali novità, si segnalano:

- la nuova disciplina sull'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa (art. 3 del DLgs. 14/2019);
- l'eliminazione degli strumenti di allerta, della procedura di composizione assistita della crisi e degli OCRI, che vengono sostituiti, all'interno del Titolo II, Parte I del DLgs. 14/2019, con la disciplina – già prevista dal DL 118/2021 e dal DL 152/2021, conv. L. 233/2021 – della composizione negoziata della crisi e del sistema di segnalazione dell'organo di controllo e dei creditori pubblici, nonché con l'inserimento del nuovo concordato c.d. "semplificato per la liquidazione del patrimonio";
- la nuova disciplina del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione di cui agli artt. 64-bis ss. del DLgs. 14/2019;
- le modifiche al concordato preventivo di cui agli artt. 84 ss. del DLgs. 14/2019;
- i nuovi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società di cui agli artt. 120-bis ss. del DLgs. 14/2019.

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² L'intervento recato dal DLgs. 147/2020, in vigore dal 20.11.2020, anch'esso correttivo e integrativo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, rappresenterebbe il "primo correttivo" al Codice della crisi. Le novità introdotte dal DLgs. 147/2020, peraltro, sono state per gran parte superate dal "secondo correttivo" (art. 48 del DLgs. 83/2022).

CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA - PRINCIPI GENERALI

Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Il DLgs. 12.1.2019 n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dopo un lungo e complesso *iter* legislativo, entra in vigore a far data dal 15.7.2022 nella nuova configurazione introdotta dal decreto correttivo 17.6.2022 n. 83, che dà attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva (UE) del 20.6.2019 n. 1023, c.d. "*Insolvency*", riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

2 ENTRATA IN VIGORE

L'entrata in vigore del DLgs. 12.1.2019 n. 14, attuativo della L. 19.10.2017 n. 155 (delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza), recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, originariamente, era stata prevista con il decorso di 18 mesi dalla pubblicazione nella *G.U.* 14.2.2019 n. 38, S.O. n. 6/L - in data 15.8.2020, salve le norme la cui entrata in vigore, ai sensi dell'art. 389 co. 2 del DLgs. 14/2019², era stata "anticipata" al 30° giorno successivo alla pubblicazione nella *G.U.* 14.2.2019 n. 38, S.O. n. 6/L, ossia dal 16.3.2019.

La grave crisi economico finanziaria causata dalla pandemia, da un lato, e le esigenze connesse all'adeguamento del testo del DLgs. 14/2019 alla direttiva UE 20.6.2019 n. 1023, dall'altro, hanno indotto il legislatore a rinviare ripetutamente l'entrata in vigore del Codice della crisi.

L'originario termine di entrata in vigore del Codice della crisi – indicato per il 15.8.2020 – era stato differito, inizialmente, all'1.9.2021 (art. 5 del DL 8.4.2020 n. 23, c.d. decreto "Liquidità", conv. L. 40/2020) e, successivamente al 16.5.2022 (art. 1 del DL 24.8.2021 n. 118, conv. L. 147/2021).

L'art. 42 del DL 30.4.2022 n. 36, in vigore dal 1.5.2022, conv. L. 29.6.2022 n. 79, ha, infine, modificato l'art. 389 del DLgs. 14/2019:

- rinviando al 15.7.2022 l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza;
- abrogando il co. 1-*bis* del medesimo articolo (*medio tempore* introdotto³), in ragione dell'eliminazione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi ad opera del DLgs. 17.6.2022 n. 83 e dell'integrale

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² Sono in vigore dal 16.3.2019 gli artt. 27 co. 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 del DLgs. 14/2019.

³ Il DL 24.8.2021 n. 118, conv. L. 21.10.2021 n. 147 aveva introdotto il co. 1-*bis* dell'art. 389 del DLgs. 14/2019, posticipando l'entrata in vigore dell'intero Titolo II della Parte I del DLgs. 14/2019, dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, al 31.12.2023.

Con la definitiva eliminazione degli strumenti di allerta, per effetto del DLgs. 83/2022, deve ritenersi anche superato quanto previsto dall'art. 5 co. 14 del DL 22.3.2021 n. 41 (decreto c.d. "Sostegni"), conv. L. 21.5.2021 n. 69, che rinviava gli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati.

riscrittura del titolo II, parte prima, del DLgs. 14/2019, con inserimento della disciplina della composizione negoziata della crisi e del nuovo sistema di segnalazione.

Gli interventi legislativi anzidetti non hanno riguardato, tuttavia, le norme in vigore dal 16.3.2019 (art. 389 co. 2 del DLgs. 14/2019).

Si ricorda, inoltre, che la materia della crisi d'impresa e d'insolvenza è stata oggetto di ulteriori interventi che hanno, in concreto, anticipato nel sistema di cui al RD 267/42 e alla L. 3/2012 alcune delle novità più significative del Codice della crisi⁴.

Direttiva 1023/2019 "Insolvency"

La nuova data di entrata in vigore del DLgs. 14/2019 si pone in linea con il termine ultimo di recepimento della direttiva UE 1023/2019, c.d. direttiva "Insolvency", fissato per il 17.7.2022, compiuto attraverso le modifiche apportate al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per effetto del DLgs. 17.6.2022 n. 83.

La direttiva 1023/2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza) risponde all'esigenza di armonizzare le legislazioni le procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni.

La direttiva è entrata in vigore il 16.7.2019 con termine per gli Stati membri fino al 17.7.2021 per l'adozione delle disposizioni necessarie per conformarsi alla normativa comunitaria.

Peraltro, la stessa direttiva (art. 34 par. 2) beneficiava gli Stati che avessero incontrato particolari difficoltà nell'attuazione della stessa della possibilità di richiedere una proroga di un anno.

Di tale facoltà si è avvalso il Governo italiano, che ha ottenuto il maggior termine del 17.7.2022⁵.

Il DLgs. 17.6.2022 n. 83 interviene nell'attuale contesto socio-economico con l'obiettivo di contrastare gli effetti che la crisi ha prodotto sulle imprese e risollevarne il sistema economico, inserendo nel DLgs. 14/2019 un complesso di misure che nel quadro normativo europeo sono state individuate come efficaci per la risoluzione delle situazioni negative del ciclo economico con corrispondenti effetti positivi in termini produttivi ed occupazionali.

Disciplina transitoria

L'art. 390 del DLgs. 14/2019 fornisce indicazioni in ordine alla disciplina transitoria, prevedendo che:

- i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima del 15.7.2022 sono definiti secondo le disposizioni del RD 267/42, nonché della L. 3/2012;
- le procedure di fallimento e le altre procedure di cui sopra, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei medesimi ricorsi e delle domande sono definite secondo le disposizioni del RD 267/42, nonché della L. 3/2012.

Inoltre, quando, in relazione alle procedure di cui sopra, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del Titolo VI del RD 267/42, nonché della sezione III del Capo II della L. 3/2012, ai medesimi si applicano le predette disposizioni.

⁴ In estrema sintesi, si ricordano sia il DL 125/2020, conv. L. 159/2020, in vigore dal 4.12.2020, che ha riscritto la disciplina della transazione di cui all'art. 182-ter del RD 267/42, introducendo la regola dell'omologazione forzata (*cram down*) fiscale e previdenziale, sia il DL 28.10.2020 n. 137, c.d. DL "Ristori", conv. L. 18.12.2020 n. 176, in materia di sovraindebitamento di cui alla L. 3/2012. Si vedano Nicotra A., Pezzetta M. "Novità in materia di transazione fiscale e *cram down*", *Schede di Aggiornamento*, 3, 2021, p. 517 ss.; "Transazione fiscale e «*cram down*» - Analisi della nuova disciplina" e Circolare per il Professionista, n. 4, 11.6.2021, Eutekne. Si vedano, inoltre, Nicotra A., Diana F., Pezzetta M. "Novità in materia di sovraindebitamento", *Schede di Aggiornamento*, 4, 2021, p. 755 ss.

⁵ Cfr. l'art. 1 della L. 22.4.2021 n. 53.

3 DECRETO CORRETTIVO - PRINCIPI GENERALE DEL CODICE DELLA CRISI

Il decreto correttivo 17.6.2022 n. 83 è strutturato in 2 Capi e si compone di 52 articoli così suddivisi:

- Capo I, recante le "Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14" composto dagli artt. 1 - 44;
- Capo II, recante le "Disposizioni di coordinamento e abrogazione" composto dagli artt. 46 - 52.

3.1 NOZIONI

Il decreto correttivo interviene, in primo luogo, sulle nozioni di cui all'art. 2 co. 1 del DLgs. 14/2019, che vengono riformulate e adeguate alle esigenze di recepimento della direttiva UE 2019/1023⁶.

Crisi

L'art. 2 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019 fornisce una nuova nozione di crisi con una formulazione che tiene conto anche del nuovo art. 3 del DLgs. 14/2019 sull'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevanza tempestiva della crisi d'impresa⁷.

La crisi viene definita come *"lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi"*⁸.

La nuova nozione si inquadra in una prospettiva temporale più ampia di quella prefigurata dagli indicatori della crisi individuati originariamente nel Codice⁹.

Tale prospettiva è ritenuta maggiormente idonea ad intercettare le situazioni di squilibrio e tale da sollecitare una pronta reazione da parte dell'impresa che sia strumentale a perseguire l'obiettivo prioritario di preservare la continuità aziendale.

Grandi imprese e Gruppo di imprese

Abrogata l'originaria lett. g) dell'art. 2 del DLgs. 14/2019 – che forniva la nozione di "grandi imprese"¹⁰ – alla lett. h) viene prevista una nuova nozione di "gruppo di imprese", identificato come *"l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto"*¹¹.

Viene in rilievo, a tal proposito, anche la specifica disciplina di cui agli artt. 284 - 292 del DLgs. 14/2019.

⁶ Si fa presente che, in conseguenza della riscrittura delle procedure di allerta e dell'abrogazione della composizione assistita e degli OCRI, viene eliminata la nozione di OCRI di cui alla lett. u) dell'art. 2 co. 1 del DLgs. 14/2019.

⁷ Si rinvia per gli approfondimenti alle successive schede a cura di Meoli M. "Adeguati assetti societari - Ruolo di amministratori e sindaci" e Bava F., Devalle A. "Crisi e insolvenza - Squilibrio patrimoniale o economico finanziario - Indizi della crisi".

⁸ Si ricorda che, nella formulazione originaria del Codice della crisi, la crisi era definita come "difficoltà economico-finanziaria"; successivamente, per effetto del DLgs. 147/2020, c.d. "primo correttivo", la crisi è stata definita come "lo stato di squilibrio economico-finanziario", che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

⁹ Si ricorda che, prima delle modifiche introdotte dal DLgs. 83/2022, l'art. 13 del DLgs. 14/2019 (dedicato agli indicatori e indici della crisi), stabiliva al co. 1, primo periodo, che: *"Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi"*.

¹⁰ L'art. 2 co. 1 lett. g) del DLgs. 14/2019 definiva "grandi imprese" come *"le imprese che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta"*.

¹¹ La nuova definizione tiene conto di quanto già previsto nell'originario all'art. 13 del DL 118/2021, conv. L. 147/2021, successivamente abrogato per effetto del decreto correttivo ed il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 2 lett. h) del DLgs. 14/2019 e nell'art. 25 del DLgs. 14/2019. Cfr. la Relazione illustrativa del decreto correttivo.

In tal senso, la sussistenza di direzione e coordinamento sarà oggetto di verifica da parte del Tribunale e dell'attestatore (per constatare la soddisfazione delle condizioni di accesso alla disciplina dei gruppi).

In base alla giurisprudenza in materia direzione e coordinamento, l'accesso agli istituti sarebbe limitato solo alle situazioni in cui la capogruppo eserciti la propria attività d'impresa mediante un effettivo coordinamento, dato che il concetto di gruppo è legittimo in quanto correlato alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c.¹², secondo il criterio c.d. di "effettività"¹³.

Così, la prova della insussistenza di etero-direzione, pur in presenza di controllo di diritto, potrebbe essere rappresentata dall'inesistenza di evidenze di ingerenza della controllante nelle decisioni delle partecipate e nell'indirizzo coordinato della loro attività o, in generale, di alcuna delle fattispecie che prassi e giurisprudenza hanno fino ad oggi tipizzato come rappresentative di attività di direzione e coordinamento¹⁴.

Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Tra l'elenco di cui all'art. 2 co. 1 del DLgs. 14/2019 è introdotta, con la nuova lett. m-bis), la nozione degli "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza", definiti come "le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi"¹⁵.

Si fa presente, inoltre, che tutti i riferimenti contenuti nell'originaria formulazione del Codice della crisi alle "procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza", ovunque ricorrano, vengono sostituiti dall'equivalente formula "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza".

Esperto

Il DLgs. 17.6.2022 n. 83 ha introdotto, tra le definizioni del Codice della crisi di cui all'art. 2 co. 1, alla nuova lett. o-bis), la nozione di "esperto" ai fini della composizione negoziata della crisi regolata dal nuovo Titolo II, parte Prima del DLgs. 14/2019, agli artt. 12 ss. del DLgs. 14/2019¹⁶.

L'esperto è definito come il soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'art. 13 co. 3 del DLgs. 14/2019¹⁷ e nominato dalla commissione di cui al co. 6 del medesimo art. 13¹⁸, con il compito di facilitare le trattative nell'ambito della composizione negoziata.

¹² Cass. 21.11.2019 n. 30445.

¹³ Cass. 7.10.2019 n. 24943.

¹⁴ Ad esempio, l'inesistenza di decisioni motivate ex art. 2497-ter c.c., o di *interlocking directorship*, o di evidenze di accentramento della funzione finanziaria nella *holding*, di formulazione di *budget* e piani di gruppo.

¹⁵ La nuova definizione ricomprende tutti gli strumenti di regolazione della crisi, unificandoli, e recepisce, in tal modo, la definizione di ristrutturazione contenuta nell'art. 2 n. 1 della direttiva 1023/2019, che comprende tutte quelle misure volte a ristrutturare le attività del debitore al fine di conseguire il risanamento dell'impresa, nelle quali sono incluse la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore come la vendita di attività o parti dell'impresa e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, o altri tipi di cambiamenti operativi che si rendono necessari, o anche una combinazione di questi elementi.

¹⁶ Per l'analisi della figura dell'esperto e della disciplina della composizione negoziata della crisi si rinvia alla successiva scheda a cura di AA.VV. "Composizione negoziata della crisi - Esperto".

¹⁷ Si tratta, in particolare, dell'elenco degli esperti, istituito presso la CCIAA di ciascun capoluogo di regione e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, nel quale possono essere inseriti: gli iscritti da almeno 5 anni all'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e all'Albo degli Avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno 5 anni all'Albo dei Consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in 3 casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Nell'elenco, inoltre, possono essere inseriti coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

¹⁸ Si ricorda, in particolare, che la nomina dell'esperto avviene ad opera di una commissione in carica per 2 anni. La commissione è costituita presso le CCIAA dei capoluoghi di regione e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, ed è composta da:

Fermo quanto si dirà nella successiva scheda a cura di AA.VV. "Composizione negoziata della crisi - Esperto", l'esperto, ai sensi dell'art. 12 co. 2 del DLgs. 14/2019 – come novellato dal decreto correttivo – viene nominato su istanza del debitore che intende accedere allo strumento della composizione negoziata della crisi, ed ha il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

I requisiti di indipendenza ed i doveri dell'esperto sono regolati dal nuovo art. 16 del DLgs. 14/2019¹⁹.

3.2 DOVERI DELLE PARTI

L'art. 4 del DLgs. 14/2019 – in modo più ampio rispetto all'originario art. 3 del DLgs. 14/2019²⁰ – regola i doveri delle parti, dettando disposizioni e norme di condotta che governano la composizione negoziata, le trattative ed i procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza²¹.

Nella nuova formulazione, l'art. 4 co. 1 del DLgs. 14/2019 stabilisce che, nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il debitore e i creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza²².

In particolare, al co. 2, è previsto che il debitore ha il dovere di:

- a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate, anche nella composizione negoziata, e allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto;
- b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di squilibrio (patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza) di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 durante la composizione negoziata, e alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori;
- c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori.

Sempre in ordine ai doveri di correttezza e buona fede, è specificato al co. 4 che i creditori hanno il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'Autorità giudiziaria e amministrativa, di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite.

Resta fermo quanto previsto dall'art. 16 co. 5 e 6 del DLgs. 14/2019²³.

- a) due magistrati, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale del capoluogo di regione o della Provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la Camera di Commercio che ha ricevuto l'istanza di accesso alla composizione negoziata di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019;
- b) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della Camera di Commercio presso la quale è costituita la commissione;
- c) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal prefetto del capoluogo di regione o della Provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la Camera di Commercio che ha ricevuto l'istanza di cui all'art. 17.

¹⁹ Si fa presente che all'interno dell'art. 16 del DLgs. 14/2019 è stato parzialmente trasfuso il contenuto dell'art. 4 del DL 118/2021, abrogato dall'art. 46 del DLgs. 83/2022.

²⁰ Cfr. anche l'art. 4 del DL 118/2021.

²¹ Cfr. Panzani L. "Doveri del debitore. L'obbligo di buona fede è esteso alle negoziazioni con i creditori" in "Codice della crisi d'impresa. Cosa cambia con il testo finale", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 5.

²² Tale previsione va coordinata anche quanto previsto, per la composizione negoziata, in primo luogo, dall'art. 16 ultimo comma del DLgs. 14/2019, come novellato dal decreto correttivo, secondo cui: "Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata"; in secondo luogo, con l'art. 21 del DLgs. 14/2019 sulla gestione dell'impresa in pendenza delle trattative e sulle responsabilità dell'imprenditore.

²³ Stando al co. 5 dell'art. 16, l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

Consultazione sindacale

Al ricorrere di alcune condizioni, è previsto (co. 3 dell'art. 4 del DLgs. 14/2019) uno specifico obbligo del datore di lavoro di informare – e quindi di coinvolgere – i soggetti sindacali circa le determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro²⁴.

In particolare, è stabilito che, ove non siano previste, dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'art. 2 co. 1 lett. g) del DLgs. 25/2007, diverse procedure di informazione e consultazione, il datore di lavoro, che occupa complessivamente più di 15 dipendenti, informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite PEC, i soggetti sindacali di cui all'art. 47 co. 1 della L. 428/90, delle rilevanti determinazioni – assunte nel corso delle trattative della composizione negoziata e nella predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza²⁵ – che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni.

I soggetti sindacali, entro 3 giorni dalla ricezione dell'informativa, possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro 5 giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esaurita decorsi 10 giorni dal suo inizio.

La consultazione si svolge con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa.

In occasione della consultazione svolta nell'ambito della composizione negoziata, è redatto, ai soli fini della determinazione del compenso dell'esperto di cui all'art. 25-ter co. 5 del DLgs. 14/2019, un sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dal medesimo esperto.

3.3 ACCESSO ALLE INFORMAZIONI ED ECONOMICITÀ DELLE PROCEDURE

Il nuovo art. 5-bis del DLgs. 14/2019, rubricato "Pubblicazione delle informazioni e lista di controllo" – reso in attuazione di quanto previsto dall'art. 3 par. 3 e all'art. 8 par. 2 della direttiva UE 1023/2019 – stabilisce che nei siti istituzionali del Ministero della Giustizia e del Ministero dello Sviluppo economico sono pubblicate informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti per la anticipata emersione della crisi, sugli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e sulle procedure di esdebitazione previsti dal codice e dalle leggi speciali dettate in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e di liquidazione coatta amministrativa.

3.4 PREDEDUCIBILITÀ DEI CREDITI

L'art. 6 del DLgs. 14/2019 fornisce la disciplina relativa ai crediti prededucibili. La nuova formulazione della norma tiene conto:

- dell'abrogazione della figura degli OCRI e della composizione assistita della crisi; nonché,
- dell'introduzione del nuovo strumento del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione previsto dall'art. 64-bis del DLgs. 14/2019, reso in attuazione dell'art. 11 par. 1 della direttiva 1023/2019.

Il novellato art. 6 dispone che, oltre ai crediti espressamente qualificati prededucibili dalla legge, rientrano in tale categoria:

- a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC);
- b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi o il piano siano omologati;

Il successivo co. 6 precisa che le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. In ogni caso, la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta.

²⁴ Cfr. l'art. 13 della direttiva UE 1023/2019. Si veda Panzani L. "Consultazione sindacale oltre 15 dipendenti" in "Codice della crisi d'impresa. Cosa cambia con il testo finale", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 5.

²⁵ Tale previsione, in origine contenuta nel DL 118/2021 per la sola composizione negoziata della crisi, è stata estesa, in seguito alle modifiche introdotte dal DLgs. 83/2022, in generale, a tutte le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

- c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 47 del DLgs. 14/2019;
- d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

Resta confermato, invece, che la preveducibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali.

3.5 TRATTAZIONE UNITARIA DELLE DOMANDE

Il novellato art. 7 del DLgs. 14/2019 contiene i principi generali sulla trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza.

Le modifiche introdotte rispetto alla formulazione originaria della norma sono dettate da esigenze di razionalizzazione della disciplina processuale e conseguono al recepimento dei principi contenuti nella direttiva UE 1023/2019.

Le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza vengono trattate in un unico procedimento e le eventuali domande sopravvenute sono riunite a quella già pendente²⁶. Il procedimento si svolge nelle forme dettate per il procedimento unitario di cui agli artt. 40 e 41 del DLgs. 14/2019²⁷.

Nell'ipotesi in cui siano presentate più domande, il Tribunale esamina in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che:

- a) la domanda non sia manifestamente inammissibile;
- b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati;
- c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori.

Ferme le ipotesi di conversione delle procedure, di cui agli artt. 73 (dalla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore alla procedura di liquidazione controllata) e 83 (dal concordato minore alla procedura di liquidazione controllata), in tutti i casi in cui la domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale non è accolta ed è accertato lo stato di insolvenza, il Tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale.

Analogamente accade nei casi in cui la domanda è inammissibile o improcedibile ovvero nei casi previsti dall'art. 49 co. 2 del DLgs. 14/2019²⁸.

3.6 DURATA DELLE MISURE PROTETTIVE

L'art. 8 del DLgs. 14/2019, come novellato dal decreto correttivo, fissa in 12 mesi la durata massima delle misure ed inoltre indica il momento ultimo di durata delle misure in linea con quanto richiesto dall'art. 6 par. 8 della direttiva UE 1023/2019.

La norma, come riformulata, stabilisce che la durata complessiva delle misure protettive, fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o all'apertura della procedura di insolvenza, non può superare il periodo, anche non continuativo, di 12 mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, e tenuto conto delle misure protettive di cui all'art. 18 del DLgs. 14/2019 per la composizione negoziata della crisi.

²⁶ Il principio trova riscontro nell'art. 25 par. 1 lett. b) della direttiva UE 1023/2019.

²⁷ Per un'analisi delle novità relative al c.d. "procedimento unitario" si rinvia alla successiva scheda a cura di Nicotra A., Pezzetta M. "Le novità del procedimento unitario".

²⁸ Si ricorda che, in base all'art. 49 co. 2 del DLgs. 14/2019, novellato dal decreto correttivo, il Tribunale dispone l'apertura della liquidazione giudiziale su ricorso di uno dei soggetti legittimati, quando è decorso inutilmente o è stato revocato il termine di cui all'art. 44 co. 1 lett. a), ovvero quando il debitore non ha depositato le spese di procedura di cui all'art. 44 co. 1 lett. d), ovvero nei casi previsti dall'art. 47 co. 4 e dall'art. 106 o in caso di mancata approvazione del concordato preventivo o quando il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione non sono stati omologati.

ADEGUATI ASSETTI SOCIETARI - RUOLO DI AMMINISTRATORI E SINDACI

Maurizio MEOLI¹

1 PREMESSA

L'art. 14 co. 1 lett. b) della L. 19.10.2017 n. 155 (Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza) ha conferito l'incarico al Governo di disciplinare nel codice civile il dovere dell'imprenditore² e degli organi sociali di:

- istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale;
- attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale³.

In attuazione di tale previsione, l'art. 375 co. 2 del DLgs. 14/2019 ha inserito il nuovo co. 2 dell'art. 2086 c.c., ai sensi del quale l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di:

- istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale;
- attivarsi "senza indugio"⁴ per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

L'art. 375 co. 1 del DLgs. 14/2019, inoltre, ha sostituito la rubrica dell'art. 2086 c.c., che è passata da "Direzione e gerarchia dell'impresa" a "Gestione dell'impresa".

Precisazione che "vale a individuare nella predisposizione di assetti adeguati il cuore della funzione gestoria, la cui paternità (e responsabilità) va riferita a chi di tale funzione sia investito..."⁵.

1.1 AMBITO DI APPLICABILITÀ

Tale dovere presenta ricadute, innanzitutto, nelle società di persone e in quelle di capitali, ma non solo.

1.1.1 Società di persone

Quanto alle società di persone, l'art. 377 co. 1 del DLgs. 14/2019 aveva sostituito il co. 1 dell'art. 2257 c.c., in tema di società semplice, stabilendo che la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086 co. 2 c.c., sopra ricordato, e che spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le

¹ m.meoli@eutekne.it.

² Il riferimento normativo coinvolgeva, quindi, tutte le tipologie di imprese, e non solo quelle societarie. Cfr. De Angelis L. "Nuovi criteri per quantificare i danni causati dal cda", *Italia Oggi* 7, 30.10.2017, p. 8.

³ Cfr. Buffelli G. "Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta", *Il Fallimentarista*, 25.10.2017.

⁴ Sul significato da attribuire all'espressione "senza indugio" si veda Verna S. "Le modifiche al codice delle società (artt. 375 - 384)", in "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", Maggioli, 2019, p. 189 - 190.

⁵ Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", *Le Società*, 4, 2019, p. 395. Secondo Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 264 - 265, peraltro, la previsione sarebbe da criticare in ragione del fatto di definire "gestione dell'impresa", in generale, solo la parte di essa che ha a che vedere con la prevenzione della crisi.

operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.

Tale previsione è stata poi sostituita dall'art. 40 co. 1 del DLgs. 147/2020 con la seguente: *"L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri"*.

Al riguardo si tenga presente che analoga disposizione non è espressamente ripetuta per le snc e le sas, ma:

- l'art. 2293 c.c. stabilisce che la snc è regolata dalle norme del relativo capo e, in quanto queste non dispongono, dalle norme del capo relativo alla società semplice;
- l'art. 2315 c.c. stabilisce che alla sas si applicano le disposizioni relative alla snc, in quanto siano compatibili con le norme seguenti.

1.1.2 Società di capitali

Quanto alle società di capitali, partendo dalle spa, occorre considerare che:

- l'art. 377 co. 2 del DLgs. 14/2019 aveva sostituito il co. 1 dell'art. 2380-bis c.c., in relazione al sistema "tradizionale" di amministrazione e controllo, con il seguente: *"La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"*;
- l'art. 377 co. 3 del DLgs. 14/2019 aveva sostituito il co. 1 dell'art. 2409-novies c.c., in relazione al sistema "dualistico" di amministrazione e controllo con il seguente: *"La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale"*.

L'art. 40 co. 2 e 3 del DLgs. 147/2020 ha sostituito le ricordate previsioni con le seguenti:

- *"L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori"* (nuovo art. 2380-bis co. 1 c.c.);
- *"L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione"* (nuovo art. 2409-novies c.c.).

Con riguardo al sistema "monistico" di amministrazione e controllo, poi, l'art. 2409-noviesdecies co. 1 c.c. stabilisce che al relativo CdA si applica, in quanto compatibile, anche l'art. 2380-bis c.c.

Quanto alle sapa, inoltre, l'art. 2454 c.c. riconosce l'applicabilità delle norme relative alla spa, in quanto compatibili con le specifiche disposizioni.

Quanto alle srl, infine, l'art. 377 co. 4 del DLgs. 14/2019 aveva sostituito il co. 1 dell'art. 2475 c.c. con il seguente: *"«La gestione dell'impresa» si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479"*⁶.

L'art. 40 co. 4 del DLgs. 147/2020 ha sostituito la previsione citata con la seguente: *"«L'istituzione degli assetti» di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479"*⁷.

1.1.3 Ulteriori imprese collettive coinvolte

Con il riferimento all'imprenditore che operi in forma "collettiva", poi, il legislatore ha inteso chiarire che gli obblighi di cui all'art. 2086 co. 2 c.c. non si applicano solamente alle società (lucrative, cooperative, consortili o di diritto speciale), ma anche agli enti del terzo settore e ad ogni altra realtà definibile come impresa che sia impu-

⁶ Sulle problematiche che tale disposizione ha ingenerato ci sia consentito rinviare a Meoli M. "Gestione/amministrazione di srl dopo il Codice della crisi d'impresa", *Schede di Aggiornamento*, 4, 2019, p. 757 ss.

⁷ Cfr. Meoli M. "La gestione/amministrazione di srl dopo il codice della crisi d'impresa", in AA.VV. "Gli amministratori", *Quaderni Eutekne*, 154, Eutekne, p. 381 ss. Sul tema si veda Mirone A. "Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del «decreto correttivo» al Codice della crisi e dell'insolvenza", *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2022, p. I/183 ss.

tabile ad una collettività di persone, più o meno personificata e indipendentemente dall'appartenenza al genere società⁸. In dottrina, inoltre, si è sostenuto che una interpretazione ragionevole della previsione potrebbe anche condurla oltre il confine determinato dal senso strettamente lessicale della locuzione "in forma collettiva", comprendendo anche il caso di imprese riferibili ad enti non collettivi (per esempio le fondazioni)⁹.

1.1.4 L'imprenditore individuale

L'Autore da ultimo citato¹⁰, infine, critica la nuova previsione normativa per la mancata inclusione degli imprenditori individuali, in ragione di una errata presunzione in ordine alla loro marginalità.

Peraltro, occorre evidenziare come, sebbene l'art. 2086 co. 2 c.c. si riferisca, con riguardo all'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, solo agli imprenditori che operino "in forma societaria o collettiva", da un lato, si è reputato evidente come la novella, modificando anche la rubrica dell'art. 2086 c.c. (con la più attuale espressione "*Gestione dell'impresa*" in luogo di quella relativa a "*Direzione e gerarchia nell'impresa*") non sia da collocare all'interno del diritto societario in senso stretto¹¹, e, dall'altro, come l'art. 3 co. 1 del DLgs. 14/2019¹² preveda comunque l'obbligo per l'imprenditore individuale di adottare "«*misure*» idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte"¹³.

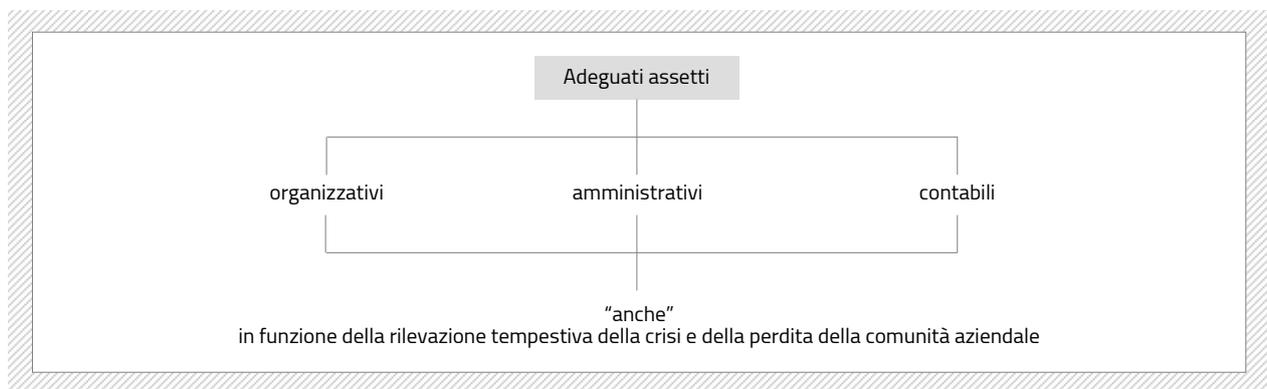


Fig. 1 - Obbligo di istituire adeguati assetti

1.2 COMPIMENTO DI UN PERCORSO E PARALLELISMO CON IL DLGS. 231/2001

Si ritiene, ad ogni modo, che la previsione di cui al nuovo art. 2086 co. 2 c.c. porti a compimento un percorso normativo che – muovendo dall'art. 149 del DLgs. 58/98, e passando attraverso le evoluzioni operate dal legislatore nell'ultimo ventennio in tema di società in genere (artt. 2381 e 2403 c.c.), e di responsabilità degli enti ex DLgs. 231/2001 e di discipline di settore (da quello bancario ed assicurativo, sino alle società a partecipazione pubblica) in particolare – ha progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale¹⁴.

⁸ Cfr. Bonelli A. "Codice della crisi d'impresa: in vigore le modifiche al diritto societario", *Il Quotidiano IPSOA*, 16.3.2019; Trimarchi G.A.M. "Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme", *Notariato*, 2, 2019, p. 117; nonché la Relazione illustrativa del DLgs. 14/2019.

⁹ Così Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 262.

¹⁰ Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 261 - 262.

¹¹ Cfr. Macario F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", § 1, *www.dirittodellacrisi.it*.

¹² Come sostituito dall'art. 2 co. 1 del DLgs. 83/2022.

¹³ Cfr. Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 2.

¹⁴ Cfr. Abriani N. "Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci", in "La riforma del fallimento", *Guida giuridica Italia Oggi*, 23.1.2019, p. 51 - 52; Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", *Le Società*, 4, 2019, p. 394; Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 2.

Con particolare riguardo alla responsabilità degli enti ex DLgs. 231/2001, è stato sottolineato come le similitudini tra adeguati assetti societari e modelli 231 potrebbero rappresentare un importante incentivo alla stessa *compliance* 231. Ciò seppure si tratti di discipline aventi scopi diversi (la prevenzione dei reati nell'esercizio delle attività dell'ente, in un caso, e l'emersione tempestiva della crisi dell'impresa e della conseguente potenziale perdita della continuità aziendale, nell'altro) e connotate, solo nel contesto dell'art. 2086 co. 2 c.c., da un vero e proprio obbligo per l'imprenditore; "mentre invece, quantomeno da un punto di vista formale, attualmente la normativa del decreto 231 – malgrado sia da diverso tempo all'esame delle Camere un Ddl (n. 726) che mira a renderne cogenti le previsioni – rimette alla discrezionalità del singolo ente la scelta se assumersi il compito della prevenzione degli illeciti"¹⁵.

Peraltro, il parallelismo tra le due discipline dovrebbe essere operato eliminando qualsiasi equivoco potenzialmente pericoloso sul piano applicativo. In ordine alla responsabilità ex DLgs. 231/2001, infatti, la tendenza della giurisprudenza è stata quella di ravvisare nella stessa commissione del reato presupposto la prova dell'inadeguatezza del modello di prevenzione. In relazione alla disciplina in esame, quindi, occorre evitare il rischio di presumere dall'apertura della liquidazione giudiziale l'inadeguatezza degli assetti della società a percepire tempestivamente i sintomi della crisi o comunque la tardività dell'attivazione dei rimedi necessari per farvi fronte da parte dei suoi organi sociali.

Si tratterebbe, infatti, di applicazioni inaccettabili e indebitamente giustizialiste¹⁶.

1.3 ENTRATA IN VIGORE

Gli artt. 375 e 377 del DLgs. 14/2019, che hanno introdotto le novità richiamate, sono entrati in vigore il 16.3.2019; 30° giorno successivo alla data di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* (art. 389 co. 2 del DLgs. 14/2019). Le correzioni apportate dal DLgs. 147/2020 agli articoli del codice civile già modificati dall'art. 377 del DLgs. 14/2019, invece, sono in vigore dal 20.11.2020 (art. 42 del DLgs. 147/2020).

2 ADEGUATO ASSETTO ORGANIZZATIVO, AMMINISTRATIVO E CONTABILE

Come evidenziato, l'art. 375 co. 2 del DLgs. 14/2019 ha inserito il nuovo co. 2 dell'art. 2086 c.c., ai sensi del quale l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di:

- istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale;
- 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.

Si è anche ricordato che la nuova disciplina è in vigore dal 16.3.2019.

2.1 PREESISTENZA DELL'OBBLIGO DI ADEGUATI ASSETTI

Appare, peraltro, opportuno considerare come, già prima di tale intervento normativo, il legislatore avesse attribuito rilevanza all'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Ai sensi dell'art. 2381 c.c. (come introdotto dal DLgs. 6/2003, di riforma del diritto societario), infatti, "salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti.

Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esa-

¹⁵ Borsari R. "Il sistema deve essere in grado di prevenire le crisi d'impresa", *Il Sole - 24 Ore*, 23.8.2019, p. 22.

¹⁶ Così Abriani N. "La procedura di composizione davanti all'Ocri non è la via obbligata", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 9.

mina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis.

Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale¹⁷, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società¹⁸.

Tale articolo si applica anche nel caso in cui non sia stato nominato un CdA. È stato, infatti, sottolineato come *"sarebbe irragionevole ritenere che, là dove l'organo amministrativo non fosse collegiale, per cui i documenti non potessero circolare fra persone diverse, essi non dovrebbero neanche essere redatti, atteso che trattasi di documenti su cui l'organo amministrativo e quello di controllo devono impostare la propria condotta. L'interesse perseguito dalla norma è quello di tutelare la buona amministrazione, prescindendo, entro certi limiti, dalla circostanza che essa debba essere affidata ad uno o più amministratori"*¹⁸.

Ai sensi dell'art. 2403 co. 1 c.c., inoltre, *"il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione «ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»"*.

Ed allora, ricapitolando, già ante DLgs. 14/2019:

- gli amministratori delegati (o l'amministratore unico) dovevano "curare" che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile fosse adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa;
- il CdA (ove presente) avrebbe dovuto "valutarne" l'adeguatezza;
- il Collegio sindacale avrebbe dovuto "vigilare" sulla stessa.

Si tratta di compiti *"che si completano l'uno con l'altro in vista del comune obiettivo di una corretta gestione, ma che restano, anche concettualmente, fra loro distinti"*¹⁹.

2.2 ESTENSIONE ALLE SRL

In relazione alle srl, l'art. 377 co. 5 del DLgs. 14/2019, aggiungendo il nuovo co. 6 dell'art. 2475 c.c., ha precisato che si applica, in quanto compatibile, l'art. 2381 c.c., in tema di presidente, comitato esecutivo ed amministratori delegati nel contesto della spa; ciò anche al fine di assicurare, pure in tale contesto, l'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale²⁰.

A tal riguardo si ricorda come, nel silenzio della normativa introdotta dalla riforma del diritto societario, si era genericamente riconosciuta la possibilità di ricorrere anche nelle srl all'istituzione di amministratori delegati.

Non vi era stata, tuttavia, uniformità di vedute in ordine ai presupposti di tale soluzione. In particolare, secondo una parte della dottrina, a tali fini non sarebbe stata necessaria una apposita clausola statutaria, risultando sufficiente anche una mera decisione dei soci²¹. In tal senso si era orientato anche il Comitato Triveneto dei Notai, nella massima I.C. 15, dove si precisava che, in presenza di un Consiglio di amministrazione, era possibile la delega delle funzioni solo in forza di esplicita clausola statutaria "o" di decisione dei soci. L'atto costitutivo o i

¹⁷ Non al revisore legale, che non è organo della società, ma solo un incaricato di prestazioni professionali sulla base di un contratto. Così Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 932.

¹⁸ Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 931.

¹⁹ Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 5.

²⁰ Cfr. Bauco C. "Crisi d'impresa: al via l'obbligo di nuovi assetti societari. Come adeguarsi?", *Quotidiano IPSOA*, 16.3.2019.

²¹ Così Cagnasso O. "La società a responsabilità limitata", in "Trattato di diritto commerciale", diretto da Cottino G., Cedam, 2007, p. 227 ss.

soci potevano disciplinare liberamente l'istituto della delega; in mancanza era applicabile per analogia la disciplina dettata in materia per la spa²².

Altra ricostruzione, invece, dubitava della possibilità di applicazione analogica dell'art. 2381 c.c.²³ e, quindi, del fatto che la delega della funzione gestoria – con le correlate conseguenze anche in tema di assetti societari – potesse essere decisa dai soci al momento della designazione degli amministratori, in mancanza di una norma corrispondente all'art. 2381 c.c.²⁴.

Oggi, invece, la questione è stata definitivamente risolta²⁵. Il legislatore ha esteso a tutti gli imprenditori collettivi un dovere inizialmente sancito nell'ambito delle sole spa dall'art. 2381 c.c. Ciò con palesi ricadute sull'organo di controllo, tenuto, *ex art.* 2403 co. 1 c.c., come evidenziato, a "vigilare" su tale adeguatezza²⁶.

2.3 FUNZIONALIZZAZIONE DELLA STRUTTURA SOCIETARIA

Se è vero che l'obbligo di istituire adeguati assetti era già presente nel sistema, è altrettanto vero che la disciplina contenuta nell'art. 2381 c.c. si è rivelata, alla prova dei fatti, non proprio idonea ad intercettare tempestivamente i primi indizi della crisi aziendale.

Risulta, quindi, evidente la ragione per cui, ora, sia stato precisato che l'assetto organizzativo da istituire debba essere non solo adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, come già previsto, ma anche funzionale alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale²⁷.

Emerge, cioè, una chiara "funzionalizzazione" dell'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile "anche" verso la rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale²⁸. La precedente clausola generale di adeguatezza dell'assetto viene connotata da un parametro finalistico che consente di definirlo adeguato solo se idoneo al tempestivo recepimento di segnali di crisi e della perdita di continuità aziendale²⁹.

Peraltro, secondo autorevole dottrina, anche tale funzionalizzazione non potrebbe dirsi del tutto nuova, dal momento che dotarsi di strumenti che interpretino l'andamento della società e del contesto in cui essa opera non rappresenterebbe null'altro che il diligente operare di un qualsiasi imprenditore³⁰.

Sistematicità degli adeguati assetti

L'adeguato assetto societario è prescritto dal legislatore "anche" per rilevare la crisi e la perdita della continuità aziendale e, quindi, grazie all'uso di tale congiunzione, non solo nei periodi di difficoltà, ma periodicamente, sistematicamente ed ordinariamente³¹.

L'utilizzo dell'avverbio "anche" lascia, quindi, intendere come il principio in esame non esaurisca la propria funzione nella rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa (e della perdita della continuità aziendale), ma abbia

²² Cfr. anche Iozzo F. "I sistemi di amministrazione nella s.r.l.", in "Le nuove s.r.l.", diretto da Sarale M., Zanichelli, 2008, p. 466 - 467, nonché, in giurisprudenza, Trib. Milano 31.10.2016 n. 11897.

²³ Così Abu Awwad A. "La delega di funzioni nel consiglio di amministrazione", in "S.r.l.: commentario", dedicato a Portale G.B., Giuffrè, 2011, p. 568 ss.

²⁴ Cfr. anche Dentamaro A. *sub art.* 2475 c.c., in "Codice delle società", a cura di Abriani N., UTET, 2016, p. 1969.

²⁵ Cfr. Verna S. "Le modifiche al codice delle società (artt. 375 - 384)", in "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", Maggioli, 2019, p. 194 - 195.

²⁶ Cfr. Abriani N., Cavalluzzo N. "Organizzazione a misura di impresa e in grado di rilevare subito la crisi", in "Codice della crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 3.

²⁷ Cfr. Guiotto A. "I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi", *Il Fallimento*, 4, 2019, p. 409 - 410.

²⁸ Cfr. Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 8 e Guiotto A. "I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi", *Il Fallimento*, 4, 2019, p. 410.

²⁹ Così Borsari R. "Dalla cattiva organizzazione rischi per l'amministratore", *Il Sole - 24 Ore*, 23.8.2019, p. 22.

³⁰ Così Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 268.

³¹ Così Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 930, che sottolinea come tale interpretazione sia confermata non solo dalla nuova rubrica dell'art. 2086 c.c. (gestione dell'impresa), ma, soprattutto, dall'art. 377 del DLgs. 14/2019, che ripetutamente afferma che la "gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma".

una portata più ampia, investendo l'organo amministrativo dell'obbligo di monitorare costantemente gli assetti indipendentemente da eventuali rischi di crisi³².

2.4 CRISI E PERDITA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

Dal momento che il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa deve avvenire anche in funzione della rilevazione tempestiva della "crisi" dell'impresa e della perdita della "continuità aziendale", appare opportuno riempire di contenuto tali nozioni.

2.4.1 Crisi

Con riguardo alla situazione di crisi, l'art. 2 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019 precisa che, ai fini del DLgs. medesimo, si intende per crisi "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi"³³.

2.4.2 Continuità aziendale

Relativamente, invece, alla nozione di continuità aziendale, si tenga presente che:

- ai sensi dell'art. 2423-bis co. 1 n. 1 c.c., nella redazione del bilancio la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività;
- nei paragrafi 25 e 26 dello IAS 3.11.2008 n. 1 si legge: "Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento. Un'entità deve redigere il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interrompere l'attività, o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze relative ad eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento, l'entità deve evidenziare tali incertezze. Qualora un'entità non rediga il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività, essa deve indicare tale fatto, unitamente ai criteri in base ai quali ha redatto il bilancio e alla ragione per cui l'entità non è considerata in funzionamento. Nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività è applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di chiusura dell'esercizio. Il grado dell'analisi dipende dalle specifiche circostanze di ciascun caso. Se l'entità ha un pregresso di attività redditizia e dispone di facile accesso alle risorse finanziarie, si può raggiungere la conclusione che il presupposto della continuità aziendale sia appropriato senza effettuare analisi dettagliate. In altri casi, la direzione aziendale può aver bisogno di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività attuale e attesa, ai piani di rimborso dei debiti e alle potenziali fonti di finanziamento alternative, prima di ritenere che sussista il presupposto della continuità aziendale"³⁴.

Ai sensi del principio di revisione ISA 570 Italia, ancora, la continuità aziendale presuppone:

- la sostenibilità dei debiti per almeno i 12 mesi successivi;
- l'assenza di significative incertezze che potrebbero rendere il debito insostenibile.

2.5 ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI E CONTABILI

Gli assetti menzionati, di cui il legislatore impone l'adeguatezza, sono di tre tipi:

- organizzativo, ovvero un organigramma che definisca funzioni, poteri e deleghe di firma³⁵;

³² Così Giuffrida D. "Ruolo, compiti e responsabilità del consiglio di amministrazione", in "Crisi d'impresa - I nuovi compiti degli organi sociali", a cura di Danovi A., Acciaro G., *Il Sole - 24 Ore*, aprile 2019, Vol. 6, p. 24.

³³ Lettera sostituita dall'art. 1 co. 1 lett. a) del DLgs. 83/2022. Questo il testo precedente: "a) «crisi»: lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Le parole "squilibrio economico-finanziario" erano state sostituite alle precedenti "difficoltà economico-finanziaria" dall'art. 1 co. 1 lett. a) del DLgs. 147/2020.

³⁴ Cfr. Rinaldi P. "L'equilibrio si misura su budget annuale e piano", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 7 e Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 931. Roscini Vitali F. "A revisori e sindaci tocca la verifica dell'organizzazione", *Il Sole - 24 Ore*, 27.6.2019, p. 21, sottolineando, altresì, come utili indicazioni in ordine alla continuità aziendale possano trovarsi anche nel principio contabile OIC 11 e nel documento Banca d'Italia/CONSOB/ISVAP 2/09.

³⁵ Così Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 929. Cfr. anche Ambrosini S.

- amministrativo, "ovvero l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano"³⁶;
- contabile, che si riferisce al sistema di rilevazione dei fatti di gestione³⁷.

Mentre il codice civile affianca ad una generica richiesta di adeguatezza dei ricordati assetti "anche" una funzionalizzazione degli stessi alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale), il Codice della crisi si focalizza su tale secondo profilo. All'art. 3 co. 2 del DLgs. 14/2019³⁸, infatti, è stabilito che l'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative³⁹.

Da questo specifico punto di vista, l'art. 3 co. 3 del DLgs. 14/2019⁴⁰ precisa come le "misure" e gli "assetti" di cui sopra debbano consentire di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale "o"⁴¹ economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi⁴² e rilevare l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni, l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti, l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni, l'esistenza di una o

"L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 2. Secondo i principi della norma di comportamento CNDCEC del Collegio sindacale di società non quotate 3.5, "per assetto organizzativo si intende: (i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il complesso procedurale di controllo".

³⁶ Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 929. Cfr. anche Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 2.

³⁷ Cfr. Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 2, Cavalluzzo N., Martignoni V. "Responsabili gli amministratori che adeguano l'organizzazione", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 15 e Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 929. Secondo i principi della norma di comportamento CNDCEC del Collegio sindacale di società non quotate 3.7, "il sistema amministrativo-contabile può definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa".

³⁸ Come sostituito dall'art. 2 co. 1 del DLgs. 83/2022.

³⁹ L'imprenditore individuale, invece, in forza del primo comma della medesima disposizione, deve adottare "misure" idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

⁴⁰ Come sostituito dall'art. 2 co. 1 del DLgs. 83/2022.

⁴¹ Sollevano dubbi sull'utilizzo della "o" al posto della "e" Danovi A., Riva P. "Adeguati assetti per prevenire la crisi d'impresa: arrivano nuovi adempimenti per gli imprenditori", *Quotidiano IPSOA*, 7.7.2022.

⁴² Secondo Danovi A., Riva P. "Adeguati assetti per prevenire la crisi d'impresa: arrivano nuovi adempimenti per gli imprenditori", *Quotidiano IPSOA*, 7.7.2022, il riferimento temporale di "almeno i sei mesi successivi", di cui alla precedente formulazione dell'art. 13 del codice, appariva più appropriato, soprattutto se posto in relazione alle informazioni che l'imprenditore dovrà produrre per essere in grado di rispettare il nuovo e più ampio termine dei 12 mesi. "Il rispetto di quanto richiesto, ovvero di verificare, in qualsiasi momento, la sostenibilità dell'indebitamento per almeno i dodici mesi successivi (di fatto un budget di tesoreria rolling a dodici mesi), non può che prevedere, oltre che la tempestiva rilevazione dei fatti di gestione (necessaria alla produzione di aggiornati dati consuntivi):

- la presenza del budget d'esercizio (in grado di fornire informazioni fino alla fine dell'anno);
- la capacità di produrre le informazioni prospettiche relative al periodo successivo a quello di budget, fino al raggiungimento del termine di (almeno) i dodici mesi successivi. Ad esempio, nel mese di luglio l'impresa dovrà essere in grado di elaborare proiezioni relative all'andamento dei flussi di cassa fino allo stesso periodo dell'anno successivo.

Quante imprese saranno realmente in grado di fare tutto ciò?"

più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-*novies* co. 1 del DLgs. 14/2019, in tema di "Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati"⁴³;

- ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'art. 13 co. 2 del DLgs. 14/2019⁴⁴.

2.5.1 Adeguatezza degli assetti

Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile rispetto alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale e alla rilevazione tempestiva di indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale, potendo, così, consentire agli amministratori una sollecita adozione delle misure più idonee alla sua rilevazione e composizione⁴⁵.

Rispetto a ciò, autorevole dottrina⁴⁶ osserva come assuma peculiare rilievo la verifica della rispondenza fra la struttura decisionale aziendale e le deleghe depositate presso il Registro delle imprese. *"Aumentando la dimensione aziendale la struttura organizzativa dovrebbe divenire più articolata, imponendo l'adozione di procedure volte a monitorare i diversi processi aziendali. Di contro, ridotte dimensione potrebbero consentire una minore formalizzazione"*

⁴³ Ai sensi di tale disposizione, "l'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione segnalano all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, a mezzo di posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria:

- a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, il ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore:
 - 1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000;
 - 2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000;
- b) per l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre novanta giorni e non versato superiore all'importo di euro 5.000;
- c) per l'Agenzia delle entrate, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, superiore all'importo di euro 5.000;
- d) per l'Agenzia delle entrate-Riscossione, l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società, all'importo di euro 500.000".

Su tali profili si vedano: Brancoszi S. "Crisi d'impresa, le Entrate vigilano sulla gestione aziendale", *Il Sole - 24 Ore*, 7.7.2022, p. 33; Danovi A., Riva P. "Adeguati assetti per prevenire la crisi d'impresa: arrivano nuovi adempimenti per gli imprenditori", *Quotidiano IPSOA*, 7.7.2022.

⁴⁴ In base alla citata disposizione, infatti, è istituita una piattaforma telematica nazionale, accessibile agli imprenditori iscritti nel Registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna Camera di Commercio (piattaforma gestita dal sistema delle Camere di Commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia e del MISE) in cui sono disponibili (e accessibili da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati):

- una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento;
- un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento;
- un protocollo di conduzione della composizione negoziata.

La struttura della piattaforma, il contenuto della lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del test pratico e il contenuto del protocollo sono definiti dal decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia 28.9.2021.

Secondo Danovi A., Riva P. "Adeguati assetti per prevenire la crisi d'impresa: arrivano nuovi adempimenti per gli imprenditori", *Quotidiano IPSOA*, 7.7.2022, non sarebbe comprensibile il motivo per il quale strumenti pensati nell'ambito di uno specifico strumento giuridico (la composizione negoziata) debbano essere oggi attratti e resi centrali nel Codice, ma soprattutto fatti rientrare nell'articolo nel quale si tratta di adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

⁴⁵ Cfr. i principi della norma di comportamento CNDCEC del Collegio sindacale di società non quotate 3.5.

⁴⁶ Abriani N., Cavalluzzo N. "Organizzazione a misura di impresa e in grado di rilevare subito la crisi", in "Codice della crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 3.

degli assetti organizzativi in ragione della semplicità dei processi sia in termini di numero degli stessi, sia con riferimento alla tipologia delle attività e al numero delle persone coinvolte".

Un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette:

- la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
- la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;
- la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio⁴⁷.

L'assetto amministrativo e contabile, quindi, consente un monitoraggio dell'andamento della gestione e dei risultati in corso di formazione, con conseguente rilevanza cruciale nel favorire la tempestiva rilevazione di sintomi di crisi e di perdita di continuità aziendale. Sotto questo profilo, allora, *"l'assetto amministrativo comprende i sistemi di pianificazione e controllo, che andranno adattati tenendo anche conto delle diverse dimensioni delle aziende. In quelle di ridotte dimensioni, normalmente prive di sistemi previsionali articolati, sarà sufficiente l'introduzione di sistemi di controllo con solo un'analisi di tipo consuntivo, che in ogni caso potrà fornire utili indicazioni per monitorare e orientare la gestione, introducendo comunque indicatori che possano evidenziare la mancanza di condizione di equilibrio"*⁴⁸.

Occorre quindi:

- individuare le funzioni interne necessarie alla produzione dei beni e servizi che si intendono porre sul mercato, facendo in modo che la struttura sia efficiente e che garantisca un adeguato flusso informativo tra le varie aree per un continuativo monitoraggio;
- supportare l'assetto organizzativo con uno contabile e amministrativo capace di effettuare un puntuale controllo sulla gestione mediante una corretta pianificazione aziendale ed una costante analisi degli scostamenti⁴⁹.

Più in particolare, si è prospettata la predisposizione di una sorta di manuale (da aggiornare all'occorrenza) nel quale descrivere modalità operative e controlli da effettuare nelle varie funzioni aziendali (*in primis* nell'ambito della contabilità)⁵⁰.

Il responsabile dei pagamenti ai fornitori, ad esempio, dovrebbe segnalare eventuali debiti scaduti e non saldati, mentre il responsabile della contabilità dovrebbe verificare la coerenza dei dati contabili, anche (ma non solo) in base ai segnali di cui all'art. 3 co. 4 del DLgs. 14/2019.

In pratica, si impone:

- la redazione di situazioni periodiche, senza attendere la redazione del bilancio, che avviene in tempi successivi;
- la predisposizione di procedure tese a rilevare i flussi d'incassi e pagamenti, ed eventuali ritardi⁵¹.

Emerge, allora, la necessità di una adeguata pianificazione economica, patrimoniale e, soprattutto, finanziaria, con il piano di tesoreria che diviene un elemento centrale ed indispensabile nel monitoraggio della sostenibilità dei debiti per l'intero arco di durata del piano stesso. *"È chiaro infatti come non possa esservi sostenibilità del debito quando la liquidità di fine periodo è pari a zero (in assenza di affidamenti), oppure quando essa assume valori tali da non trovare idonea copertura negli affidamenti ottenuti. La possibilità di ricavare dal piano di tesoreria elementi di effettiva utilità è subordinata alla verifica dell'andamento mensile della liquidità per almeno dodici mesi; e un'indicazione «andamentale» siffatta si rivela particolarmente importante nell'ipotesi di attività contraddistinte da uno spiccato livello di stagionalità (come ad esempio nei settori dell'abbigliamento e del turismo). In definitiva, la riforma conferma una volta di più l'estrema rilevanza, nell'ottica di una gestione attenta e lungimirante, della redazione di documenti previsionali e dell'effettuazione di verifiche periodiche: dal che deriva, sul piano degli obblighi in campo contabile, che appare ormai riduttivo ed errato pensare che l'unico bilancio obbligatorio sia quello d'esercizio"*⁵².

⁴⁷ Cfr. i principi della norma di comportamento CNDCEC del Collegio sindacale di società non quotate 3.7.

⁴⁸ Abriani N., Cavalluzzo N. "Dall'amministrazione il corretto monitoraggio", in "Codice della crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 3.

⁴⁹ Così Soldati N. "Crisi d'impresa, ecco le novità già operative", *Il Sole - 24 Ore*, 18.3.2019, p. 22.

⁵⁰ Così Roscini Vitali F. "A revisori e sindaci tocca la verifica dell'organizzazione", *Il Sole - 24 Ore*, 27.6.2019, p. 21.

⁵¹ Così Roscini Vitali F. "A revisori e sindaci tocca la verifica dell'organizzazione", *Il Sole - 24 Ore*, 27.6.2019, p. 21.

⁵² Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro

Non è sufficiente l'introduzione di procedure basate sulla mera valutazione di indici finanziari o altri indicatori sintetici del rischio di insolvenza, occorrendo *"predisporre un protocollo operativo che consenta di monitorare il rischio economico-finanziario secondo un approccio forward-looking, introdurre nel protocollo sistemi di early warning proporzionati alla dimensione e settore merceologico di appartenenza e predisporre procedure di recovery planning da attivare prontamente in caso di crisi d'impresa"*⁵³.

2.5.2 Adeguatezza degli assetti e tempestiva emersione della crisi

In sostanza, per concludere sul punto, assetti adeguati e tempestiva emersione della crisi appaiono, in un certo senso, due facce della medesima medaglia⁵⁴.

Le indicazioni normative di cui ai co. 3 e 4 dell'art. 3 del DLgs. 14/2019, infatti, attengono a profili che implicano la necessità di un'organizzazione aziendale strutturata ed efficiente, in grado di fornire indicazioni attendibili, in una situazione di difficoltà, sulle reali prospettive di continuità dell'impresa e sull'effettiva sostenibilità dei debiti in un determinato arco temporale, a cominciare dall'andamento dei flussi di cassa e dall'adeguatezza dei mezzi propri⁵⁵.

2.6 ASSETTI ADEGUATI E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Occorre ora chiedersi se l'obbligo dell'organo amministrativo di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale sia da valutare alla luce della teoria della *Business Judgment Rule* (BJR), secondo la quale le scelte discrezionali degli amministratori sono sottratte al sindacato del giudice.

In particolare, ci si chiede se, con l'introduzione di uno specifico obbligo di organizzazione, ex art. 2086 co. 2 c.c., verificatosi un danno in seguito a una decisione dell'organo amministrativo, oltre a giudicare di eventuali responsabilità dirette, il giudice possa contestare la "mancata adozione" delle misure organizzative precauzionali o valutare la loro "adeguatezza".

Il primo quesito trova nel nostro ordinamento una risposta positiva nella stessa presenza dell'obbligo di organizzazione⁵⁶; il mancato adeguamento dell'organizzazione dell'impresa costituisce fonte di responsabilità degli amministratori che non si siano attivati per tempo⁵⁷.

La risposta alla seconda questione, invece, risulta meno immediata proprio alla luce della sopra ricordata BJR. Una parte della dottrina è orientata a favore della possibilità (per il giudice) di sindacare il merito delle scelte organizzative a carattere precauzionale, imponendo la legge scopi precisi che debbono essere perseguiti attraverso l'assetto adeguato della società. Non vi sarebbe, infatti, *"discrezionalità quando la legge ponga delle finalità o dei limiti alla libertà di un soggetto protagonista dell'ordinamento. D'altra parte, la legge non ha interesse ad un mero attivarsi della società, magari solo di facciata, a fini elusivi, bensì richiede la predisposizione di uno strumento efficace di prevenzione"*⁵⁸.

normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 6 - 7. Cfr. anche Rinaldi P. "In tesoreria entrate e uscite certe, previste e prospettiche", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 7.

⁵³ Talone M. "Il Codice punta sul risk governance", *Il Sole - 24 Ore*, 29.1.2019, p. 20. Cfr. anche Brancuzzi S. "Il paracadute degli adeguati assetti", *Il Sole - 24 Ore*, 7.7.2022, p. 33.

⁵⁴ Così Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 10.

⁵⁵ Cfr. Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 10.

⁵⁶ Cfr. Borsari R. "Board libero di decidere con buona fede e diligenza", *Il Sole - 24 Ore*, 22.8.2019, p. 20 e Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 933.

⁵⁷ Cfr. Cavalluzzo N., Martignoni V. "Responsabili gli amministratori che adeguano l'organizzazione", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 15.

⁵⁸ Borsari R. "Board libero di decidere con buona fede e diligenza", *Il Sole - 24 Ore*, 22.8.2019, p. 20. Cfr. anche Borsari R. "Limiti alla responsabilità anche per il collegio sindacale", *Il Sole - 24 Ore*, 22.8.2019, p. 20, dove l'Autore ribadisce come *"la codificazione a livello normativo di un parametro finalistico che consenta di definire un assetto adeguato solo qualora questo sia idoneo al tempestivo recepimento dei segnali di crisi o di perdita della continuità aziendale, conduce a ritenere che possa essere esclusa un'estensione del canone della Bjr, in quanto si tratta di vincoli legali che limitano la discrezionalità dell'imprenditore. Ciò che consentirebbe al giudice di operare un vaglio secondo un giudizio prognostico ex ante in concreto"*.

Secondo la prevalente ricostruzione, invece, l'obbligo dell'organo amministrativo di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, è da valutare alla luce della BJR, secondo la quale le scelte discrezionali degli amministratori sono (tendenzialmente) sottratte al sindacato del giudice⁵⁹.

In esito alle novità in esame, la discrezionalità discendente dalla BJR è certamente perimetrata entro margini oggettivamente più circoscritti, ma, comunque, una inadeguata istituzione degli assetti non può reputarsi "di per sé foriera di responsabilità in capo ad amministratori e sindaci, occorrendo pur sempre non solo l'esistenza di un danno, ma altresì la prova che esso non si sarebbe prodotto in presenza di assetti invece adeguati (c.d. giudizio controfattuale)"⁶⁰.

Occorre, in particolare, evitare "scorciatoie (indebitamente) semplificatrici volte a desumere automaticamente dall'accertamento della sopravvenuta insolvenza la «prova» dell'originaria inidoneità del modello predisposto dagli organi sociali ai fini della prevenzione"⁶¹; ed il rischio di tale inversione potrebbe essere evitato invocando, non solo la ragionevolezza, ma proprio la richiamata BJR⁶².

"Il presupposto di applicazione della BJR non consiste tanto nella violazione di doveri non specifici ma nella discrezionalità della scelta amministrativa di allocazione di risorse limitate, discrezionalità che, se esercitata in conformità ai parametri di operatività della BJR, non può tradursi in un giudizio di illiceità dell'operato dell'organo amministrativo... Senza considerare, infine, che un eventuale assetto organizzativo non adeguato, nell'ambito di un giudizio di responsabilità degli organi sociali, non sarà mai in sé l'eventus damni, ma, al più, potrà essere allegato come presupposto dell'eventus damni, con la conseguente difficoltà insita sia nello stabilire un efficiente nesso di causa tra inadeguato assetto organizzativo ed evento dannoso (il danno si è verificato perché l'assetto organizzativo era inadeguato), sia (visto che la lacuna organizzativa si tradurrebbe in un inadempimento omissivo) nell'allegazione controfattuale di un assetto organizzativo capace in sé di impedire l'evento dannoso [in presenza dell'assetto (che chi agisce in responsabilità allega come) adeguato, il danno non si sarebbe verificato]"⁶³.

Nel senso che la regola della *Business Judgment Rule* (BJR) si applichi anche in relazione al dovere degli amministratori di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva di una situazione di crisi e della perdita della continuità aziendale, sancito dall'art. 2086 co. 2 c.c., come inserito dall'art. 375 co. 2 del DLgs. 14/2019 (c.d. "Codice della crisi") sono orientati anche i primi interventi in materia della giurisprudenza di merito⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. Sacchi R. "Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?", in "Le nuove leggi civili commentate", 5, 2018, p. 1287 - 1288, come citato da Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 266. Appare orientato in tal senso anche Abriani N. "Le banche comunicano le variazioni dei fidi", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 8.

⁶⁰ Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", *www.ilcaso.it*, 15.10.2019, p. 15.

⁶¹ Abriani N. "Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci", in "La riforma del fallimento", *Guida giuridica Italia Oggi*, 23.1.2019, p. 53 - 54.

⁶² Così Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 267.

⁶³ Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", *Le Società*, 4, 2019, p. 395 - 396. Cfr. anche Macario F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", § 2, *www.dirittodellacrisi.it*, che sottolinea la estrema difficoltà per gli amministratori di fornire una prova liberatoria in caso di esito infausto dell'attività d'impresa, costretti, probabilmente, a ricorrere alla dimostrazione di circostanze imprevedibili e in nessun modo gestibili secondo le tecniche e le prassi della diligente e corretta amministrazione.

⁶⁴ Cfr. Trib. Roma 24.9.2020 e Trib. Roma 8.4.2020, che ha precisato come la funzione organizzativa rientri nel più vasto ambito della gestione sociale e debba necessariamente essere esercitata impiegando un certo margine di libertà; per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche. La predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma di un obbligo a contenuto non predeterminato che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. Nell'assolvimento di tale obbligo organizzativo non è possibile affidarsi a rigidi parametri normativi (non essendo ravvisabile un

Insolvenza prospettica

Ad ogni modo, ai fini della responsabilità degli organi sociali presenterà sicura rilevanza il concetto di "insolvenza prospettica", valorizzata non solo dagli studi di matrice economico-aziendale, ma anche dalla recente giurisprudenza.

In particolare, nella decisione del Trib. Benevento 18.12.2019, si afferma: *"nell'indagine del tema dell'insolvenza prospettica, va tenuto presente che le procedure vanno intese non per porre rimedio ex post a situazioni dannose, come ad esempio accade con le azioni revocatorie, bensì alla luce della loro evoluzione imposta dalle direttive europee, come strumenti di emersione tempestiva della crisi con lo scopo di ridurre al minimo l'impatto della stessa ed il pregiudizio delle ragioni creditorie. Invero, la irreversibilità della crisi consiste sempre in una previsione negativa sulla possibilità che i creditori possano trovare integrale soddisfazione, in presenza, tuttavia, di un limbo, soventemente ricorrente, in cui la crisi non si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori: diviene così importante capire quando si è di fronte alla c.d. insolvenza prospettica o ad una vera e propria crisi più o meno grave, tenendo presente che l'insolvenza prospettica non può che essere legata ad un orizzonte temporale molto contenuto, perché quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili. Soccorre qui il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ... laddove l'insolvenza prospettica assume rilevanza come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo o quella esterna affidata ai creditori istituzionali, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 14 e 15. Finalità precipua infatti del nuovo costruito normativo è il risalto dato a tale condizione dell'impresa nell'ambito delle misure di allerta (cfr. artt. 12 e ss), che ha lo scopo di adottare, tempestivamente, strumenti di prevenzione dell'insolvenza e non certo quello di consentire una indiscriminata declaratoria di fallimento (rectius liquidazione giudiziale) di tutte le imprese che, in una prospettiva anche abbastanza prossima ..., potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti".*

Come evidenziato in dottrina, seppure i riferimenti alle disposizioni del Codice della crisi risultino superati dalle più recenti modifiche, rimane valida la "ratio decidendi"⁶⁵.

2.7 ASSETTI ADEGUATI NELLE "NUOVE" SRL

A fronte di tutto quanto premesso, appare interessante rilevare come, attualmente, nel contesto delle srl obbligate alla nomina di un organo di controllo o di un revisore, si ritiene⁶⁶ che le scelte che i soci possono effettuare nello statuto siano le seguenti:

- nomina di un organo di controllo (pluripersonale o unipersonale) al quale affidare il controllo sulla gestione e la revisione legale (al di fuori dei casi previsti dagli artt. 2409-bis c.c. e 16 co. 2 del DLgs. 39/2010);
- nomina di un organo di controllo che eserciti il controllo di gestione e di un revisore (persona fisica o società) che svolga la revisione legale;
- nomina del solo revisore (persona fisica o società) che svolga la funzione di revisione legale⁶⁷.

Lo statuto, peraltro, potrebbe anche prevedere che la scelta tra questi sistemi e la scelta tra un organo di controllo monocratico o collegiale sia effettuata di volta in volta dai soci, in sede di rinnovo dell'incarico, senza una modifica dell'atto stesso⁶⁸.

Ciò che preme rilevare, comunque, è il fatto che tra le possibili opzioni si colloca anche la nomina del solo revi-

modello normativo di assetto utile per tutte le situazioni), ma a principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina.

⁶⁵ Così Macario F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", § 3, www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁶ Cfr. il caso Assonime 3/2012 (ma si vedano anche la circ. Confindustria 6.4.2012 n. 19510, sub "Le diverse opzioni disponibili", la nota interpretativa CNDCEC aprile 2012, sub "Adeguamento degli statuti esistenti" ed il documento di ricerca Assirevi luglio 2012 n. 172, § 4).

⁶⁷ Analogo obbligo di nomina del revisore legale, poi, si avrà nel caso in cui, essendo la srl obbligata alla istituzione di un organo di controllo o di un revisore, si dovesse optare per l'organo di controllo – collegiale o monocratico – senza che esso sia costituito – integralmente – da soggetti iscritti al Registro dei revisori legali; così Sottoriva C. "La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.", *Le Società*, 11, 2012, p. 1183.

⁶⁸ Così il caso Assonime 3/2012. Nel medesimo senso anche la circ. Confindustria 6.4.2012 n. 19510, sub "Le diverse opzioni disponibili", la nota interpretativa CNDCEC aprile 2012, sub "Adeguamento degli statuti esistenti" e Sottoriva C. "La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.", *Le Società*, 11, 2012, p. 1183.

sore (persona fisica o società); ed è inutile dire come tale soluzione stia riscuotendo notevole successo in ragione della limitazione dei costi ad essa connessi.

A fronte di ciò occorre evidenziarsi come l'obbligo di segnalazione di cui all'art. 25-*octies* del DLgs. 14/2019 sia posto in capo all'organo di controllo societario (e non più al revisore legale o alla società di revisione "ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni", come accadeva con il precedente art. 14 del DLgs. 14/2019⁶⁹).

Soluzione che appare coerente con il fatto che il controllo posto in essere dal revisore legale non presenta quel connotato di continuità che è richiesto invece all'organo di controllo. Organo che, a differenza del revisore legale, è titolare di poteri di controllo sull'adeguatezza degli assetti dell'impresa e di legittimazione ad azioni (dalla convocazione dell'assemblea sino alla denuncia di gravi irregolarità e all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori) che gli consentono un efficiente intervento "proattivo", prima ancora che "reattivo", di peculiare rilievo nella fase di emersione e prevenzione della crisi⁷⁰.

In questo quadro complessivo, allora, e tornando al caso della srl obbligata ad istituire i controlli e che abbia optato per il solo revisore legale, appare opportuno verificare se la mera presenza di tale soggetto sia effettivamente compatibile rispetto al dovere di istituire un assetto organizzativo adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale⁷¹.

Ciò tanto più ove si consideri come l'organo di controllo di srl abbia certamente recuperato, in forza dell'art. 379 co. 2 del DLgs. 14/2019 (a fronte delle passate incertezze), il potere di denuncia al Tribunale di gravi irregolarità nella gestione *ex art.* 2409 c.c.⁷².

Al riguardo è stato anche sottolineato come sarebbe forse opportuno ripristinare l'obbligo di nomina del Collegio sindacale in quelle realtà medio-grandi dove la eventuale presenza del solo revisore finirebbe per lasciare privi di controllo di legalità i CdA e i Comitati esecutivi. "In tal modo l'organo di controllo potrebbe prevenire i sintomi della crisi anteriormente alle situazioni che si evidenziano nei meri dati contabili, percependo determinate avvisaglie all'interno delle riunioni dell'organo gestorio"⁷³.

2.8 ADOZIONE ED ATTUAZIONE DEGLI STRUMENTI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO

Come si è già avuto modo di rilevare, gli artt. 375 e 377 del DLgs. 14/2019, che hanno introdotto le novità richiamate, sono entrati in vigore il 16.3.2019; 30° giorno successivo alla data di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* (art. 389 co. 2 del DLgs. 14/2019). Le correzioni apportate dal DLgs. 147/2020 agli articoli del codice civile già modificati dall'art. 377 del DLgs. 14/2019, invece, sono in vigore dal 20.11.2020 (art. 42 del DLgs. 147/2020).

A tal riguardo, peraltro, appare opportuno sottolineare come, sempre dal 16.3.2019, sia in vigore, accanto all'obbligo di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, anche quello di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

In relazione a questo secondo profilo dell'obbligo complessivamente sancito dall'art. 2086 co. 2 c.c., è stato sottolineato come il riferimento agli "strumenti previsti dall'ordinamento" sia tale da imporre un immediato dovere di attivazione guardando, oggi, al Codice della crisi⁷⁴ e, in primo luogo, alle soluzioni stragiudiziali ivi previste⁷⁵.

⁶⁹ Ai sensi del quale, "gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi".

⁷⁰ Cfr. Abriani N. "Le banche comunicano le variazioni dei fidi", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 8.

⁷¹ Cfr. Abriani N. "Le banche comunicano le variazioni dei fidi", in AA.VV. "Professionisti e crisi di impresa", *Norme e Tributi, Focus*, 23.10.2019, p. 8 e Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", *Le Società*, 4, 2019, p. 407.

⁷² Sul tema ci sia consentito rinviare a Meoli M. "Codice della crisi d'impresa - Novità di diritto societario", *Schede di Aggiornamento on line*, 2, 2019, § 8.

⁷³ De Angelis L. "Tutte le novità per i sindaci revisori di srl", in "La riforma del fallimento", *Guida giuridica Italia Oggi*, 23.1.2019, p. 33.

⁷⁴ Cfr. Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture", *Le Società*, 4, 2019, p. 394.

Secondo altra ricostruzione⁷⁶, invece, gli strumenti già previsti nell'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale sarebbero da rinvenire nell'art. 2381 c.c., prevedendo:

- un *reporting* avente ad oggetto "piani strategici, industriali e finanziari" (che evidentemente sono anche strumenti contabili);
- una relazione semestrale sul generale andamento della gestione (ovvero un bilancio che, seppure non costituito anche dalla nota integrativa e dal rendiconto finanziario, dovrà esprimere quanto meno con sufficiente attendibilità e correttezza la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico di periodo) e sulla prevedibile evoluzione della gestione (ovvero un *budget*)⁷⁷.

Si ha, quindi, "una strumentalità contabile minima necessariamente costituita da un bilancio d'esercizio, da un bilancio al termine del primo semestre, da un budget annuale, da un revised budget al termine del primo semestre, nonché da un prospetto di flussi di cassa aggiornato almeno ogni sei mesi. Naturalmente alcuni imprenditori giudicheranno e già oggi giudicano insufficiente la redazione dei suddetti documenti su base semestrale. La redazione di bilanci di verifica mensili e l'aggiornamento mensile del prospetto dei flussi di cassa (quest'ultimo talvolta proiettato solo nei 120 giorni successivi) è prassi non insolita anche nelle PMI"⁷⁸.

Altro autore, peraltro, si chiede se anche in relazione a tale profilo si sia o meno in presenza di una reale aggiunta ai doveri già esistenti⁷⁹.

3 ADEGUATI ASSETTI E ORGANO DI CONTROLLO

Da quanto fino ad ora detto, dovrebbe emergere come la nuova disciplina riconosca agli adeguati assetti aziendali il ruolo di base su cui poggia l'intero sistema di *early warning*, soprattutto attraverso una più efficiente condivisione dei flussi informativi.

La loro istituzione e la loro implementazione, peraltro, vengono promosse non solo tramite norme di natura pre-cettiva, con relative responsabilizzazione dell'organo gestorio (unico legittimato a predisporli), ma anche attraverso il coinvolgimento dell'organo di controllo⁸⁰.

Ai sensi dell'art. 25-*octies* del DLgs. 14/2019, l'organo di controllo societario (collegio sindacale o sindaco unico di srl⁸¹) segnala⁸² all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. La segnalazione deve:

- essere effettuata per iscritto;
- essere motivata⁸³;
- essere trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione;
- contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese⁸⁴.

⁷⁵ Cfr. Macario F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", § 4, www.dirittodellacrisi.it.

⁷⁶ Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 931 - 932.

⁷⁷ Si tratterebbe, inoltre, di strumenti da attuare non solo in caso di crisi o di perdita della continuità aziendale. Così Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 932.

⁷⁸ Verna G. "Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società", *Le Società*, 8-9, 2019, p. 932.

⁷⁹ Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Le Società*, 2-3, 2019, p. 268 - 269.

⁸⁰ Cfr. Guiotto A. "I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi", *Il Fallimento*, 4, 2019, p. 410.

⁸¹ È, quindi, escluso il revisore. Cfr. Abriani N., Cavalluzzo N. "Il collegio sindacale deve segnalare se serve la composizione negoziata", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 4.

⁸² La previsione normativa, nonostante non si parli più espressamente di obbligo, è connotata da una evidente perentorietà. Sembra, quindi, da configurare quanto meno un onere in capo agli organi di controllo. Cfr. Fabiani M. "La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI", www.ilcaso.it, 9.10.2019, p. 4.

⁸³ Anche alla luce del fatto che, in forza dell'art. 25-*decies* del DLgs. 14/2019 (come inserito dall'art. 6 co. 1 del DLgs. 83/2022), "le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti".

In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c.

Come già evidenziato, peraltro, l'organo di controllo, in base all'art. 25-*novies* del DLgs. 14/2019, è destinatario anche delle segnalazioni di esposizioni debitorie rilevanti della società effettuate dai creditori pubblici qualificati ivi indicati. In quest'ultimo caso, essendo anche l'organo amministrativo destinatario della segnalazione, appare superflua qualunque ulteriore segnalazione da parte dell'organo di controllo⁸⁵. Peraltro, si è osservato come, se gli amministratori della società non dovessero dare una risposta adeguata alle segnalazioni loro pervenute, "*sempur in assenza di una previsione che imponga e consenta all'organo di controllo di presentare un'istanza di composizione negoziata, tale organo deve valutare se convocare l'assemblea per le necessarie deliberazioni e, nel caso, di presentare al Tribunale una denuncia per gravi irregolarità degli amministratori nella gestione della crisi*"⁸⁶.

3.1 PRESUPPOSTI DELLA SEGNALAZIONE

L'organo di controllo segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata ex art. 17 del DLgs. 14/2019.

In relazione a tale istanza, è da evidenziare come l'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 stabilisca che l'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della Camera di Commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

Si tratta di indicazioni che sembrano voler anticipare il momento della segnalazione rispetto a quanto indicato nella precedente disciplina. In dottrina⁸⁷, infatti, in relazione alla precedente imposizione di una segnalazione a fronte di "fondati indizi di crisi", si è era evidenziato il rischio di una segnalazione a ridosso dell'insolvenza.

3.2 TERMINI DI REAZIONE

Come emerge dalla lettura dell'art. 25-*octies* co. 1 del DLgs. 14/2019, al soggetto che subisca una segnalazione da parte dell'organo di controllo è offerto un tempo di reazione massimo di 30 giorni, entro il quale riferire in ordine alle iniziative intraprese.

La brevità di tale termine di reazione sottolinea l'esigenza di un'attivazione quanto mai tempestiva degli strumenti di prevenzione della crisi; esigenza ulteriormente accentuata nel nuovo sistema dal limite temporale delle misure protettive, fissato in 12 mesi, e dalla esigenza di non perdere l'opportunità di avviare la composizione negoziata, preclusa in caso di insolvenza non più reversibile⁸⁸.

3.3 INCENTIVO ALLE SEGNALAZIONI

Anche al fine di incentivare le segnalazioni, e la prontezza delle stesse, infine, al secondo comma dell'art. 25-*octies* del DLgs. 14/2019 è stabilito che la tempestiva segnalazione, al pari della vigilanza sull'andamento delle trattative, sono valutate ai fini della responsabilità dell'organo di controllo, ex art. 2407 c.c.

Risulta, quindi, sostituita la previsione secondo la quale il tempestivo adempimento dell'obbligo di segnalazione avrebbe costituito, per l'organo di controllo, causa di esonero dalla responsabilità solidale con l'organo amministrativo per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non fossero conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti, fosse stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. Macario F. "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", § 3, *www.dirittodellacrisi.it*.

⁸⁵ Cfr. Abriani N., Cavalluzzo N. "Il collegio sindacale deve segnalare se serve la composizione negoziata", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 4.

⁸⁶ Abriani N., Cavalluzzo N. "Alert dai creditori all'impresa e ai sindaci", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 4.

⁸⁷ Bini M. "Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo", *Le Società*, 4, 2019, p. 434.

⁸⁸ Così Abriani N., Cavalluzzo N. "Il collegio sindacale deve segnalare se serve la composizione negoziata", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 4.

⁸⁹ Cfr. Abriani N. "Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci", in "La riforma del fallimento", *Guida giuridica Italia Oggi*, 23.1.2019, p. 54 - 55; Buffelli G. "Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta", *Il Fallimentarista*, 25.10.2017;

Lo scarico di responsabilità in questione era stato considerato *"molto (e forse eccessivamente) ampio"* da una parte della dottrina, dal momento che sembrava condurre ad una esclusione da qualsivoglia responsabilità dell'organo di controllo *"una volta alzata – idealmente – la bandierina del segnale della crisi"*⁹⁰.

Il citato Autore, peraltro, non riteneva che questo esito corrispondesse effettivamente all'intenzione del legislatore, indipendentemente dai comportamenti tenuti successivamente alla segnalazione; anche dopo quel momento, quindi, l'organo di controllo avrebbe dovuto comunque proseguire, salvo subire le conseguenze della propria inattività, l'attività di vigilanza sulla legalità e sulla corretta amministrazione che la legge gli attribuisce.

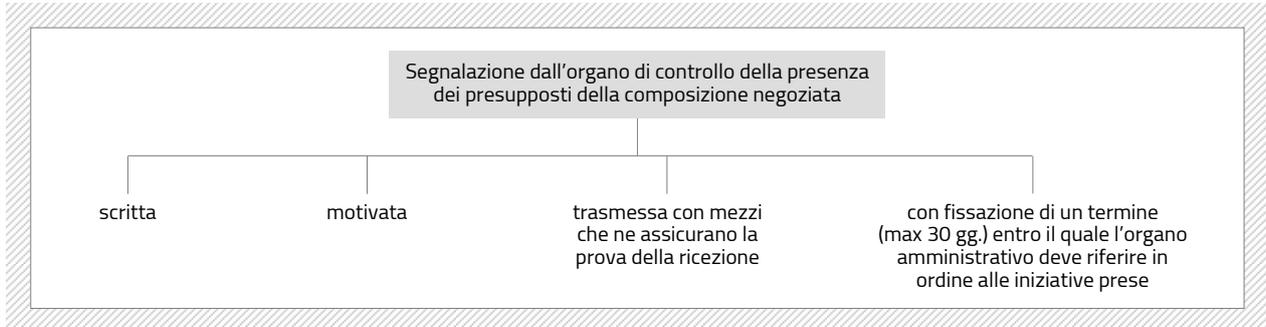


Fig. 2 - Caratteristiche della segnalazione dell'organo di controllo

De Angelis L. "Rafforzati i poteri ai controllori", *Italia Oggi* 7, 30.10.2017, p. 9. Si vedano, inoltre, le perplessità sollevate da Virgillito D., Rubin G. "Controllo legale, obbligo esteso", *Italia Oggi*, 19.10.2017, p. 35.

⁹⁰ Così Guiotto A. "I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi", *Il Fallimento*, 4, 2019, p. 416 - 417.

CRISI E INSOLVENZA - SQUILIBRIO PATRIMONIALE O ECONOMICO-FINANZIARIO - INDIZI DELLA CRISI

Fabrizio BAVA e Alain DEVALLE

1 CRISI E INSOLVENZA

Il concetto di crisi, oggetto di numerosi approfondimenti negli studi aziendalistici, non era mai stato definito sul piano normativo. Con l'introduzione dell'obbligo di istituire adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili, tale nozione diviene centrale e si comprende pertanto la ragione per cui il legislatore abbia introdotto la definizione.

Il Codice della crisi identifica la seguente definizione di crisi (art. 2 definizioni): *"lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi"*.

Laddove per "insolvenza" si intende: *"lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*¹.

Mentre pertanto un'impresa è insolvente in genere in quanto non è stata in grado di adempiere alle proprie obbligazioni regolarmente, un'impresa è da qualificare in "crisi", se gli squilibri aziendali sono tali da far ritenere "probabile" una futura insolvenza.

Il legislatore ha voluto nell'ultima versione inserire anche l'arco temporale di riferimento per identificare situazioni di crisi; tale periodo è pari a 12 mesi ed è allineato all'arco temporale minimo che deve essere utilizzato dall'imprenditore per valutare la continuità aziendale nel bilancio ("almeno 12 mesi").

Tale indicazione comporta ricadute estremamente importanti dal punto di vista pratico: significa, per le imprese, essere in grado di verificare l'andamento prospettico di non meno di 12 mesi per comprendere la capacità di rimborso dei debiti. Pertanto, l'impresa dovrà essere in grado di predisporre delle situazioni prospettiche di almeno un anno aggiornate periodicamente (ragionevolmente, su base mensile, anche in relazione alla complessità e dimensione dell'impresa) per tener conto sempre dei prossimi 12 mesi ("rolling").

I concetti di crisi e insolvenza sono rappresentati graficamente nella seguente Fig. 1.

¹ È invece definito "sovraindebitamento" lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start up* innovative di cui al DL 18.10.2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17.12.2012 n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

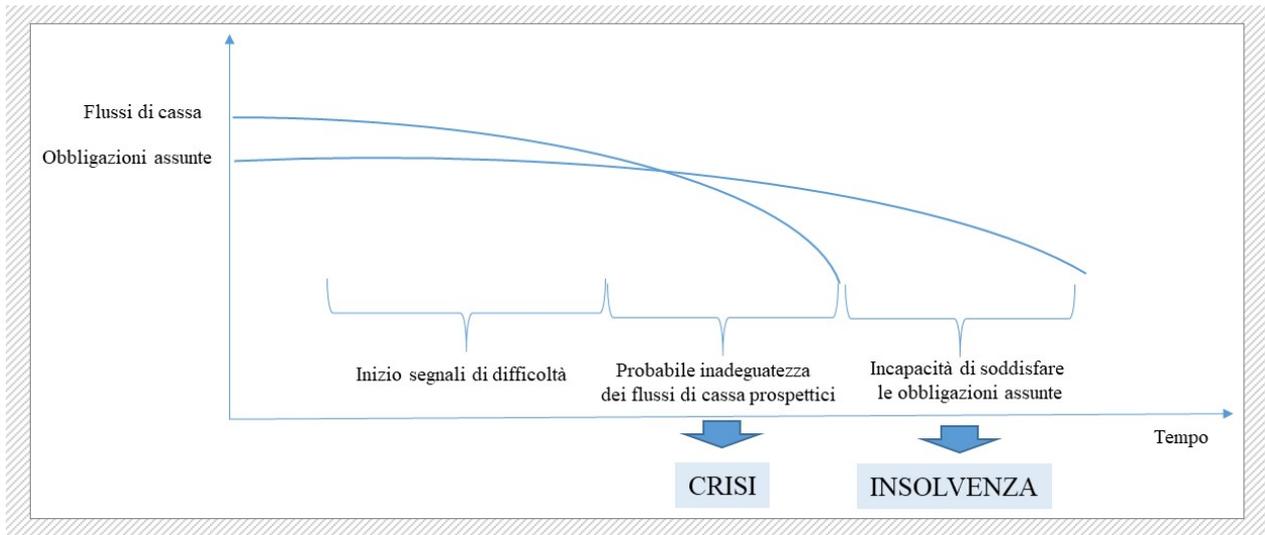


Fig. 1 - Dai segnali, alla crisi fino all'insolvenza

La nozione di crisi identificata dal legislatore è coerente rispetto alla disciplina in esame². In dottrina, con riferimento alle cause all'origine della crisi d'impresa sono state proposte le seguenti categorie³:

- le crisi da inefficienza: incapacità di determinate aree o funzioni aziendali di operare con rendimenti e costi in linea con i principali competitors presenti sul mercato. Tali situazioni possono originare da differenti fattori: l'obsolescenza dei beni strumentali utilizzati, la mancanza di preparazione/impegno del personale, il sottodimensionamento degli impianti, ecc.;
- le crisi da sovracapacità/rigidità: capacità produttiva dell'impresa eccedente rispetto alle possibilità di assorbimento del mercato di sbocco. Tale situazione si presenta a seguito di una contrazione della domanda o della perdita di quote di mercato qualora l'impresa non riesca a ridimensionare (o riconvertire) la struttura aziendale nel breve termine;
- le crisi da decadimento dei prodotti e/o da errori di *marketing*: mancanza di rinnovamento e di ricambio dei prodotti aziendali e/o errori di *marketing*, qualora risultino inadeguate le politiche di commercializzazione (ad esempio, errata scelta dei mercati e del *target* di clientela);
- le crisi da incapacità nella programmazione, da errori di strategia e/o da carenza di innovazione: incapacità dell'impresa di individuare gli obiettivi da conseguire, errori di strategia, scarsa propensione alla ricerca, ecc.;
- le crisi da squilibrio finanziario: il ricorso eccessivo a fonti di finanziamento esterne può determinare una crescita non sostenibile degli oneri finanziari che, incidendo negativamente sul risultato d'esercizio, deteriorano la solidità patrimoniale dell'impresa. La condizione di squilibrio finanziario/patrimoniale può avviare un processo degenerativo difficilmente controllabile. In molti casi, lo squilibrio finanziario/patrimoniale non è la causa del declino dell'impresa, bensì la conseguenza dei fattori alla base della crisi: inefficienze, sovracapacità, invecchiamento dei prodotti, ecc.

L'individuazione della causa di un processo degenerativo è spesso complessa, poiché i diversi fattori e le carenze sopra illustrate possono operare in modo congiunto, rendendo difficile e talvolta arbitrario, stabilire in modo univoco quale sia stata la singola causa del dissesto.

Un'impresa in crisi, indipendentemente dalle cause che l'hanno provocata, presenta, in genere, una situazione di squilibrio economico che può comportare squilibri patrimoniali e che sfocerà prima o poi in uno squilibrio finanziario che potrebbe compromettere la prospettiva di continuità, degenerando nell'incapacità di produrre sufficienti flussi di cassa per sostenere il debito.

² Si segnala, a sostegno della coerenza di tale definizione rispetto alla nozione di crisi contenuta nel DL 118/2021 anche Irrera M., Riva P. "La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e del D.L.118/2021: Is cash still king? DSCR e TdR a confronto", *Ri-strutturazioni aziendali*, 21.10.2021.

³ Guatri L. "Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore", EGEA, 1995.

Al fine di identificare eventuali crisi la norma individua diversi segnali provenienti dall'esterno o dall'interno che devono essere congiuntamente monitorati per comprendere il verificarsi della probabilità di uno stato di crisi.

2 SQUILIBRIO PATRIMONIALE O ECONOMICO-FINANZIARIO E PROBABILITÀ DI CRISI O INSOLVENZA

Il Codice della crisi (art. 3 co. 3) indica che al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa e dell'assunzione di idonee iniziative, l'imprenditore individuale si deve dotare di misure idonee e l'imprenditore collettivo di adeguati assetti al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi che siano in grado di:

- a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi e rilevare i segnali previsti (co. 4);
- c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento previsto dalla composizione negoziata della crisi (di cui all'art. 13 co. 2).

La nuova norma, a differenza delle versioni precedenti, non prevede gli indici/indicatori da monitorare (punto *sub a*) ma si riferisce più in generale a squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, senza indicare nello specifico quali utilizzare. Ciò significa che sulla base delle indicazioni dottrinali, anche alla luce delle caratteristiche dell'impresa, si renderà necessario identificare un "kit" di indicatori da monitorare costantemente.

Con riferimento, invece, alla sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale, l'indicatore di riferimento, anche se non più indicato specificatamente, è il *debt service cover ratio* (DSCR) in quanto permette di valutare la capacità dell'impresa di rimborsare i debiti e di conseguenza in grado di garantire la continuità aziendale.

Vengono inoltre indicati specifici indicatori (previsti dal co. 4) relativamente alla presenza di debiti verso fornitori, dipendenti ecc. che costituiscono segnali di possibile presenza della crisi.

Il punto c) invece fa riferimento ad un assetto che sia in grado di fornire le informazioni necessarie all'applicazione della *check list* per la redazione del piano di risanamento e del test da calcolare previsto per la composizione negoziata della crisi che prevede il calcolo di un indicatore per comprendere l'eventuale difficoltà nell'effettuazione di un percorso di risanamento.

Gli strumenti sopra indicati sono complementari e non alternativi; la norma infatti prevede che, nel caso di società, l'adeguato assetto monitori contestualmente i diversi punti sopra commentati.

Le società dovranno pertanto definire un cruscotto con i vari indicatori da monitorare periodicamente e da presentare agli organi di controllo per un monitoraggio e l'eventuale pronta emersione delle difficoltà.

Nel prosieguo si analizzano analiticamente i punti di cui sopra.

2.1 SQUILIBRI DI CARATTERE PATRIMONIALE O ECONOMICO-FINANZIARIO

Il Codice della crisi identifica gli strumenti di cui deve dotarsi l'impresa e intercettare eventuali situazioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza. La presenza di tali squilibri è anche necessaria per l'adesione alla composizione negoziata della crisi d'impresa (disciplinata dall'art. 13 del Codice della crisi).

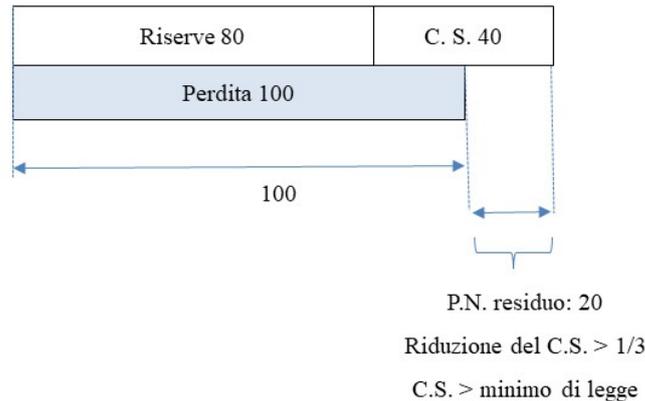
La norma indica, a nostro parere erroneamente, che lo squilibrio sia patrimoniale o economico finanziario. A nostro parere, la "o" dovrebbe essere sostituita da una "e" in quanto l'impresa può trovarsi in squilibrio patrimoniale (debiti significativamente superiori al Patrimonio netto) ma essere comunque in grado di sostenere finanziariamente l'indebitamento in quanto i risultati economici e i correlati flussi sono positivi.

Una possibile ipotesi è che il legislatore abbia distinto le due tipologie di squilibri facendo riferimento alle fattispecie di perdite del capitale previste dal codice civile che possono comportare l'obbligo di intervento da parte dell'assemblea dei soci, a prescindere dall'esistenza o meno di uno squilibrio finanziario, (fatto salvo la presenza della deroga alla ricapitalizzazione in vigore sulle perdite del capitale 2020 e 2021). Nei precedenti indicatori della crisi proposti dal CNDCEC (ormai superati sul piano normativo) si ricorderà che la fattispecie del Patrimonio netto negativo costituiva, di per sé, una situazione di crisi. Sarebbe in ogni caso opportuno precisarlo, l'attuale formulazione sarebbe da modificare.

Si consideri l'esempio di seguito riportato.

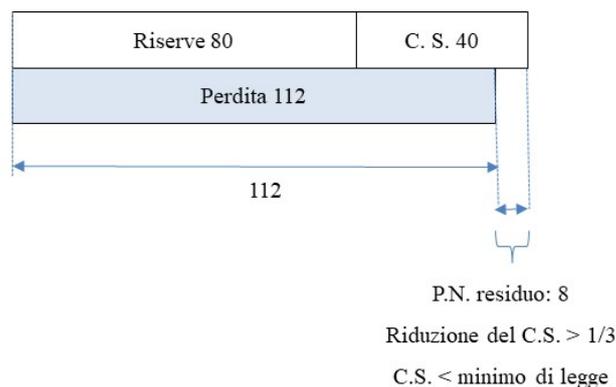
Caso 1

Srl con capitale sociale pari a 40.000,00 euro
 Perdita alla data della situazione patrimoniale (30 giugno): 100.000,00 euro
 Patrimonio netto (senza considerare la perdita): 120.000,00 euro
 Riserve 80.000,00 – perdita 100.000,00 = –20.000,00, pertanto il capitale è eroso di oltre un terzo, la società ricade nella fattispecie di cui all'art. 2482-*bis* c.c. ma non si viene a determinare una riduzione del capitale sociale al di sotto del limite di legge.
 In tale situazione, infatti, il Patrimonio netto complessivo non è inferiore al limite di legge.



Caso 2

Srl con capitale sociale pari a 40.000,00 euro
 Perdita alla data della situazione patrimoniale (30 giugno): 112.000,00 euro
 Patrimonio netto (senza considerare la perdita): 120.000,00 euro
 Riserve 80.000,00 – perdita 112.000,00 = –32.000,00, pertanto il capitale è eroso di oltre un terzo e, per effetto della perdita, si è ridotto al di sotto della soglia minima di legge, la società ricade nella fattispecie di cui all'art. 2482-*ter* c.c.
 In tale situazione, infatti, il Patrimonio netto complessivo ammonta a 8.000,00 euro, ovvero è inferiore al limite di legge e si presenta pertanto una causa di scioglimento.



Indipendentemente dalla situazione finanziaria, considerato che tale circostanza costituisce un pregiudizio alla continuità aziendale, per rimuovere la crisi è necessario almeno ripianare le perdite e riportare il capitale sociale ad un valore non inferiore al limite legale, ad esempio, attraverso una ricapitalizzazione. È importante sottolineare "almeno", in quanto in molti casi potrebbe non essere sufficiente ricostituire il capitale sociale minimo, considerato che la presenza di perdite di gestione tali da ridurre il capitale sociale al di sotto del minimo di legge è spesso accompagnata da squilibrio di natura finanziaria. In tali casi, pertanto, l'intervento dei

soci deve consentire anche di salvaguardare la continuazione dell'attività e la capacità di fronteggiare le obbligazioni assunte, al fine di poter ritenere rimosso il segnale di crisi.

Generalmente, la crisi dell'impresa al di là dell'oggetto patrimoniale, viene anticipata da un ammontare di costi superiori ai ricavi (squilibrio economico) che inizialmente possono essere celate da "politiche di bilancio" volte a massimizzare il risultato d'esercizio. Tali politiche di bilancio (es. valutazioni di magazzino, capitalizzazioni di costi, ecc.) non generano un effetto sulla capacità di generare cassa (che spesso è negativa) e quindi l'impresa si trova a non avere sufficienti risorse finanziarie per rimborsare l'indebitamento (squilibrio finanziario). Le perdite d'esercizio cumulate nel tempo erodono poi il Patrimonio netto (squilibrio patrimoniale), come riportato nella seguente Fig. 2.

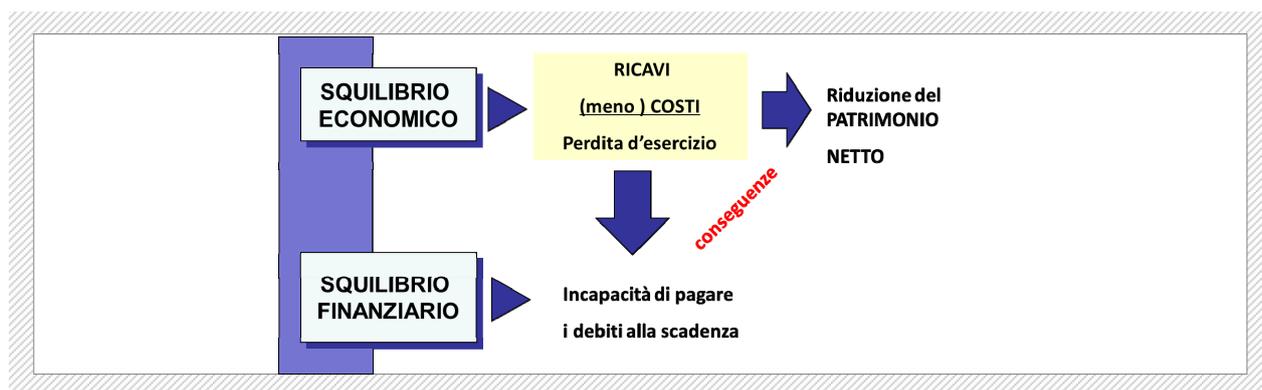


Fig. 2 - I legami tra gli squilibri di gestione

L'impostazione attuale della norma non prevede riferimenti in merito a quali indicatori calcolare per la determinazione di eventuali squilibri, ma occorrerà calcolare gli indicatori già "noti" nella prassi e nella dottrina. Ad esempio, per lo squilibrio patrimoniale si può analizzare l'indipendenza finanziaria nelle varie configurazioni, per lo squilibrio finanziario il capitale circolante netto e/o l'indice di disponibilità e per la parte economica i margini quali EBITDA, EBIT e risultato netto.

La norma in modo opportuno indica, infine, che gli strumenti utilizzati dall'impresa devono essere "rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore": a seconda del settore d'impresa (es. *automotive* o di costruzioni) si potranno utilizzare indicatori mirati.

2.2 VERIFICARE LA SOSTENIBILITÀ DEI DEBITI E LE PROSPETTIVE DI CONTINUITÀ AZIENDALE ALMENO PER I 12 MESI SUCCESSIVI

Il legislatore identifica tra gli elementi da monitorare per l'emersione di squilibri di natura finanziaria quelli che misurano la capacità di sostenere l'indebitamento nei prossimi 12 mesi.

Gli indicatori che possono rispondere a questa esigenza sono principalmente i seguenti:

- debiti finanziari/EBITDA;
- *debt service cover ratio*.

Debiti finanziari/EBITDA

L'indicatore finanziario di sostenibilità del debito rapporta l'ammontare complessivo dei debiti finanziari (o della posizione finanziaria netta) all'EBITDA (*cash flow* operativo o margine operativo lordo) dell'impresa o, in caso di presenza del rendiconto finanziario, alla liquidità generata dall'attività operativa. Tale indicatore esprime il numero di anni in cui la società è in grado di rimborsare i debiti finanziari attraverso la capacità dell'impresa di generare risorse finanziarie. Nelle situazioni di squilibrio, l'elevato indebitamento messo in evidenza dall'indicatore *Debt to Equity*, può risultare insostenibile in quanto, a causa della crisi economica, l'impresa genera marginalità in riduzione che possono non essere più sufficienti a garantire la soddisfazione dei debiti finanziari.

Qualora il numero di anni espressione del rapporto sia inferiore al periodo di durata residua dell'indebitamento la società potrebbe trovarsi in uno squilibrio finanziario.

Tale indicatore sebbene molto rilevante è da interpretare attentamente tenendo conto ad esempio dello stadio di sviluppo dell'impresa (crescita, maturità, declino, ecc.), la durata residua dell'indebitamento ed il connesso costo, ecc.

Inoltre, si ricorda che l'EBITDA è un indicatore di creazione di risorse finanziarie potenziali ma non è un indicatore di generazione di cassa e, quindi, occorre anche tener conto dell'effettiva capacità dell'impresa di realizzare in termini finanziari l'EBITDA.

Debt service cover ratio (DSCR)

La capacità di sostenere i debiti per i successivi 12 mesi è generalmente espresso in termini di flussi finanziari necessari al rimborso dei debiti e l'indicatore utilizzato è il DSCR.

Il DSCR è un indicatore di *performance* finanziaria molto diffuso nella redazione dei *business plan* aziendali per verificare la sostenibilità complessiva dell'indebitamento finanziario. Nelle operazioni di ristrutturazione del debito il DSCR è utilizzato per comprendere se, ad esito della manovra finanziaria, vi è il riequilibrio della situazione finanziaria della società, rendendo compatibile il rimborso dell'indebitamento con i flussi che l'impresa è in grado di generare post manovra concordata con il ceto bancario.

Il DSCR si fonda tuttavia sull'utilizzo di dati prospettici; si tratta infatti di un indicatore che individua la capacità prospettica di rimborso degli oneri dell'indebitamento e deve essere pertanto calcolato utilizzando dati di natura previsionale. Poco utile e poco segnaletico sarebbe l'indicatore calcolato su dati storici.

L'orizzonte temporale deve essere almeno di 12 mesi, in quanto la stessa norma di legge afferma che deve essere monitorato "per i 12 mesi successivi". Al fine di consentire a organi di controllo e revisori di valutare l'attendibilità dei flussi di cassa previsionali, è necessario che le procedure di costruzione ed utilizzo del modello quantitativo di previsione dei flussi dell'impresa siano adeguate alla dimensione d'impresa.

Naturalmente trattandosi di dati stimati, l'eventuale scostamento tra dati stimati e consuntivi non rappresenta, di per sé, un segnale di scarsa affidabilità degli stessi. Allo stesso tempo, però, il confronto tra dati previsionali e successivi dati consuntivi è uno degli elementi a cui faranno riferimento organi di controllo e revisori al fine di formarsi un'opinione in merito all'affidabilità del processo di predisposizione di tali dati.

Sono presenti diverse modalità di calcolo del DSCR⁴ che nella sostanza hanno un comune denominatore: l'obiettivo di determinare la capacità dell'impresa di rimborsare i finanziamenti che è data dal rapporto tra i flussi di cassa in entrata a servizio del debito e i flussi in uscita per il rimborso del debito oltre agli oneri finanziari.

Al fine di garantire un monitoraggio costante si ritiene che la modalità di calcolo dovrebbe basarsi su un *budget* che esponga le previsioni dei flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e che saranno assorbite dalla gestione. Il *budget* ha spesso durata di 12 mesi ed è quindi coerente con l'orizzonte temporale indicato dalla norma. L'alternativa è calcolare il DSCR utilizzando i dati dei 12 mesi complessivi, ma potrebbe non essere uno strumento sufficiente per monitorare eventuali difficoltà finanziarie di breve periodo (esigenze di tesoreria).

Nella determinazione del DSCR, per il numeratore occorre determinare il flusso di cassa disponibile per il servizio del debito dato da:

- il totale delle entrate di disponibilità liquide previste;
- le uscite di liquidità previste riferite allo stesso periodo, ad eccezione dei rimborsi dei debiti finanziari posti al denominatore.

Al denominatore, invece, si sommano le uscite previste contrattualmente per il rimborso di debiti finanziari (verso banche o altri finanziatori). Il rimborso è inteso come pagamento della quota capitale contrattualmente previsto per i successivi 12 mesi.

Qualora tale indicatore assuma un valore inferiore a 1 significa che l'impresa non sarà in grado di far fronte ai propri impegni finanziari con i flussi generati dall'attività. Si renderà necessario verificare quindi se utilizzando le disponibilità liquide o eventuali affidamenti di breve accordati ma non utilizzati la società sia in grado di coprire le esigenze finanziarie.

Nelle imprese che non hanno già implementato un simile strumento per il controllo finanziario, i commercialisti, alla luce delle nuove previsioni normative, potranno proporsi quali consulenti al fine di accompagnare i propri clienti nel percorso di adeguamento alle richieste normative. Come già sottolineato, naturalmente, si tratta di strumenti che devono essere adottati compatibilmente con le dimensioni aziendali, ovvero da quelle imprese che dispongono delle necessarie risorse in termini di personale e competenze tecniche.

⁴ Il documento del CNDCEC che disciplinava gli indicatori di crisi ne aveva individuati tre. Sebbene non sia più un documento fondante nell'ambito della crisi d'impresa, si ritiene che possano essere utili riferimenti operativi.

Esempio

Di seguito si riporta, unicamente a titolo di esempio, un possibile schema di *budget* di cassa per la verifica della sostenibilità dei debiti di breve periodo.

	Gennaio	Febbraio	Marzo	Aprile	Maggio	Giugno	Luglio	Totale (gennaio dicembre)
Saldo Cassa e Banca Iniziale	40.000	40.000	13.000	12.000	25.000	27.300			
Incassi da clienti	50.000	20.000	60.000	45.000	50.000	55.000			
Altri incassi	3.000	-	-	6.000	-	-			
Totale Entrate attività operativa (A)	53.000	20.000	60.000	51.000	50.000	55.000	289.000
Pagamenti fornitori per acquisti	35.000	35.000	35.000	24.000	24.000	26.000			
Pagamenti fornitori per servizi	8.000	2.000	-	4.000	2.000	5.300			
Pagamenti spese del personale	-	-	-	-	-	-			
Altri pagamenti	-	-	11.000	-	5.000	-			
Totale Uscite attività operativa	43.000	37.000	46.000	28.000	31.000	31.300	216.300
Flusso attività operativa	10.000	-17.000	14.000	23.000	19.000	23.700	72.700
Investimenti	-	-	5.000	-	6.700	-			11.700
Pagamento quota capitale	9.000	9.000	9.000	9.000	9.000	9.000			54.000
Pagamento interessi	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000			6.000
Totale Uscite (B)	53.000	47.000	61.000	38.000	47.700	41.300			288.000
Flusso Finanziario (A)-(B)	-	-27.000	-1.000	13.000	2.300	13.700			
Saldo Banche	40.000	13.000	12.000	25.000	27.300	41.000			

Il DSCR calcolato come il rapporto tra flussi totali in entrata al netto dei flussi in uscita è pari a 1,0166 euro (Flusso di attività operativa pari a 72.700,00 euro – investimenti pari a 11.700,00 euro, diviso pagamento mutuo passivo pari a 54.000,00 euro e oneri finanziari pari a 6.000,00 euro), pertanto non vi sono problemi di liquidità.

2.3 SEGNALI DELLA POSSIBILE CRISI D'IMPRESA

L'impresa deve poi monitorare costantemente i seguenti indicatori (co. 4):

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie riportate nella tavola successiva (e previste dall'art. 25-*novies* co. 1).

Tavola - Indice esterni

a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, il ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore:
1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di 15.000 euro;
2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di 5.000 euro;

b)	per l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre 90 giorni e non versato superiore all'importo di 5.000 euro;
c)	per l'Agenzia delle Entrate, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21- <i>bis</i> del DL 31.5.2010 n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30.7.2010 n. 122, superiore all'importo di 5.000 euro;
d)	per l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di 100.000 euro, per le società di persone, all'importo di 200.000 euro e, per le altre società, all'importo di 500.000 euro.

2.4 LISTA DI CONTROLLO PARTICOLAREGGIATA E TEST PRATICO

Le imprese devono essere in grado, attraverso i propri assetti e l'adozione di specifiche misure di "ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata" e a effettuare il test pratico.

Informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata

L'impresa deve essere in grado di poter utilizzare la *check list* proposta dall'allegato al decreto dirigenziale direttore generale degli affari interni 28.9.2021 propone (sezione II).

Si tratta di un documento che recepisce le "migliori pratiche di redazione dei piani" (non si tratta di precetti assoluti).

Il citato allegato fornisce, sotto forma di *check list*, indicazioni operative al fine di una corretta redazione del piano. La finalità è duplice: consentire all'imprenditore di disporre di una "guida" per la redazione di un piano completo ed affidabile e all'esperto di disporre di uno strumento per analizzare la coerenza del piano. Prima di approfondire i vari aspetti, il documento ricorda che la redazione del piano di risanamento è un processo con specifici presupposti e che comporta specifiche attività:

1. presuppone la presenza di minimi requisiti organizzativi (illustrati nel par. 1⁵);
2. richiede la disponibilità di una situazione economico patrimoniale aggiornata (approfondita nel par. 2);
3. deve partire dalla situazione in cui versa l'impresa e dalla corretta individuazione delle cause della crisi (par. 3) per poter individuare le opportune strategie di intervento per superare le difficoltà in essere;
4. richiede la corretta identificazione delle strategie da cui deriva la parte quantitativa del piano che ha la finalità di determinare i flussi finanziari (nelle imprese di minori dimensioni tali flussi possono essere stimati attraverso un processo semplificato) (par. 4);
5. comporta il confronto tra il debito esistente da rimborsare ed i flussi finanziari derivanti dalla gestione aziendale a servizio dello stesso, anche al fine di individuare la tipologia delle proposte da formulare ai creditori e alle altre parti interessate (par. 5).

Infine, in caso di gruppo di imprese sottolinea che bisogna tenere conto delle reciproche interdipendenze tra le imprese parte dello stesso (par. 6).

Il generico rinvio della norma all'istituzione di assetti organizzativi e/o adozione di specifiche misure che siano idonee a ricavare le informazioni idonee ad utilizzare la *check list* significa che un'impresa non in crisi deve poter disporre dei requisiti organizzativi illustrati nel par. 1 e disporre della documentazione economico-finanziaria di cui al par. 2 dell'Allegato al decreto dirigenziale.

I successivi punti riguardano invece nello specifico le imprese chiamate, in quanto in crisi, a predisporre il piano di risanamento.

Iniziamo ad affrontare il requisito dell'organizzazione dell'impresa. Per prima cosa viene sottolineato come sia necessario disporre (o trovare il modo per procurarsele) delle "risorse chiave (umane e tecniche) per la conduzione dell'attività". L'impresa inoltre deve possedere le competenze tecniche richieste per poter assumere le necessarie iniziative industriali. Il documento invita a "non fare il passo più lungo della gamba", precisando che in caso contrario, l'impresa deve considerare solo le iniziative industriali per le quali sia realisticamente in grado di disporre, eventualmente acquisendole sul mercato, delle competenze tecniche richieste. Sul piano dell'informativa economico-finanziaria, è opportuno che l'impresa monitori costantemente l'andamento aziendale, come minimo confrontando l'andamento corrente con quello del precedente esercizio per quanto riguarda i ricavi, il

⁵ I riferimenti ai paragrafi (1, 2, 3, 4, 5 e 6) si riferiscono alla parte dell'Allegato al decreto dirigenziale 28.9.2021 in cui sono specificamente trattati i temi.

portafoglio ordini, i costi e la posizione finanziaria netta. L'andamento deve essere monitorato anche attraverso l'identificazione di specifici indicatori chiave gestionali (KPI), coerenti rispetto al tipo di attività svolta ed al modello di business. Nel caso di un hotel, ad esempio, un indicatore efficace e di immediata interpretazione è rappresentato dal tasso di occupazione media delle camere. L'impresa deve anche avere adottato un sistema di monitoraggio della tesoreria a 6 mesi, diversamente le viene richiesto di attivarsi per predisporre tale prospetto in cui stimare le entrate e le uscite finanziarie almeno a 13 settimane.

Si tratta, come noto, di requisiti organizzativi che spesso mancano, almeno in parte, nelle imprese di minori dimensioni. Il documento in commento precisa che la responsabilità di implementazione di tali requisiti organizzativi è dell'imprenditore.

L'impresa deve disporre di una situazione contabile comprensiva delle operazioni di chiusura nel rispetto di quanto disciplinato dall'OIC 30 in tema di bilanci intermedi. Tale bilancio infrannuale deve essere il più aggiornato possibile e, comunque, la data di riferimento non deve essere anteriore di oltre 120 giorni. Un ulteriore prerequisito è disporre di una situazione debitoria completa ed affidabile e verificare attraverso le procedure di *impairment* disciplinate dall'OIC 9, che non sia necessario svalutare le immobilizzazioni materiali ed immateriali. Il documento in commento indica che *"in difetto, occorre quanto meno appostare con prudenza adeguati fondi rischi e fondi per l'adeguamento delle attività e delle passività"*.

Per quanto riguarda i crediti verso clienti, l'impresa deve disporre di un prospetto relativo allo scaduto che presenti aggregati i crediti scaduti omogenei rispetto al tempo trascorso dalla dilazione pattuita (es. scaduti da meno di 30 giorni, scaduti da oltre 30 giorni e meno di 90 e così via) con l'indicazione delle cause del ritardo di incasso al fine di consentire una valutazione corretta dei rischi di perdite sui crediti e una stima prudente dei tempi di incasso. È raccomandata particolare prudenza per lo scaduto che supera la fisiologia (tempi ordinari di pagamento, pur oltre la scadenza contrattuale, che caratterizzano il settore).

È richiesto anche un prospetto delle rimanenze di magazzino "con i tempi di movimentazione che consenta di individuare le giacenze oggetto di lenta rotazione".

Per quanto riguarda i debiti, devono essere riconciliati *"con quanto risultante dal certificato unico dei debiti tributari, dalla situazione debitoria complessiva dell'Agente della Riscossione, dal certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi e dall'estratto della Centrale Rischi"*.

In mancanza della riconciliazione, *"è necessario individuare le cause delle differenze significative"*.

Il documento ricorda anche l'importanza di considerare i rischi di passività potenziali, anche derivanti dalle garanzie concesse. Si tratta di valutazioni che possono richiedere il supporto da parte dei professionisti che assistono l'impresa, al fine di *"stimare entità e momento del pagamento di eventuali passività potenziali"*.

Infine, è necessario che siano disponibili informazioni sull'andamento corrente in termini di ricavi, portafoglio ordini, costi e flussi finanziari e tali informazioni devono essere poste a confronto con lo stesso periodo del precedente esercizio.

Il punto 3 della *check list* riguarda il tema dell'identificazione delle cause della crisi. Per prima cosa, all'imprenditore viene richiesto di domandarsi per quali motivi ha percepito una situazione di crisi o di squilibrio di gestione che potrebbe in futuro sfociare in una crisi. Tra le possibili cause si annoverano: l'effetto delle chiusure disposte per le misure sanitarie, la riduzione della domanda, la riduzione del margine di contribuzione, le difficoltà nell'acquisizione delle forniture, il ciclo di vita del prodotto e così via. Nel caso in cui *"non siano individuate cause coerenti con le manifestazioni esteriori dello stato di crisi o dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rende probabile"*, l'imprenditore è invitato a predisporre la comparazione storica degli stati patrimoniali e dei conti economici di un numero adeguato di anni.

Se poi dovesse rendersi necessaria la redazione del piano, sarà anche necessario verificare di disporre delle capacità e delle competenze manageriali per attuare le strategie, valutare i tempi e gli effetti prodotti per quanto riguarda i ricavi, i costi, gli investimenti richiesti per l'adozione di tali strategie, così come individuare le funzioni aziendali chiamate in causa. L'imprenditore dovrebbe anche verificare se sono ipotizzabili strategie alternative, il cosiddetto "piano B", nell'ipotesi in cui quelle individuate *"dovessero dimostrarsi inefficaci e si manifestassero scostamenti tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti"*. Il piano di risanamento deve essere coerente con gli eventuali piani redatti in precedenza e devono essere individuate e analizzate eventuali differenze al fine di trovare una giustificazione adeguata. Il piano, inoltre, per essere ritenuto credibile, deve essere *"fondato su intenzioni strategiche chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera"*.

Da quanto illustrato dalla *check list* qui presentata, emerge come sarà spesso opportuno che l'imprenditore incarichi un *advisor*, un consulente al fine di predisporre un piano di risanamento che preveda strategie e conseguenti azioni di implementazioni efficaci rispetto all'obiettivo di riacquisire l'equilibrio della gestione.

Il punto 4 della *check list* riguarda la stima dei flussi prospettici, certamente una delle attività più delicate nell'ambito dei piani di risanamento, in considerazione dell'elevata volatilità delle previsioni.

Il documento sottolinea che, salvo deroghe giustificate dalla tipologia o attività svolta dall'impresa, si giunge ad ottenere la stima delle proiezioni dei flussi finanziari del piano come esito "di un percorso che si dipana in ordinate fasi successive", la cui responsabilità è naturalmente dell'imprenditore.

In particolare sono individuate le seguenti fasi, successivamente oggetto di approfondimento:

- stima dei ricavi;
- stima dei costi variabili correlati ai ricavi;
- stima dei costi fissi;
- stima degli investimenti;
- stima degli effetti delle iniziative industriali che si intendono intraprendere in discontinuità rispetto al passato;
- verifica di coerenza dei dati economici prognostici;
- stima dell'effetto delle operazioni straordinarie, se previste;
- stima del pagamento delle imposte sul reddito;
- declinazione finanziaria delle grandezze economiche e determinazione dei flussi al servizio del debito;
- declinazione patrimoniale muovendo dalla situazione contabile di partenza.

Le proiezioni dei ricavi devono essere coerenti con i dati storici e quelli correnti, in presenza di variazioni significative, l'imprenditore deve essere in grado di indicare adeguate giustificazioni. Può inoltre essere opportuno confrontare le variazioni dei ricavi indicati a piano rispetto alle prospettive relative al settore in cui opera l'impresa. Tale aspetto è particolarmente rilevante: la previsione dei ricavi deve essere innanzitutto coerente con le previsioni economiche di settore e più in generale del Paese in cui l'impresa opera. Nel caso di scostamenti le motivazioni dovranno essere particolarmente solide.

Lo stesso vale per la stima dei costi variabili e dei costi di struttura che deve essere coerente con la situazione in atto e con i dati storici. È necessario individuare i potenziali risparmi relativi ai costi variabili e fissi e le ragioni alla base di tali risparmi, nonché i rischi che potrebbero compromettere tali previsioni di risparmi e le misure di mitigazione di tali rischi. Se l'impresa svolge più attività è bene che la stima dei costi e dei ricavi sia effettuata separatamente per ciascuna di esse. Un elemento spesso critico dei piani è rappresentato dagli investimenti, nelle stime prospettiche, infatti, si devono prevedere investimenti coerenti rispetto alle esigenze di mantenimento o incremento della capacità produttiva.

Qualora il piano preveda cessione di cespiti, l'imprenditore deve anche tenere adeguatamente conto delle effettive prospettive di realizzo in termini di ammontare e tempi. Nella stima relativa alle imposte si deve tenere conto dell'effetto delle perdite fiscali a nuovo. I flussi finanziari al servizio del debito devono essere determinati tenendo conto dei tempi di incasso dei ricavi, di pagamento dei costi e di rigiro del magazzino (e coerentemente con i dati storici), così come degli investimenti e disinvestimenti previsti.

È poi prevista una "agevolazione" per le micro e le piccole imprese, a cui è consentito di ricorrere alle sole grandezze economiche senza determinare i flussi di cassa. È però comunque necessario:

- verificare che l'ammontare degli investimenti di mantenimento sia adeguatamente espresso ad esempio dagli ammortamenti (effettuando una rettifica in caso contrario);
- tenere conto l'effetto delle iniziative industriali previste;
- tenere conto della dismissione di cespiti e delle operazioni straordinarie programmate.

Il piano, partendo dai dati economici per giungere alle stime dei flussi prospettici, deve anche comprendere le grandezze patrimoniali, su cui si innesteranno le proposte alle parti interessate, anche al fine di consentire di determinare l'andamento del Patrimonio netto nel periodo di riferimento del piano.

strumentale all'identificazione della "manovra finanziaria" e degli accordi da proporre ai creditori.

Il punto 5 della *check list* si occupa del risanamento del debito.

Il piano di risanamento deve presentare flussi prospettici positivi affinché possano essere in grado di servire il debito. A tal fine, il piano deve comprendere adeguate "prove di resistenza (*stress test*)", cioè scenari che mettano in evidenza le conseguenze prodotte dalle stime che sfuggono maggiormente dal controllo dell'imprenditore. Si

pensi, per citare un esempio attuale, al potenziale effetto negativo sulla stima dei flussi prospettici, di un incremento dei costi dell'energia nell'arco temporale del piano.

Nel caso in cui la generazione di flussi positivi al servizio del debito dipenda solo dalle iniziative industriali, l'imprenditore deve sottoporre a stress test specifico anche l'esito atteso delle iniziative industriali. Spesso nei piani aziendali vengono sottostimati i tempi di entrata in produzione di investimenti con il conseguente slittamento della produzione di ricavi.

Il piano deve correttamente identificare l'ammontare del debito che deve essere servito nei singoli anni del piano.

In particolare, il debito da servire corrisponde a:

- debito scaduto;
- debito già riscadenziato o differito;
- debito interessato da moratorie *ex lege*;
- linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo;
- rate di mutuo e finanziamenti in scadenza.

Il piano di risanamento deve essere analitico, deve cioè indicare, per le singole annualità, come si intende fronteggiare il debito che deve essere coperto attraverso i flussi al servizio dello stesso.

Deve cioè essere illustrato l'impatto, nelle singole annualità del piano di risanamento, delle proposte alle parti interessate. Nel caso di società di capitali che prevedono un capitale sociale minimo, è anche necessario verificare che sia rispettato tale minimo legale del capitale sociale nei singoli esercizi del piano.

La *check list*, si conclude con il punto 6 relativo ai gruppi di imprese. Il risanamento di imprese che fanno parte di un gruppo presenta infatti diverse specificità di cui è necessario tenere conto. In alcuni casi potranno essere presenti partecipazioni che possono essere considerate *surplus assets*, cedibili pertanto nell'ambito delle strategie di risanamento, mentre in altri casi, si tratterà di investimenti strumentali all'esercizio dell'attività e, conseguentemente, il piano di risanamento dovrà adeguatamente tenere conto anche dell'esigenza di preservare la continuità a tali imprese. Il documento sottolinea che in presenza di più imprese appartenenti al medesimo gruppo, può essere necessario redigere il piano per ogni singola impresa, mettendo in evidenza i rapporti economici, finanziari e patrimoniali infragruppo. È possibile che le imprese che presenza difficoltà economico-finanziarie o patrimoniali siano più di una e, in tali casi, bisognerà identificare quali soluzioni adottare per risolverle.

Test preliminare per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento

Si ricorda che, nell'ambito della nuova procedura di composizione negoziata per la crisi d'impresa, è stato definito un ulteriore test preliminare – diverso da quelli già previsti come indicatori della crisi – per valutare se l'impresa si trovi in uno stato di crisi o insolvenza (decreto dirigenziale del direttore generale degli affari interni del 28.9.2021).

Tenuto conto che si tratta di un test preliminare, l'impresa potrebbe non aver ancora redatto il Piano; pertanto, in tal caso, è possibile utilizzare anche i flussi economici depurati dalle componenti non ricorrenti in sostituzione dei flussi finanziari.

L'obiettivo del test è di valutare preliminarmente "la complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio".

La formula da utilizzare al fine di effettuare il test è la seguente:

$$\text{Test Pratico} = \frac{\text{Debito da ristrutturare}}{\text{Flusso di cassa liberi}} = \text{espresso in numero di volte (anni)}$$

L'indice sopra riportato rientra tra gli indicatori economico-finanziari di sostenibilità dei debiti finanziari⁶ che rapportano l'ammontare dei debiti finanziari da rimborsare ai flussi di cassa operativi liberi o al margine operativo lordo (EBITDA). Nella prassi, tale indicatore raggiunge, in generale, soglie di rilevanza se supera 4 o 5 volte; significa che l'impresa utilizzando l'EBITDA per rimborsare i debiti finanziari avrà la necessità di disporre di almeno 5 anni (se per ipotesi è pari a 5 volte).

Nel caso della composizione della crisi, tale indicatore assume però una configurazione particolare, poiché si prevede che al numeratore sia indicata l'entità del debito che deve essere ristrutturato. Pertanto, il numeratore è il seguente:

⁶ Si veda Devalle A., Pisoni P. "Analisi finanziaria", 2016, Giuffrè.

Debito scaduto di cui relativo ad iscrizioni a ruolo (+) debito riscadenziato o oggetto di moratorie (+) linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo (+) rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni (+) investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare (-) ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale (-) nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti (-) stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti TOTALE [A]

Il numeratore è pertanto composto da:

- debiti in essere:
 - debiti finanziari a breve e medio lungo termine da rimborsare e/o oggetto di rimborso e/o riscadenziamento;
 - debiti operativi (INPS, fornitori, erario) da riscadenziare;
- nuovi debiti o conferimenti in conto capitale che riducono l'ammontare di cui al punto precedente;
- investimenti che l'impresa deve effettuare per poter svolgere la propria attività e come previsto nel piano al netto degli eventuali debiti o conferimenti specifici per acquisire l'investimento;
- perdite operative nel primo anno che quindi implicano un supporto finanziario.

Il denominatore, invece, deve essere composto dai flussi annui al servizio del debito che la gestione dell'impresa è mediamente in grado di generare a regime prescindendo dalle eventuali iniziative industriali e pari a:

Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime (-) investimenti di mantenimento annui a regime (-) imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte TOTALE [B]

Il denominatore è *in primis* il margine operativo lordo rettificato per le componenti non ricorrenti⁷ a regime.

Il MOL rappresenta il margine che l'impresa è in grado di generare in modo ricorrente attraverso lo svolgimento della propria attività. Tale marginalità assume un ruolo fondamentale sia dal punto di vista economico (capacità dell'impresa di generare un surplus economico dalla vendita dei prodotti/servizi al netto dei costi sostenuti), sia dal punto finanziario (risorse finanziarie che l'impresa genera dalla propria attività). Nel MOL sono pertanto inseriti i ricavi e costi operativi ricorrenti conseguiti e sostenuti dall'impresa nel corso dell'esercizio e si ottiene sottraendo al valore della produzione i costi delle materie prime, dei servizi, di godimento di beni di terzi e del personale oltre agli oneri diversi di gestione.

Si ricorda che il MOL non è un indicatore di cassa prodotta ma di cassa potenziale; infatti non includendo la variazione del capitale circolante operativo netto (variazione dei crediti, magazzino e fornitori) è cassa solo se l'impresa incassa tutto e paga tutto. Nella prassi è in ogni caso utilizzato quale *cash flow* (indicatore di cassa potenziale), in quanto è ragionevole assumere che nell'arco dei prossimi mesi la società sia in grado di incassare i crediti e pagare i fornitori. Ciò significa che ai fini del presente test il MOL dovrà essere normalizzato anche per le variazioni del magazzino: se il magazzino aumenta, significa che vengono stornati dei costi (ad esempio di materie prime) dal Conto economico per iscriverli in Stato patrimoniale. Ad incrementi del magazzino corrisponde un aumento del margine operativo lordo in quanto si riducono i costi (es. di materie prime) iscritti in magazzino ma non la capacità dell'impresa di rimborsare i debiti.

A parere di chi scrive, per le imprese che redigono il bilancio secondo le regole del codice civile, occorre anche rettificare gli eventuali canoni di *leasing* dal MOL. Il *leasing* nella sostanza rappresenta una forma di finanziamento a medio e lungo termine (così come ad esempio il mutuo) ma la sua contabilizzazione, influenzata dalla diversa forma giuridica, è nettamente differente rispetto a quella del mutuo o di un finanziamento a medio e lungo

⁷ Il legislatore sembra includere nell'alveo delle componenti non ricorrenti anche le componenti straordinarie.

termine. Nel Conto economico si iscrivono, infatti, i canoni di *leasing* nei costi di godimento di beni di terzi (Voce B) 8 che riducono il margine operativo dell'impresa, in quanto rappresentano dei costi esterni.

Tenuto conto che il MOL determina la capacità operativa di generare margini esso viene influenzato da una componente finanziaria: gli interessi passivi compresi nel canone di *leasing*. Inoltre, se confrontato con un'operazione finanziaria quale il mutuo contratto a fronte dell'acquisto di un bene, anziché attraverso la stipulazione di un contratto in *leasing*, l'inserimento dei canoni di *leasing* nel MOL produce un ulteriore effetto distortivo: la presenza della quota di rimborso di capitale nel canone di *leasing* ha l'effetto di diminuire nuovamente il MOL. Se il bene fosse stato acquisito in proprietà, si sarebbero iscritti in Conto economico:

- la quota di ammortamento del bene;
- gli oneri finanziari maturati nel corso dell'esercizio a seguito dell'eventualmente indebitamento.

Entrambe le grandezze economiche sopra indicate non influenzano il MOL che viene invece "ridotto" dall'iscrizione dei canoni di *leasing*.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra riportate, il MOL dovrebbe essere rettificato sommando algebricamente i canoni di *leasing* spesi a Conto economico e inserendo i debiti finanziari comprensivi dei debiti residui nei confronti delle società di *leasing* a numeratore nei debiti da ristrutturare.

Tra le componenti da normalizzare rientrano ad esempio: le sopravvenienze attive e passive, le plusvalenze e minusvalenze da dismissione di attività senza sostituirle, contributi conseguiti, effetti del *lockdown*, ecc. Inoltre, a parere di chi scrive, il MOL dovrebbe essere ridotto oltre che dagli investimenti a regime (di solito tale valore è approssimato dagli ammortamenti) e dalle imposte anche dagli oneri finanziari che l'impresa deve sostenere. Solo in questo modo è possibile ottenere un flusso economico-finanziario libero e disponibile per il rimborso dei finanziamenti. Naturalmente si assumono pari a zero le distribuzioni di dividendi considerata la situazione in cui versa l'impresa.

Se l'impresa prospetticamente presenta un equilibrio economico, cioè presenta, a decorrere almeno dal secondo anno, flussi annui di cui a [B], superiori a zero e destinati a replicarsi nel tempo, il grado di difficoltà del risanamento è determinato dal risultato del rapporto tra il debito che deve essere ristrutturato [A] e l'ammontare annuo dei flussi al servizio del debito [B].

Il risultato del test ha l'obiettivo di fornire una prima indicazione di massima (fonte: decreto dirigenziale):

- del numero di anni per estinguere la posizione debitoria;
- del volume dell'esposizione debitoria che necessitano di ristrutturazione;
- dell'entità di eventuali stralci del debito o conversione in *equity* necessario.

Il Documento fornisce anche un *range* di valori che sono sintetizzati nella tavola seguente.

Test Pratico = Debiti da ristrutturare/Flussi	Classificazione della situazione
Non superiore a 1	Indice di difficoltà contenute. Significa che con i flussi a denominatore l'impresa è in grado di rimborsare i debiti da ristrutturare: tenuto conto che i debiti a numeratore possono essere rimborsati in un arco temporale superiore a un anno (es. debiti in moratoria per 2/3 anni) la situazione non è critica.
In un intorno di 2	L'orizzonte temporale per il riequilibrio è rappresentato da due esercizi. Difficoltà crescenti ma ancora contenute. L'impresa è in grado di rimborsare i debiti da ristrutturare in 2 anni. Tenuto conto che i debiti a numeratore possono essere rimborsati in un arco temporale superiore a 2 anni (es. debiti in moratoria per 2/3 anni) la situazione non è critica.
In un intorno di 3	Il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare. L'impresa è in grado di rimborsare i debiti da ristrutturare in 3 anni. Se i debiti a numeratore possono essere rimborsati in periodi più lunghi di 3 anni la società potrà non trovarsi in una situazione critica. Tuttavia, l'ammontare dei debiti da ristrutturare è significativamente superiore rispetto ai flussi: pertanto, molto dipenderà dal settore in cui opera l'impresa, le prospettive di <i>business</i> e dunque dal grado di realizzabilità del piano.
Superiore a 5 - 6	Il margine operativo lordo positivo prospettico non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda. L'impresa è in grado di rimborsare i debiti da ristrutturare in 6 anni. Il valore così determinato è davvero critico: la mole di debiti rispetto alla capacità di rimborso è molto elevata. Occorre valutare, ad esempio, ulteriori stralci o allungamenti significativi del periodo di rimborso.
Disequilibrio economico a regime	Sono necessarie delle iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (interventi su processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni, cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese).

Il decreto in commento precisa che se i flussi al servizio del debito generati dalla gestione sono sufficienti a consentirne la sostenibilità, la formulazione delle proposte ai creditori può essere effettuata sulla sola base dell'andamento corrente e, soltanto in tale caso, la redazione del piano d'impresa "assume minore rilevanza".

Qualora il risanamento dipenda dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali assume invece un ruolo centrale il piano d'impresa.

Infine, se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere le percorribilità del risanamento.

Esempio

Si consideri la situazione di seguito riportata.

	Numeratore	Euro
+	Debito scaduto di cui relativo ad iscrizioni a ruolo	1.000
+	Debito riscadenziato o oggetto di moratorie	1.500
+	Linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo	1.200
+	Rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni	850
+	Investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare	1.000
-	Ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale	-
-	Nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti	- 1.000
-	Stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti	-
	Totale (A)	4.550
	Denominatore	
	Stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime	1.300
-	Investimenti di mantenimento annui a regime	- 250
-	Imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte	- 20
	Totale (B)	1.030
	A/B	4,42

La società ha un risultato derivante dal test di recupero pari a 4,42 anni. Il valore così ottenuto è certamente significativo, ma vi potrebbero essere diversi scenari.

Si consideri, ad esempio il caso di una società la cui crisi sia stata causata dalla pandemia COVID-19. Si ipotizzi che il settore in cui opera si sia pienamente ripreso e l'impresa sia in grado di stimare in modo affidabile i flussi di cassa prospettici. Inoltre, si ipotizzi che l'indebitamento in moratoria o riscadenziato abbia un periodo residuo di rimborso di 10 anni. Tale situazione può non essere critica, nonostante il risultato ottenuto dal test.

Se invece la società fosse tenuta a rimborsare i debiti in soli 4/5 anni, la situazione sarebbe particolarmente critica, così come se la società operasse in un settore le cui prospettive sono negative. Per far fronte all'indebitamento la società potrebbe valutare un allungamento delle moratorie oppure uno stralcio dell'indebitamento, qualora compatibile.

Qualora si procedesse a simulare quale sarebbe il risultato del test ipotizzando di ottenere uno stralcio del 50% delle linee di credito e dei debiti riscadenziati, si otterrebbero i valori di seguito riportati.

	Numeratore	Euro
+	Debito scaduto di cui relativo ad iscrizioni a ruolo	1.000
+	Debito riscadenziato o oggetto di moratorie	750
+	Linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo	600
+	Rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni	850
+	Investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare	1.000
-	Ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale	-
-	Nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti	- 1.000

	Numeratore	Euro
–	Stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti	–
	Totale (A)	3.200
	Denominatore	
	Stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime	1.300
–	Investimenti di mantenimento annui a regime	– 250
–	Imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte	– 20
	Totale (B)	1.030
	A/B	3,11

Il risultato indica 3,11 che potrebbe rappresentare una situazione non particolarmente critica, anche se in tale caso si renderà necessaria la redazione del piano d'impresa.

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI - L'ESPERTO

AA.VV.¹

1 PREMESSA

La disciplina della composizione negoziata della crisi, originariamente introdotta con il DL 118/2021, conv. L. 147/2021, a cui si aggiungono le disposizioni contenute agli artt. 30-ter - 30-sexies del DL 152/2021, conv. L. 233/2021², è oggi contenuta – per effetto del decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83 – nel Titolo II, Capo I del DLgs. 14/2019 e sostituisce integralmente le originarie procedure di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, diversificando lo strumento per:

- le imprese “maggiori”, per le quali è fornita una disciplina di carattere generale agli artt. 12 ss. del DLgs. 14/2019;
- le imprese “sotto soglia” ex art. 25-quater del DLgs. 14/2019;
- i gruppi di imprese ex art. 25 del DLgs. 14/2019.

Lo scopo dell’istituto è quello di favorire l’emersione tempestiva della crisi e, attraverso la mediazione di un terzo indipendente, individuare una soluzione che consenta di porvi rimedio³.

2 ACCESSO ALLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

Ai sensi dell’art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019, possono accedere alla composizione negoziata della crisi d’impresa gli imprenditori commerciali e agricoli che si trovino in condizioni di “*squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza*”, purché il risanamento dell’impresa possa essere ragionevolmente perseguito⁴.

In altri termini, il nuovo strumento delinea un percorso di natura negoziale e stragiudiziale⁵, concepito per tutte le realtà imprenditoriali, anche e soprattutto quelle di minori dimensioni, accessibile al ricorrere congiunto dei presupposti⁶:

- soggettivi, rappresentati dalla qualità di imprenditore commerciale o agricolo iscritto nel Registro delle imprese;

¹ Maria Francesca Artusi (m.artusi@eutekne.it), Francesco Diana, Antonio Nicotra (a.nicotra@eutekne.it) e Marco Pezzetta.

² Si fa presente che la previgente disciplina è stata abrogata dagli artt. 46 e 47 del DLgs. 83/2022.

³ Per alcuni approfondimenti relativi all’originaria disciplina di cui al DL 118/2021 si veda AA.VV. “La composizione negoziata della crisi e le altre novità del DL 118/2021”, *Gli Speciali Eutekne.info*, n. 34, 2021.

⁴ Per alcune considerazioni sul rapporto tra la nuova composizione negoziata e gli istituti del DLgs. 14/2019 si vedano Pagni I., Fabiani M. “La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)”, *www.dirittodellacrisi.it*, 2.11.2021 e Bottai L.A. “La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative”, *www.ilfallimentarista.it*, 4.10.2021.

⁵ Così la Relazione illustrativa del DL 118/2021.

⁶ Si tratta di presupposti non incompatibili tra loro, che sembra debbano coesistere per dare ingresso al procedimento.

Sull’esistenza di “presupposti” di accesso qualche dubbio si potrebbe porre in considerazione del fatto che il nuovo istituto non è una procedura concorsuale e, quindi, potrebbe sostenersi che le condizioni di accesso non integrino veri e propri presupposti, in mancanza di un’Autorità giudiziaria chiamata al loro accertamento. Cfr. Rossi A. “Composizione negoziata della crisi d’impresa: presupposti e obiettivi”, *www.dirittodellacrisi.it*, 25.10.2021.

- oggettivi, costituiti dalle condizioni di "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza"⁷, e dalla perseguibilità del risanamento.

Coerentemente con la circostanza che uno dei requisiti soggettivi è l'iscrizione nel Registro delle imprese, ai sensi dell'art. 13 co. 1 del DLgs. 14/2019, la composizione negoziata, a partire dalla presentazione della domanda di accesso, è gestita attraverso la piattaforma telematica nazionale resa disponibile attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura⁸.

Di contro, ai sensi dell'art. 25-*quinquies* co. 1 del DLgs. 14/2019, non è possibile ricorrere alla composizione negoziata della crisi quando sia già pendente il procedimento introdotto:

- con domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ai sensi dell'art. 40 del DLgs. 14/2019;
- con domanda di accesso alla liquidazione giudiziale;
- con domanda di accesso al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero ad un piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, con riserva di successivo deposito della documentazione (art. 44 del DLgs. 14/2019).

Costituisce ulteriore preclusione alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione la rinuncia, nei 4 mesi antecedenti l'istanza stessa, alle domande di accesso di cui all'art. 25-*quinquies* co. 1 del DLgs. 14/2019.

Come si può notare, è chiaro l'intento del legislatore di evitare che la composizione negoziata rappresenti un percorso per far virare verso procedimenti connotati da minore rigidità e invasività le operazioni già avviate secondo uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Viceversa, la composizione negoziata è stata disegnata con l'obiettivo di dotare le imprese di uno strumento di gestione precoce degli squilibri aziendali. Non a caso, la disciplina in commento è andata a sostituire, nel corpo del DLgs. 14/2019, le originarie procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Non vi è alcuna preclusione di natura "dimensionale" non essendovi richiami alle soglie indicate per l'impresa minore ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019⁹. Pertanto, potranno accedere alla composizione negoziata della crisi tutte le imprese, in possesso dei requisiti sopra indicati, indipendentemente dalla circostanza che possano o meno essere sottoposte alla procedura di liquidazione giudiziale.

L'imprenditore può accedere alla composizione negoziata unicamente su base volontaria¹⁰, per cui le eventuali segnalazioni provenienti dai creditori pubblici qualificati o dall'organo di controllo non possono in alcun modo sostituire l'iniziativa imprenditoriale.

La procedura, inoltre, ha natura riservata, attesa la necessità di garantire il riserbo sull'imprenditore richiedente, sulle iniziative assunte o che intende assumere e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative.

Quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento e ricorrono i presupposti soggettivi e oggettivi, l'im-

⁷ In merito ai presupposti di accesso alla composizione negoziata sono state avanzate, sotto il vigore dell'originaria disciplina di cui al DL 118/2021, diverse letture. Secondo alcuni, si tratta di un concetto fumoso: crisi o insolvenza probabili ma reversibili, il che escluderebbe l'insolvenza e la crisi conclamate e sembrerebbe consentire l'accesso alla composizione solo a imprese ancora in attività, ovvero idonee al risanamento. Cfr. Ghedini A., Russotto M.L. "L'istituto della composizione negoziata della crisi", www.dirittodellacrisi.it, 19.10.2021. Altri hanno evidenziato l'introduzione, probabilmente per la prima volta, del concetto di "insolvenza reversibile" espressamente utilizzato dalla Relazione Illustrativa. Cfr. Bastia P. "Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi", www.ilcaso.it, 3.11.2021.

⁸ Si vedano Diana F., Nicotra A. "Accesso alla composizione negoziata e piattaforma telematica nazionale", *Procedure Pratiche*, 26, 2022, Eutekne.

⁹ L'art. 2 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019 definisce "minore" l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

- 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;
- 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I predetti valori possono essere aggiornati ogni 3 anni con decreto del Ministro della Giustizia adottato a norma dell'art. 348 del DLgs. 14/2019.

¹⁰ La natura volontaria rappresenta un importante elemento di differenza rispetto a quanto originariamente previsto dal sistema di allerta di cui al DLgs. 14/2019. Sul tema, in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, si veda Rinaldi P. "La struttura del percorso", www.dirittodellacrisi.it, 27.10.2021.

Come anticipato, il sistema di allerta, come in origine concepito, è stato successivamente abrogato per effetto del DLgs. 83/2022.

presa può presentare l'istanza di nomina dell'esperto e così dare avvio alla procedura di composizione negoziata della crisi.

Si tratta, nello specifico di una figura professionale terza, esperta nel capo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa, a cui è affidato il compito di affiancare – ma non di sostituire – l'imprenditore nelle trattative con i creditori e con gli eventuali ulteriori soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione concreta per il ragionevole superamento delle condizioni di difficoltà dell'impresa¹¹.

Per effetto del decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83, al co. 3 dell'art. 12 del DLgs. 14/2019 è specificato che per la composizione negoziata non trova applicazione l'art. 38 del DLgs. 14/2019 (iniziativa del pubblico ministero)¹².

La predetta norma, tuttavia, si applica nei procedimenti di cui all'art. 19 (procedimento relativo alle misure protettive e cautelari) e all'art. 22 (autorizzazioni del Tribunale).

Istanza e documentazione

L'istanza di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 è depositata tramite la piattaforma telematica unitamente ai documenti elencati all'art. 17 co. 3 del DLgs. 14/2019 e precisamente:

- i bilanci degli ultimi 3 esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del Registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi 3 periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni prima della presentazione dell'istanza (lett. a);
- un progetto di piano di risanamento redatto tenendo conto delle indicazioni fornite nella lista di controllo particolareggiata di cui al decreto dirigenziale 28.9.2021¹³, unitamente ad una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi 6 mesi e le iniziative che l'imprenditore intende adottare (lett. b)¹⁴;
- l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere, e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia (lett. c);
- una dichiarazione sulla pendenza di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale si attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40 del DLgs. 14/2019, anche nelle ipotesi di cui agli artt. 44 co. 1 lett. a) e 54 co. 3 (lett. d);
- il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364 co. 1 del DLgs. 14/2019 (lett. e);
- la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle Entrate-Riscossione (lett. f);
- il certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi di cui all'art. 363 co. 1 del DLgs. 14/2019 (lett. g)¹⁵;
- un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di 3 mesi rispetto alla presentazione dell'istanza (lett. h).

Per effetto della interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale e le diverse banche dati è possibile che parte di questa documentazione sia resa disponibile all'imprenditore senza che questi debba procedere ad una preventiva richiesta in tal senso ai fini della successiva allegazione.

¹¹ Si veda, sul tema, Diana F. "Composizione negoziata della crisi con un esperto terzo e indipendente", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 13.8.2021.

¹² Ai sensi dell'art. 38 del DLgs. 14/2019: "Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza. L'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero. Il pubblico ministero può intervenire in tutti i procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza. Il rappresentante del pubblico ministero intervenuto in uno dei procedimenti di cui al co. 3, instaurato dinanzi al tribunale di cui all'art. 27, può chiedere di partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la corte di appello. La partecipazione è disposta dal procuratore generale presso la corte di appello qualora lo ritenga opportuno. Gli avvisi spettano in ogni caso al procuratore generale".

¹³ Per effetto del decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83, è necessario, sin dalla fase iniziale di deposito dell'istanza di accesso, che l'imprenditore abbia predisposto un progetto di piano da cui emerga il percorso di risanamento individuato.

¹⁴ Si veda, sul tema, Diana F. "Continuità aziendale prevalente nel piano di risanamento", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 1.4.2022.

¹⁵ Si vedano, sul tema, Diana F. "Il DURC non sostituisce il certificato unico dei debiti contributivi", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 13.4.2022 e Nicotra A., Silvestro D. "Pronta la certificazione dei debiti contributivi per la composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 30.12.2021.

La documentazione allegata consente, da un lato, di agevolare l'individuazione di un esperto munito della professionalità e delle competenze necessarie rispetto alla singola impresa istante, e, dall'altro, di fornire allo stesso, una volta nominato, un quadro chiaro sulla situazione aziendale e debitoria dell'impresa, anche al fine di valutare la ragionevole perseguibilità del processo di risanamento ed avviare le trattative¹⁶.

3 L'ESPERTO INDIPENDENTE

Al ricorrere dei presupposti richiesti dall'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019, l'imprenditore può chiedere la nomina di un esperto la cui funzione è quella di agevolare le trattative tra l'imprenditore e le diverse parti interessate¹⁷, allo scopo di individuare una soluzione che consenta il superamento delle condizioni di squilibrio, anche se ciò dovesse essere realizzato attraverso il trasferimento dell'azienda o di rami della stessa¹⁸.

Pertanto, resta prerogativa dell'imprenditore la conduzione delle trattative e delle negoziazioni, con l'eventuale ausilio dei proprio consulenti, mentre l'esperto assumerà il compito di agevolare il dialogo con tutte le parti coinvolte, verificando costantemente la funzionalità e l'utilità delle trattative per il risanamento dell'impresa.

In particolare, tra le attività affidate all'esperto si rammenta:

- l'analisi preliminare sullo stato dell'impresa e la verifica della sussistenza di concrete prospettive di risanamento;
- la mediazione con i creditori e gli *stakeholders*;
- la verifica della condotta dell'imprenditore e della funzionalità ed utilità delle trattative rispetto all'avviato risanamento;
- il rilascio di pareri al Tribunale in caso di richiesta di misure protettive;
- la partecipazione alle consultazioni sindacali in caso di modifiche rilevanti sui rapporti di lavoro dipendente;
- l'espressione del giudizio finale sul percorso di composizione della crisi e sulle iniziative assunte dall'imprenditore;
- l'intervento in sede di conclusione delle trattative con i creditori¹⁹.

3.1 REQUISITI PROFESSIONALI

Per la nomina dell'esperto, nell'ambito della composizione negoziata della crisi, occorre fare riferimento all'elenco istituito presso la CCIAA di ciascun capoluogo di Regione e delle Province autonome di Trento e Bolzano (art. 13 co. 3 del DLgs. 14/2019), al quale potranno iscriversi solo quei professionisti che dimostrino determinati requisiti professionali oltre che il possesso della specifica formazione indicata dal decreto dirigenziale 28.9.2021 (art. 13 co. 4 del DLgs. 14/2019).

Con riferimento al requisito professionale, all'interno dell'elenco degli esperti, potranno essere inseriti:

- gli iscritti da almeno 5 anni all'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili²⁰ e all'Albo degli Avvocati che dimostrino di aver maturato precedenti esperienze nel capo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa;

¹⁶ La necessità di predisporre questi documenti sottende implicitamente il ricorso ad un *advisor* in grado di supportarlo nella predisposizione di un info-package adeguato alla negoziazione, che dovrà essere vagliato dall'esperto. Cfr., per la disciplina di cui al DL 118/2021, Rinaldi P. "La struttura del percorso" *www.dirittodellacrisi.it*, 27.10.2021 e Rinaldi P. "Piattaforma della Cdc con il test di salute aziendale", in "Crisi d'impresa. Le nuove misure. Strumenti, iter e responsabilità", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 9.9.2021, p. 4.

¹⁷ Sul tema, il Trib. Milano 14.5.2022 ha chiarito che: *"la sua partecipazione alla procedura - coperta dalla garanzia dell'assoluta riservatezza riguardo le informazioni acquisite - è concepita come indispensabile: l'imprenditore è tenuto ad affidargli in toto, fornendogli tutte le informazioni necessarie in ordine alla condizione finanziaria della propria impresa e non omettendo nulla. Solo adottando un simile comportamento collaborativo, l'imprenditore può consentire all'Esperto di condurre efficacemente le trattative e individuare la via per raggiungere il risanamento dell'impresa"*.

¹⁸ Si veda, sul tema, in relazione alla disciplina previgente, il documento FNC "Il D.L. 118/2021 Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo", 4.11.2021.
Si consenta, inoltre, il rinvio a Nicotra A. "Esperto terzo e indipendente anche nel nuovo Codice della crisi", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 13.7.2022.

¹⁹ Cfr., in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, Pongiglione F. "Il ruolo del facilitatore della crisi", in "La crisi d'impresa. Come utilizzare al meglio la composizione assistita", Guida giuridica a cura di Pollio M., *Italia Oggi*, 25.10.2021 n. 10, p. 45.

- gli iscritti da almeno 5 anni all'Albo dei Consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in 3 casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati;
- i soggetti che, sia pure non iscritti in Albi professionali, documentino di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza²¹.

Sul tema delle "precedenti esperienze" è intervenuto il Ministero della Giustizia con la circ. 29.12.2021, che – in relazione alla previgente disciplina ed in particolare al RD 267/42 e alla L. 3/2012 – ha dettato le linee di indirizzo agli Ordini professionali per l'attività di selezione delle domande funzionali alla formazione degli elenchi regionali degli esperti.

Con queste, in particolare, si è ritenuto opportuno specificare la qualità e anche la quantità delle esperienze precedenti ritenute valide per l'iscrizione del professionista nell'Albo.

Con riferimento all'aspetto qualitativo, si è ritenuto che dovesse attribuirsi rilievo alle attività che, nell'ambito concorsuale, abbiano avuto ad oggetto la ristrutturazione aziendale e la crisi di impresa e, pertanto, finalizzate alla preservazione del valore aziendale:

1. commissario giudiziale e commissario straordinario di grandi imprese in stato di insolvenza;
2. attestatore (ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. d), art. 161 co. 3 art. 182-*bis* co. 1 e art. 186-*bis* del RD 267/42²²);
3. gestore della crisi incaricato della ristrutturazione dell'impresa agricola (ai sensi dell'art. 7 della L. 3/2012)²³;
4. *advisor*, anche legale, con incarico finalizzato alla predisposizione e presentazione di piani di risanamento attestati, di piani in accordi di ristrutturazione dei debiti, di convenzioni e/o accordi di moratoria con più creditori e, infine, di piani e proposte di concordati preventivi o fallimentari in continuità o misti;
5. *advisor*, anche legale, con incarico finalizzato all'individuazione e alla soluzione delle problematiche fiscali per la ristrutturazione del debito tributario e previdenziale e funzionale alla ristrutturazione di imprese in crisi;

²⁰ Prima delle modifiche introdotte in sede di conversione del DL 118/2021, l'unico requisito richiesto per i dottori commercialisti e gli esperti contabili ai fini dell'inserimento nell'elenco degli esperti era rappresentato dall'iscrizione al relativo Albo professionale da almeno 5 anni. Per alcune considerazioni si vedano Baudino A., Frascinelli R., Vernerio P. "Commercialisti mediatori e negoziatori per comporre la crisi d'impresa", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 3.9.2021.

Per gli avvocati, invece, oltre l'iscrizione da almeno 5 anni al proprio Albo professionale, era necessario anche documentare di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa.

La differenza di trattamento tra commercialisti ed esperti contabili da un lato, e avvocati dall'altro in ordine ai requisiti necessari ai fini dell'iscrizione all'elenco aveva suscitato alcuni dubbi in dottrina per una presunta ed ingiustificata disparità di trattamento. Cfr. Ambrosini S. "La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti", www.ilcaso.it, 23.8.2021 e Ambrosini S. "La legge n. 147/2021 di conversione del D.L. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso", www.ilcaso.it, 26.10.2021.

A tal proposito, era stata formulata la proposta di introdurre anche per i dottori commercialisti il requisito delle precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa. Cfr. Guidotti R. "Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del decreto 25 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi di impresa", www.ilcaso.it, 5.10.2021.

In linea con tali osservazioni, la legge di conversione del DL 118/2021 ha realizzato una sostanziale assimilazione di tali figure professionali quanto ai requisiti necessari per l'iscrizione all'elenco. Ciò ha alimentato, d'altra parte, le perplessità della categoria dei commercialisti.

Cfr. Gallo S., Nicotra A. "Inaspriti i requisiti per l'elenco degli esperti della composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 22.10.2021 e Nicotra A. "Domanda agli Ordini per l'iscrizione all'elenco degli esperti", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 22.10.2021.

²¹ Come ha osservato una parte della dottrina, appare singolare come per quest'ultima categoria non sia previsto alcun requisito temporale ai fini dell'iscrizione all'elenco degli esperti. Ciò potrebbe produrre la conseguenza – non condivisibile – che sarebbe negato l'accesso ad un dottore commercialista o ad un avvocato iscritto da 4 anni al proprio Albo, ma con formazione adeguata, mentre analogha preclusione non opererebbe per chi, anche per un solo anno, abbia ricoperto l'ufficio di sindaco in una srl di modeste dimensioni. Così, in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, Abriani N., Cavalluzzo N. "L'esperto. Un tecnico negoziatore coadiuva l'iter di salvataggio e tutela dei terzi", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 3.11.2021, p. 6.

²² Si ricorda che la disciplina di cui al RD 267/42 è stata sostituita dal DLgs. 14/2019.

²³ Si ricorda che la disciplina di cui alla L. 3/2012 è stata sostituita dal DLgs. 14/2019.

6. *advisor*, anche legale, con incarico in ambito giuslavoristico, purché strettamente funzionale alla gestione dei rapporti con i dipendenti nell'ambito della ristrutturazione di imprese in crisi;
7. attività di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati e di accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale se omologati relativi ad aziende rispetto alle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza.

Sotto l'aspetto quantitativo, si è ritenuto che il possesso di esperienze pregresse richiedesse l'assunzione, da parte del professionista, di almeno due tra le attività e gli incarichi sopra individuati. In ogni caso, viene esclusa la rilevanza dell'incarico di curatore "fallimentare"²⁴.

Sul tema è intervenuto anche il CNDCEC con diversi Pronto Ordine, attraverso i quali – in relazione alla previgente disciplina – sono stati forniti ulteriori chiarimenti a supporto delle Linee Guida fornite con la circ. 29.12.2021. In particolare, si è chiarito che:

- le due esperienze professionali, tra quelle sopra richiamate, possono essere maturate anche attraverso lo svolgimento di incarichi o prestazioni professionali della stessa tipologia (P.O. 31.1.2022 n. 8);
- nel caso di socio di STP iscritta nella sezione speciale dell'Albo, questi deve presentare la domanda di iscrizione per l'elenco degli esperti presso l'Ordine territoriale dove è iscritto come persona fisica (P.O. 1.3.2022 n. 39);
- è esclusa dalle esperienze ritenute valide quella di Amministratore Giudiziario *ex art.* 41 del Codice Antimafia, mentre le esperienze come attestatore devono aver riguardato incarichi comunque inerenti il settore concorsuale e finalizzati al risanamento e alla ristrutturazione di imprese in crisi (P.O. 7.4.2022 n. 30). Analogamente per gli incarichi di *advisor* (P.O. 13.6.2022 n. 116);
- sono escluse le collaborazioni con colleghi più anziani, effettuate durante il tirocinio professionale, che non possono essere valutate in ragione della circostanza che il tirocinante non è ancora un professionista. Inoltre, le esperienze devono essere maturate in occasione di incarichi o prestazioni professionali assunti direttamente dal professionista poiché non appaiono valutabili attività di collaborazione o affiancamento di altri colleghi che risultano, invece, i soggetti personalmente incaricati (P.O. 14.4.2021 n. 40 e P.O. 4.5.2022 n. 84)²⁵;
- sono esclusi gli incarichi di *advisor* per assistenza o consulenza contabile, fiscale e societaria, ovvero finalizzata alla soluzione di problematiche di rilievo preesistenti o insorte in occasione della gestione, ovvero gli incarichi di assistenza contabile, fiscale e societaria per la scelta o l'attuazione di operazioni straordinarie ed esperienze assimilabili (P.O. 14.4.2021);
- sono esclusi gli incarichi conferiti a società commerciali (p.e. società di revisioni nelle quali il professionista rientra come membro del team che ha svolto l'attività), poiché queste si sottraggono alla disciplina della prestazione professionale (P.O. 4.5.2022 n. 41)²⁶;
- è escluso l'incarico di precommissario, oltre alle figure di coadiutore o delegato del curatore "fallimentare" (art. 32 del RD 267/42), in quanto le curatele non sono ricomprese nell'ambito applicativo delle Linee di indirizzo diffuse dal Ministero (P.O. 4.5.2022 n. 43)²⁷. In particolare, è escluso l'incarico di curatore fallimentare senza effettuare distinzioni tra concrete fattispecie (P.O. 25.5.2022 n. 105)²⁸;
- l'incarico di cui al numero 6) delle Linee di indirizzo può consistere nella rinegoziazione degli stipendi dei soci amministratori, al ricorrere dei presupposti individuati in appresso, nella riorganizzazione del personale dipendenti, nella riduzione degli orari di lavoro dei dipendenti e/o nella richiesta di Cassa Integrazione Guadagni, che siano funzionali al risanamento delle imprese in crisi (P.O. 4.5.2022 n. 43);

²⁴ Si ricorda che, per effetto del DLgs. 14/2019, la procedura "fallimentare" è stata sostituita dalla procedura di liquidazione giudiziale.

²⁵ Cfr. Nicotra A. "Iscrizione nell'elenco degli esperti solo con incarichi assunti dal professionista", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 7.5.2022.

²⁶ Cfr. Nicotra A. "Iscrizione nell'elenco degli esperti solo con incarichi assunti dal professionista", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 7.5.2022.

²⁷ Cfr. Nicotra A. "Iscrizione nell'elenco degli esperti solo con incarichi assunti dal professionista", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 7.5.2022.

²⁸ Si veda Diana F. "Curatore escluso dal ruolo dell'esperto indipendente", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 27.5.2022.

- è esclusa la prestazione professionale di *advisor* da parte di un iscritto facente parte di un team di collaboratori che ha affiancato e svolto l'attività di analisi e verifica (per) il professionista attestatore di cui è riportata menzione nella stessa relazione di attestazione (P.O. 4.5.2022 n. 94)²⁹;
- è escluso, nell'ambito dell'attività di commissario giudiziale, il ruolo ricoperto nella fase "ante apertura" della procedura di concordato preventivo dovendo questi essere ammesso (P.O. 12.5.2022 n. 106);
- è valutabile l'incarico espletato come commissario straordinario di amministrazione straordinaria di cui al DLgs. 270/99 e al DL 347/2003, conv. L. 39/2004 (P.O. 26.5.2022 n. 102)³⁰;
- è escluso l'incarico di commissario giudiziale svolto nell'ambito del c.d. "concordato con riserva" non rientrando nel novero delle esperienze da valutare ai fini della inclusione nell'elenco, dovendo il concordato essere ammesso (P.O. 30.5.2022 n. 111);
- sono valutabili gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria conclusi ai sensi del previgente art. 182-*septies* del RD 267/42, dal momento che le nuove disposizioni degli artt. 182-*septies* e 182-*octies* del RD 267/42 trovano applicazione ai procedimenti per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti a efficacia estesa introdotti successivamente al 25.8.2021, data di entrata in vigore del DL 118/2021, nonché alle comunicazioni di convenzione di moratoria successive alla medesima data (P.O. 30.5.2022 n. 114);
- non può escludersi l'esperienza maturata in occasione dell'attestazione di un piano di concordato liquidatorio. Inoltre, si precisa che non costituisce elemento di valutazione l'esito della specifica procedura ossia che il concordato o l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia stato effettivamente omologato (P.O. 13.5.2022 n. 112)³¹.

Il CNDCEC è intervenuto fornendo chiarimenti anche sul tema della documentazione da produrre al fine di provare le maturate esperienze pregresse e, in particolare, per la figura di attestatore di cui ai n. 2), 4), 5), e 6) delle Linee di indirizzo è necessario esibire le lettere di incarico aventi data certa o i mandati professionali e le relative attestazioni rilasciate dal professionista, fermo restando che ulteriori informazioni saranno desumibili dai curricula vitae dei professionisti allegati e inviati alle CCIAA (P.O. 4.5.2022 n. 43).

Secondo il P.O. 26.5.2022 n. 102, la documentazione da produrre per la valutazione della domanda di iscrizione è così costituita:

- per il commissario giudiziale e commissario straordinario di grandi imprese in stato di insolvenza dal decreto di nomina, dall'accettazione dell'incarico e dalla visura camerale (senza produzione di estratto del fascicolo di procedura);
- per l'attestatore (ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. d), art. 161 co. 3, art. 182-*bis* co. 1 e art. 186-*bis* del RD 267/42) dalla copia del contratto di mandato professionale di attestazione e da un atto comprovante il deposito della domanda di concordato;
- per il gestore della crisi incaricato della ristrutturazione dell'impresa agricola (ai sensi dell'art. 7 della L. 3/2012) dal decreto o da un documento equipollente di nomina e accettazione dell'incarico (senza produzione di estratto del fascicolo di procedura), dall'atto comprovante il deposito della domanda di accordo alla quale l'art. 9 co. 3-*bis*.1, e 3-*bis*.2 della L. 3/2012 richiede di allegare la relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi;
- per l'*advisor* di cui al n. 4, dalla copia contratto di mandato professionale e da un atto comprovante il deposito della domanda;
- per l'*advisor* di cui al n. 5, dalla copia del contratto di mandato professionale e da un atto comprovante la finalità di individuazione e soluzione delle problematiche fiscali per la ristrutturazione del debito tributario e/o previdenziale e funzionale alla ristrutturazione di imprese in crisi;
- per l'*advisor* di cui al n. 6, dalla copia del contratto di mandato professionale e da un atto comprovante l'incarico in ambito giuslavoristico, purché strettamente funzionale alla gestione dei rapporti con i dipendenti nell'ambito della ristrutturazione di imprese in crisi (P.O. 26.5.2022 n. 102).

²⁹ Cfr. Nicotra A. "Iscrizione nell'elenco degli esperti solo con incarichi assunti dal professionista", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 7.5.2022.

³⁰ Cfr. Nicotra A. "Pregresse esperienze documentate per l'elenco degli esperti", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 27.5.2022.

³¹ Si veda Diana F. "Attestatore incluso tra gli esperti anche in assenza di omologa", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 17.6.2022.

Gli incarichi da parte dei soggetti non professionisti che abbiano svolto attività di direzione, amministrazione e controllo, innanzitutto, devono essere svolti in società interessate da operazioni di ristrutturazione nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento (ora liquidazione giudiziale) o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza. Per comprovare tali esperienze, oltre al contratto di consulenza o al verbale assembleare di nomina, è necessario allegare la visura camerale, anche storica, della società da cui poter evincere le cariche sociali vantate dal professionista ed inoltre la circostanza che la società non è sottoposta a fallimento (ora liquidazione giudiziale) o altra procedura di liquidazione (P.O. 30.5.2022 n. 111)³².

3.2 REQUISITI FORMATIVI

Per quanto concerne l'obbligo formativo di cui all'art. 13 co. 4 del DLgs. 14/2019, l'esperto deve essere in possesso di un'adeguata formazione il cui contenuto è dettagliato dal decreto dirigenziale 28.9.2021 che alla sezione IV indica i requisiti anche formativi per l'iscrizione presso l'elenco degli esperti.

In particolare, è previsto che il professionista (o *manager*) che intenda assumere l'incarico di esperto debba assolvere ad uno specifico obbligo formativo secondo un percorso di 55 ore suddivise per argomenti.

Un peso specifico ai fini dell'individuazione dell'esperto da parte dei soggetti preposti alla nomina, tuttavia, è attribuito anche alla formazione già maturata e che risulti dal *curriculum vitae* del candidato o che sia maturata *ex post* oltremodo.

3.3 DOMANDA E ALLEGATI

I professionisti in possesso dei requisiti richiesti possono iscriversi all'elenco degli esperti presentando una specifica domanda.

A tal fine, l'art. 13 co. 5 del DLgs. 14/2019 precisa che:

- per i professionisti iscritti agli albi professionali (dottori commercialisti, esperti contabili, avvocati, consulenti del lavoro), la domanda di iscrizione all'elenco è presentata agli Ordini professionali di appartenenza dei richiedenti;
- per gli altri soggetti, non iscritti ad un Albo professionale, la domanda è presentata alla CCIAA.

La domanda è corredata con:

- la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di legittimità per l'iscrizione all'elenco degli esperti e della necessaria formazione professionale;
- un'autocertificazione attestante l'assolvimento degli obblighi formativi;
- un *curriculum vitae*, anch'esso oggetto di autocertificazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000, dal quale risulti ogni altra esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione, valutabile all'atto della nomina come titolo di preferenza;
- il consenso dell'interessato al trattamento dei dati comunicati al momento della presentazione dell'istanza di iscrizione *ex art. 6* del regolamento (UE) 2016/679, anche ai fini della pubblicazione dell'incarico e del *curriculum vitae* sul sito istituzionale della CCIAA.

Ciascun ordine professionale, valutata la domanda e verificata la completezza della documentazione allegata³³, comunica i nominativi dei professionisti in possesso dei requisiti alla CCIAA per il loro inserimento nell'elenco degli esperti.

Rispetto all'originaria formulazione della norma, per effetto del DLgs. 17.6.2022 n. 83, è stabilito che l'Ordine è tenuto ad inviare una scheda sintetica, per ciascun professionista, contenente le informazioni utili all'individuazione del profilo dell'esperto maggiormente aderente alle caratteristiche e alle dimensioni dell'impresa istante³⁴.

Sul punto va altresì evidenziato che, ai fini del primo popolamento dell'elenco, fino al 16.5.2022, l'aggiornamento dei dati comunicati dagli ordini professionali è stato continuo mentre, a partire dal 17.5.2022, l'aggiornamento avrà una cadenza annuale.

³² Cfr., inoltre, il P.O. 19.5.2022 n. 100. Sul tema, si veda Nicotra A. "Per l'elenco degli esperti esperienze da dimostrare con visura camerale", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 21.5.2022.

³³ Per effetto delle modifiche introdotte dal decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83, l'art. 13 co. 5, quarto periodo, precisa che la valutazione della domanda spetta all'Ordine professionale di appartenenza.

³⁴ Ai sensi dell'art. 13 co. 5 del DLgs. 14/2019, la scheda è compilata sulla base di un modello uniforme definito con il decreto dirigenziale 28.9.2021.

Diversamente, per i soggetti non iscritti ad albi professionali, l'aggiornamento dei dati è eseguito direttamente dalla CCIAA, secondo le medesime tempistiche.

Le vicende professionali dell'esperto incidono anche sul mantenimento dell'iscrizione nell'elenco degli esperti, ed infatti gli ordini professionali devono comunicare tempestivamente alle CCIAA l'adozione, nei confronti dei propri iscritti, di sanzioni disciplinari – che siano più gravi di quella minima prevista dai singoli ordinamenti – nonché l'intervenuta cancellazione dei professionisti dagli albi professionali di appartenenza, affinché i medesimi siano cancellati dall'elenco.

Le CCIAA, ricevute le comunicazioni di competenza degli Ordini professionali, provvederanno senza indugio all'aggiornamento dell'elenco unico.

3.4 PROCEDIMENTO DI NOMINA

La disciplina della nomina dell'esperto è contenuta nell'art. 13 co. 6 - 8 del DLgs. 14/2019.

La nomina, in particolare, è conferita da una commissione costituita presso le CCIAA, in carica per due anni e composta da³⁵:

- due magistrati, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale del capoluogo di regione o della Provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la CCIAA che ha ricevuto l'istanza del debitore di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019;
- due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della CCIAA presso la quale è costituita la commissione;
- due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal prefetto del capoluogo di regione o della Provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la CCIAA che ha ricevuto l'istanza di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019.

La commissione è coordinata dal membro più anziano e decide a maggioranza, inoltre, ai suoi membri non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati (art. 13 co. 8 del DLgs. 14/2019)

Il procedimento di nomina dell'esperto è scadenzato da una tempistica rapida:

- ricevuta l'istanza del debitore di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019, il segretario generale della CCIAA nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa, nei successivi 2 giorni lavorativi, ne dà comunicazione alla commissione, unitamente a una nota sintetica contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero dei dipendenti e del settore in cui opera l'impresa istante³⁶. Ove l'istanza di nomina o la documentazione risulti incompleta, il segretario generale invita l'imprenditore a procedere con l'integrazione entro un termine di 30 giorni, decorsi inutilmente i quali l'istanza non è esaminata, ma l'imprenditore può riproporla³⁷;
- entro i 5 giorni lavorativi successivi la commissione nomina l'esperto nel campo della ristrutturazione tra gli iscritti nell'elenco³⁸.

Ai fini della nomina, la commissione dovrà adottare criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza, avendo cura che ciascun esperto non riceva più di 2 incarichi contemporaneamente.

Potrà inoltre essere nominato anche un esperto che sia iscritto ad un elenco fuori dall'ambito regionale in cui si trova la sede dell'impresa istante. Ai fini della nomina rileva la complessiva esperienza formativa dell'esperto ri-

³⁵ A seguito delle modifiche introdotte con il decreto correttivo, la composizione della commissione si amplia con la previsione di membri effettivi e supplenti.

³⁶ La nota, unita alla documentazione fornita dall'imprenditore, dovrebbe consentire alla commissione di nominare rapidamente l'esperto più idoneo al risanamento della specifica impresa istante. Cfr. la Relazione illustrativa del DL 118/2021.

³⁷ Si tratta di una delle novità di rilievo introdotte con il decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83, che determina il doppio beneficio di definire un tempo univoco entro il quale l'imprenditore può procedere, ove necessario, all'integrazione e di chiarire la possibilità, in capo a quest'ultimo, di poter riproporre la domanda ove sia decorso inutilmente il tempo concesso, senza che ciò costituisca una preclusione per una successiva istanza.

³⁸ Non è prevista la nomina di più esperti nelle situazioni di particolare complessità. Cfr., per la disciplina di cui al DL 118/2021, Guidotti R. "La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato", *www.ilcaso.it*, 8.9.2021. Secondo questa dottrina, al fine di non pregiudicare l'accesso al percorso alle procedure maggiori, sarebbe stato opportuno valutare la possibilità di nominare, sulla base di criteri oggettivi, ad esempio, un collegio di 3 esperti per le imprese di maggiori dimensioni, così come accade nelle amministrazioni straordinarie e per le procedure maggiori.

spetto alle caratteristiche dell'impresa istante, così come risulta dalla scheda sintetica fornita dall'Ordine professionale di appartenenza. Tuttavia, la commissione potrà tener conto anche delle informazioni che emergano dal curriculum vitae, dall'attività prestata come esperto in precedenti composizioni negoziate ed inoltre, ove ritenuto opportuno, del parere non vincolante acquisito prima della nomina o prima della comunicazione all'esperto nominato, da parte di una associazione di categoria sul territorio³⁹.

Alla nomina dell'esperto è conferita adeguata pubblicità, in particolare: gli incarichi conferiti e il *curriculum vitae* dell'esperto nominato sono pubblicati senza indugio in un'apposita sezione del sito della CCIAA del luogo di nomina e del luogo dove è tenuto l'elenco presso il quale l'esperto è iscritto, nel rispetto del regolamento (UE) 2016/679 e del codice di cui al DLgs. 196/2003.

È omesso, invece, ogni riferimento all'imprenditore istante per l'accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi e la nomina dell'esperto.

3.5 INDIPENDENZA DELL'ESPERTO

L'art. 16 co. 1 del DLgs. 14/2019 impone all'esperto di verificare, al momento dell'accettazione dell'incarico, la sussistenza del requisito dell'indipendenza; in particolare, è previsto che l'esperto:

- deve essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 2399 c.c.⁴⁰;
- non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale⁴¹;
- i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa.

È altresì previsto che i soggetti che hanno svolto l'incarico di esperto non possano intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non dopo il decorso di almeno 2 anni dall'archiviazione della composizione negoziata.

I successivi co. 2 e 3 dell'art. 16 del DLgs. 14/2019 individuano, poi, i doveri a carico dell'esperto: in particolare, l'esperto deve sempre essere terzo rispetto a tutte le parti interessate, operare in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto va sottolineato che, per espressa previsione legislativa, l'esperto non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'art. 2 co. 1 lett. o) del DLgs. 14/2019⁴².

La verifica dell'indipendenza è rimessa non solo all'autovalutazione da parte dello stesso esperto, ma anche alle parti interessate che, entro 3 giorni dalla convocazione di audizione, possono presentare al segretario generale della CCIAA le proprie osservazioni in merito alla sussistenza di tale requisito.

È altresì previsto che il segretario è tenuto ad informare la commissione che ha nominato l'esperto, la quale – dopo aver sentito il professionista e valutato le specifiche circostanze esposte – ove lo ritenga opportuno, potrà procedere con la sua sostituzione (art. 17 co. 6 del DLgs. 14/2019).

Nell'espletamento dell'incarico, l'esperto è legittimato a chiedere all'imprenditore ed ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie, nonché ad avvalersi di professionisti (competenti nel settore economico in cui opera

³⁹ La possibilità di richiedere un parere non vincolante presso un'associazione di categoria territoriale rappresenta una novità introdotta dal decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

⁴⁰ Si ricorda che, in base all'art. 2399 c.c., non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:

- a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 2382 c.c.;
- b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;
- c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

⁴¹ L'indipendenza dovrebbe sussistere rispetto non solo all'impresa ma anche a coloro che hanno interesse nella ristrutturazione (ovvero gli *advisors* e i creditori). Così, relativamente alla disciplina di cui al DL 118/2021, Rinaldi P. "La struttura del percorso", *www.dirittodellacrisi.it*, 27.10.2021.

⁴² La precisazione de qua è stata introdotta con il decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

l'impresa) e del revisore legale che non siano legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale.

Il ruolo dell'esperto è, inoltre, rafforzato dal dovere (ed obbligo) di riservatezza: salve alcune ipotesi (cfr. art. 19 co. 4 del DLgs. 14/2019), infatti, l'esperto non può essere chiamato a deporre, davanti all'Autorità giudiziaria o ad altra Autorità, sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero su quanto appreso o sull'attività svolta nell'esercizio delle sue funzioni.

Avvenuta la nomina ad opera della commissione, ai sensi dell'art. 17 co. 4 del DLgs. 14/2019, l'esperto, verificata la propria indipendenza e accertato il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessaria per lo svolgimento dell'incarico, entro 2 giorni lavorativi dalla ricezione della nomina:

- in caso di accettazione, ne dà comunicazione all'imprenditore inserendo la relativa dichiarazione nella piattaforma;
- in caso di rifiuto, ne dà comunicazione, in modo riservato, al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione.

Come anticipato, l'esperto non può assumere più di 2 incarichi contemporaneamente.

3.6 SVOLGIMENTO DELL'INCARICO

Accettato l'incarico, l'esperto è tenuto a convocare senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica.

A questo punto, se le prospettive di risanamento :

- sussistono, l'esperto incontra le parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento, indicando anche i successivi incontri, che dovranno avere una cadenza periodica ravvicinata;
- non sussistono, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, entro i successivi cinque giorni lavorativi.

In tale ultimo caso, l'imprenditore a seguito dell'archiviazione dell'istanza non potrà presentarne una nuova se non prima che sia decorso un anno dall'archiviazione stessa.

In seguito alle modifiche introdotte dal decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83, se l'archiviazione è richiesta dall'imprenditore, con istanza depositata attraverso la piattaforma telematica, il termine di un anno per la ripresentazione della domanda è ridotto a quattro mesi. Tuttavia, siffatto beneficio può essere concesso per una sola volta e sempre che l'imprenditore abbia fatto richiesta di archiviazione entro due mesi dalla nomina dell'esperto (art. 17 co. 9 del DLgs. 14/2019).

Ai sensi dell'art. 17 co. 7 del DLgs. 14/2019, l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi 180 giorni dall'accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di una proposta del professionista, una soluzione adeguata al superamento delle condizioni di squilibrio.

Tale termine non subisce alcuna variazione anche a seguito di un'eventuale sostituzione dell'esperto e decorre dall'accettazione del primo esperto. Analogamente accade nell'ipotesi in cui alla composizione negoziata acceda il gruppo di imprese *ex art.* 25 co. 7 del DLgs. 14/2019⁴³.

Quando tutte le parti lo richiedono e vi è il consenso dell'esperto ovvero quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al Tribunale ai sensi degli artt. 19 (procedimento relativo alle misure protettive e cautelari) e 22 (autorizzazioni del Tribunale) del DLgs. 14/2019, la durata della composizione negoziata può essere prorogata per un periodo ulteriore di non oltre 180 giorni.

Oltre al decorso del termine, l'incarico dell'esperto si conclude:

⁴³ L'art. 25 co. 7 del DLgs. 14/2019 stabilisce che, quando le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentano più istanze ai sensi dell'art. 12 co. 1, e gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori, propongono che la composizione negoziata si svolga in modo unitario oppure per più imprese appositamente individuate, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

- quando, nonostante l'invito, l'imprenditore non compaia senza addurre giustificazioni;
- in qualunque momento in cui l'esperto ritenga, anche a seguito delle interlocuzioni con le parti interessate, che non sussista o sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento, anche attraverso forme di continuità indiretta;
- quando, anche prima del termine di 180 giorni, viene individuata una delle soluzioni di cui all'art. 23 del DLgs. 14/2019.

Al termine dell'incarico, ai sensi dell'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019, l'esperto è tenuto a redigere una relazione finale da inserire nella piattaforma telematica, da comunicare all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari ex artt. 18 e 19, al giudice che le ha emesse, affinché ne dichiari cessati i relativi effetti.

Dalla relazione finale dell'esperto dovrà emergere:

- la descrizione dell'attività svolta, con l'allegazione dei verbali o degli audio e delle videoregistrazioni, se l'allegazione è consentita dalle parti che li hanno sottoscritti;
- se l'imprenditore si è avvalso delle misure protettive e cautelari di cui agli artt. 18, 19 e 20 del DLgs. 14/2019, il deposito del ricorso di cui all'art. 19 co. 1 del DLgs. 14/2019 ed il termine delle misure protettive concesso;
- le informazioni sullo stato delle eventuali misure cautelari o esecutive già disposte e sui ricorsi eventualmente pendenti per la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza;
- le autorizzazioni richieste e quelle concesse;
- le considerazioni sulla perseguibilità del risanamento e sull'idoneità della soluzione individuata.

Compiute le attività di redazione e caricamento in piattaforma della relazione oltre alle dovute comunicazioni, l'esperto deve darne comunicazione al segretario generale della CCAA affinché si proceda con l'archiviazione.

3.7 COMPENSO DELL'ESPERTO

La disciplina del compenso dell'esperto, sia nella procedura maggiore sia in quella minore, è contenuta nell'art. 25-ter del DLgs. 14/2019.

Il compenso dell'esperto è a carico dell'imprenditore ed è determinato:

- tenuto conto dell'opera prestata, della sua complessità, del contributo dato nella negoziazione e della sollecitudine con cui sono state condotte le trattative⁴⁴;
- secondo precisi scaglioni, in percentuali sull'ammontare dell'attivo dell'impresa debitrice che vengono calcolate sulla media dell'attivo risultante dagli ultimi 3 bilanci o, in mancanza, sull'attivo risultante dalla situazione patrimoniale e finanziaria depositata ai sensi dell'art. 17 co. 3 lett. a) del DLgs. 14/2019⁴⁵;
- con variazione positiva o negativa proporzionale al numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative;
- con aumento del 100% nel caso in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019 sia concluso il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'art. 23 co. 1 e 2 lett. b) del DLgs. 14/2019 e con ulteriore incremento del 10% se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'art. 23 co. 1 lett. c);
- in misura non inferiore a 4.000,00 euro e non superiore a 400.000,00 euro. Se l'imprenditore non compare davanti all'esperto ovvero è disposta l'archiviazione dopo il primo incontro, invece, il compenso è liquidato in 500,00 euro;
- in mancanza di accordo tra le parti, dalla commissione di cui all'art. 13 co. 6 del DLgs. 14/2019. Il provvedimento costituisce prova scritta (art. 633 co. 1 n. 1 c.p.c.) nonché titolo per la concessione dell'esecuzione provvisoria (art. 642 c.p.c.).

⁴⁴ Tale modifica è stata introdotta con il decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

⁴⁵ Se l'attività è iniziata da meno di tre anni, la media è calcolata sui bilanci depositati dal suo inizio.

Compenso dell'esperto (art. 25-ter del DLgs. 14/2019)				
Il compenso è determinato in percentuale sull'ammontare dell'attivo.	Fino a 100.000	Percentuale	Dal 4% al 6%	L'ammontare del compenso, in caso di svolgimento delle trattative, non potrà essere inferiore a 4.000 euro e non superiore a 400.000 euro. È previsto un compenso minimo di 500 euro in caso di mancata presentazione dell'imprenditore o archiviazione dopo il primo incontro.
	Da 100.000,01 a 500.000		Dall'1% all'1,50%	
	Da 500.000,01 a 1.000.000		Dallo 0,5% allo 0,8%	
	Da 1.000.000,01 a 2.500.000		Dallo 0,25% allo 0,43%	
	Da 2.500.000,01 a 50.000.000		Dallo 0,05% allo 0,10%	
	Da 50.000.000,01 a 400.000.000		Dallo 0,01% allo 0,025%	
	Da 400.000.000,01 a 1.300.000.000		Dallo 0,002% allo 0,008%	
	Oltre 1.300.000.000		Dallo 0,005% allo 0,002%	
Incrementi/decrementi ulteriori del compenso in ragione della complessità dell'incarico e degli esiti.				
Maggiorazione per numero di parti interessate.	Numero di parti interessate ⁴⁶		% incremento	
	Tra 21 e 50		25%	
	Superiore a 50		35%	
	Numero di parti interessate		% decremento	
	Inferiore o uguale a 5		40%	
Maggiorazione in caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto.			10%	
Maggiorazione nel caso in cui, dopo la redazione della relazione finale, si concluda un contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'art. 23 co. 1 e 2 lett. b) del DLgs. 14/2019.			100%	
Maggiorazione per la sottoscrizione da parte dell'esperto dell'accordo di cui all'art. 23 co. 1 lett. c) del DLgs. 14/2019			10%	
Compenso aggiuntivo per ogni ora di presenza negli incontri con lavoratori e rappresentanze sindacali, risultanti dai rapporti ex art. 4 co. 3, quinto periodo, del DLgs. 14/2019.			100 euro/h	

Nell'eventuale procedura concorsuale successivamente aperta, il compenso dell'esperto, così determinato, ha natura prededucibile ex art. 6 del DLgs. 14/2019.

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

Nel caso di accesso alla composizione negoziata da parte di imprese minori, il compenso dell'esperto è liquidato, ai sensi dell'art. 25-ter dal segretario generale della camera di commercio che lo ha nominato (art. 25-*quater* co. 7 del DLgs. 14/2019).

3.8 RESPONSABILITÀ PENALE DELL'ESPERTO⁴⁷

Né nel precedente DL 118/2021, ora in parte abrogato, né nel nuovo DLgs. 83/2022 sono regolamentate le possibili responsabilità di natura penale dell'esperto nominato.

È tuttavia evidente che tale figura, inserendosi nella gestione della crisi, rischia di trovarsi esposta a diverse conseguenze di natura anche penale, soprattutto a titolo di concorso con i reati commessi dall'imprenditore e

⁴⁶ I lavoratori e le rappresentanze sindacali non sono considerati nel numero dei creditori e delle altre parti interessate ai fini del riconoscimento degli aumenti anzidetti.

⁴⁷ Paragrafo a cura di Artusi M.F.

laddove si addivenisse ad un insuccesso della procedura di composizione negoziata cui consegue il fallimento. Rischi che andranno sviscerati nella fase applicativa della nuova disciplina da parte di dottrina e giurisprudenza. L'art. 16 del DLgs. 14/2019, così come modificato dal DLgs. 83/2022, stabilendo i requisiti di indipendenza e i doveri dell'esperto è la norma di riferimento anche in relazione a possibili implicazioni di natura penale.

Un riferimento espresso alla disciplina penalistica si trova nel co. 3 di tale art. 16 ove viene stabilito che – fatto salvo quanto oggi previsto dall'art. 19 co. 4 sull'udienza relativa al procedimento per le misure protettive – l'esperto non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'Autorità giudiziaria né davanti ad altra Autorità. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sul segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. e le garanzie previste per il difensore rispetto a perquisizioni e sequestri dall'art. 103 c.p.p.

Rilevante è la clausola di salvezza sancita nell'attuale art. 24 co. 5 rispetto alle possibili contestazioni per bancarotta fraudolenta preferenziale o bancarotta semplice. I reati previsti dai nuovi artt. 322 co. 3 e 323 del DLgs. 14/2019 (già artt. 216 co. 3 e 217 del RD 267/42) non si applicano, dunque, ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto nominato. Per evitare la responsabilità penale, tali operazioni devono essere realizzate in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'art.17 co. 5 del novellato DLgs. 14/2019, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal Tribunale a norma dell'art. 22 del medesimo decreto.

4 PIATTAFORMA TELEMATICA

L'accesso allo strumento stragiudiziale della composizione della crisi è rimesso alla volontà dell'imprenditore che, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019, può presentare idonea istanza mediante la piattaforma telematica nazionale istituita ai sensi del successivo art. 13 co. 1 del DLgs. 14/2019 e accessibile attraverso il sito Internet istituzionale di ciascuna CCIAA.

La nuova piattaforma telematica favorisce una piena digitalizzazione del processo di composizione negoziata della crisi agevolando gli operatori coinvolti, attraverso un rapido e semplice utilizzo dello strumento, e rendendo disponibili per l'imprenditore una serie di funzioni e un'ampia modulistica⁴⁸.

Per l'utente – e possibile utilizzatore – sono previste due diverse aree: un'area pubblica e un'area privata⁴⁹.

L'area pubblica è finalizzata a consentire ai soggetti interessati ad acquisire le prime indispensabili informazioni sul processo di composizione.

L'area privata, invece, consente a quanti direttamente coinvolti – imprenditore, consulenti, esperto, creditori – di aver accesso a funzioni ulteriori e specifiche necessarie all'avvio e alla conduzione delle trattative nel pieno rispetto del principio di riservatezza.

Per accedere alla piattaforma telematica nazionale è sufficiente un dispositivo fisso o mobile, connesso alla rete Internet.

Collegandosi mediante il proprio browser alla pagina: <https://composizionenegroziata.camcom.it/ocriWeb/#/home> si ha immediato accesso all'area pubblica senza che sia necessaria alcuna autenticazione né l'inserimento di alcuna credenziale con *login* e *password*.

4.1 PILASTRI

La piattaforma consente a tutti i soggetti coinvolti nel processo di risanamento di gestire, in un unico luogo, l'intera composizione negoziata. Questa, in particolare, si fonda su quattro pilastri:

- riservatezza, per cui le informazioni e la documentazione caricata in piattaforma, è resa disponibile, con diversi gradi di accesso, solo ai soggetti a vario titolo coinvolti nel percorso di risanamento. In particolare, a ciascun interessato è associato un c.d. "profilo abilitativo" legato alla qualifica del soggetto stesso e anche alla specifica fase del procedimento in cui si trova ad operare;

⁴⁸ Per un approfondimento si veda Diana F. "Piattaforma telematica e accesso alla composizione negoziata", *Schede di Aggiornamento*, 3, 2022, p. 551 ss.

⁴⁹ Si veda Diana F., Nicotra A. "Accesso alla composizione negoziata e piattaforma telematica nazionale", *Procedure Pratiche*, 26, 2022, Eutekne.

- semplificazione, per cui in sede di compilazione ed invio dell'istanza da parte dell'imprenditore, la piattaforma proporrà in automatico talune informazioni già reperibili nel Registro delle imprese (p.e. dati anagrafici dell'impresa, codice ATECO, ecc.) che potranno essere liberamente modificate ove necessario. In tal modo, si vuole semplificare il percorso di inserimento delle informazioni e, nel contempo, limitare i possibili errori di digitazione anche attraverso controlli automatici di compatibilità effettuati dalla stessa piattaforma;
- flessibilità, per cui è data la possibilità di creare dei "cassetti digitali" finalizzati ad accogliere tutta la documentazione necessaria alla composizione e, allo stesso tempo, di creare degli spazi virtuali dedicati solo a taluni specifici soggetti, così garantendo una maggiore riservatezza (p.e. i documenti di un fornitore con il quale si è aperta la trattativa e la cui riservatezza va preservata rispetto ad altri soggetti ugualmente interessati alla procedura). Per i cassetti digitali e per gli spazi virtuali è possibile prevedere diversi livelli di visibilità e di operatività in relazione ai diversi soggetti coinvolti e alle varie fasi del processo;
- tempestività, per cui si favorisce la rapidità delle comunicazioni nei confronti dei soggetti coinvolti, attraverso due meccanismi: un sistema di notifiche automatiche a caselle di posta elettronica certificata e la creazione di testi predeterminati che, in relazione alle diverse fasi del processo e all'avanzamento dei vari step, saranno inviate ai soggetti interessati.

4.2 FUNZIONI DISPONIBILI

In particolare, presso l'area pubblica ogni utente potrà liberamente accedere, senza necessità di alcuna autenticazione, agli strumenti previsti dall'art. 13 co. 2 del DLgs. 14/2019, consistenti:

- in una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese⁵⁰, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento;
- in un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati;
- in un protocollo di conduzione della composizione negoziata.

Sono, altresì, disponibili:

- le informazioni sui soggetti titolati a presentare istanza di composizione, sui soggetti interessati e sulle funzioni da questi esercitabili;
- le informazioni sulla tipologia delle proposte che possono essere formulate durante la composizione;
- la modulistica prevista dal decreto dirigenziale 28.9.2021;
- le informazioni sulla documentazione da allegare, con separata indicazione di quella indispensabile per la presentazione dell'istanza.

Diversamente, l'accesso all'area privata è consentito all'esperto, all'imprenditore ed anche alle parti interessate. Al fine di accedere ed utilizzare le funzioni rese disponibili nell'area privata della piattaforma, il soggetto interessato dovrà ulteriormente dotarsi di:

- una firma digitale, necessaria per poter sottoscrivere i vari documenti che dovranno essere caricati sulla piattaforma;
- un indirizzo di posta elettronica certificata dove ricevere le notifiche relative ai diversi step del percorso di composizione e, altresì necessaria, per comunicare con i diversi soggetti coinvolti;
- uno dei sistemi di identificazione dell'identità digitale (SPID, CNS e CIE) richiesti per l'accesso alla piattaforma.

L'indirizzo di posta elettronica certificata diviene essenziale anche per l'attivazione delle cc.dd. "procedure di emergenza" ove il sistema informatico presenti malfunzionamenti, permanenti oltre le 24 ore. In tal caso, ove ricorra la ragione d'urgenza, sarà possibile inviare una comunicazione, all'indirizzo di posta elettronica certificata istituzionale della Camera di Commercio competente, corredata di tutte le informazioni necessarie.

In alternativa, potrà utilizzarsi l'invio di una raccomandata cartacea ovvero potrà essere presentata una comunicazione presso una delle sedi della Camera di Commercio referente. Attraverso la piattaforma telematica, i

⁵⁰ Le micro, piccole e medie imprese, infatti, sono quelle che in genere hanno una struttura contabile insufficiente e non riescono a formulare un piano di tesoreria a 6 mesi o ad un anno. Così, relativamente alla disciplina di cui al DL 118/2021, Panzani L. "Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid", 25.8.2021, www.dirittodellacrisi.it.

soggetti a vario titolo interessati al processo di risanamento possono accedere all'area riservata ove, a seconda dell'utilizzatore, le funzioni sono differenti.

4.3 SOGGETTI LEGITTIMATI AD ACCEDERE

Come anticipato, l'accesso all'area privata è consentito esclusivamente a quei soggetti interessati dal processo di risanamento, in forma differenziata e con diverse funzioni. In particolare, possono accedere all'area privata:

- il rappresentante legale dell'impresa. Questi, mediante l'area riservata potrà:
 - procedere con la presentazione dell'istanza;
 - allegare la documentazione richiesta dall'art. 17 co. 3 del DLgs. 14/2019, oltre al test pratico (anche se l'allegazione non è obbligatoria), unitamente ad ogni altra documentazione che si ritiene utile ad una migliore comprensione della situazione aziendale e del processo di risanamento che si intende perseguire;
 - procedere con la presentazione della richiesta di applicazione delle misure protettive del patrimonio ai sensi dell'art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019;
 - procedere con il deposito della dichiarazione di sospensione degli obblighi e delle cause di scioglimento ai sensi dell'art. 20 del DLgs. 14/2019;
 - informare adeguatamente e per iscritto degli atti di straordinaria amministrazione e di tutti i pagamenti che intende eseguire e che potrebbero non risultare coerenti con l'andamento delle trattative e con le prospettive di risanamento (art. 21 del DLgs. 14/2019);
 - avere accesso ad ogni altro dato e documento presente nella piattaforma salvo quelli che eventualmente l'esperto ritenga di voler mantenere riservati;
- i soggetti delegati e autorizzati dall'imprenditore (quali ad esempio il professionista, il collaboratore, il consulente), l'organo di controllo e il revisore, se in carica. Questi potranno prendere visione dell'istanza, procedere con la visualizzazione e il download di tutta la documentazione allegata alla stessa oltre che avere accesso ad ogni altro dato e documento presente nella piattaforma, salvo quelli che eventualmente l'esperto ritenga di voler mantenere riservati;
- il segretario generale della Camera di Commercio competente e i membri della commissione di cui all'art. 13 co. 6 del DLgs. 14/2019 che potranno avere accesso a tutte le istanze di loro competenza con relativa documentazione allegata senza, tuttavia, poterla scaricare. All'interno della piattaforma, in caso di conclusione della composizione, il segretario generale potrà inserire anche il provvedimento di archiviazione;
- l'esperto, attraverso l'area privata della piattaforma, potrà:
 - inserire l'accettazione della nomina ai sensi dell'art. 17 co. 4 del DLgs. 14/2019;
 - avere accesso all'intera documentazione allegata all'istanza e ad ogni altra informazione e dato presente sulla piattaforma;
 - avere accesso ai dati e alle informazioni disponibili presso la Centrale dei rischi della Banca d'Italia e le banche dati dell'Agenzia delle Entrate, dell'INPS e dell'Agente della Riscossione. Ciò è reso possibile grazie all'interoperabilità, introdotta con l'art. 14 del DLgs. 14/2019, tra la piattaforma telematica nazionale e le citate banche dati, allo scopo di accelerare l'avvio della procedura, semplificando le numerose allegazioni documentali richieste all'imprenditore in sede di accesso e l'acquisizione di informazioni da parte dello stesso esperto;
 - procedere con il censimento dei diversi soggetti interessati e partecipanti alle trattative attraverso l'immissione, in piattaforma, del loro indirizzo di posta elettronica certificata, se disponibile, o, in difetto, di un loro indirizzo di posta elettronica (sezione III § 8.9 del decreto dirigenziale 28.9.2021);
 - creare dei casseti digitali e degli spazi virtuali all'interno del fascicolo, ove saranno rese disponibili solo talune informazioni a favore di determinati soggetti preventivamente individuati e autorizzati con il consenso dell'imprenditore;
 - verificare periodicamente e nel corso delle trattative se vi sia stata la pubblicazione nel Registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive ex art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019;
 - segnalare per iscritto gli eventuali atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti potenzialmente in grado di pregiudicare l'interesse dei creditori e le prospettive di risanamento;
 - inserire la relazione con la quale si accerti che non sussista o che sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento dell'impresa, anche in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di suoi rami. Tale relazione dovrà essere ulteriormente comunicata all'imprenditore e, in caso di misure protettive ex art. 18 del DLgs. 14/2019, al Tribunale, mediante accesso al fascicolo telematico, affin-

ché questo possa pronunciarsi sulla conferma degli effetti e in ogni caso dichiararne la cessazione (sezione III § 2.8 del decreto dirigenziale 28.9.2021);

- raccogliere le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti in caso di cessione dell'azienda, dei rami o di singoli beni (sezione III § 12.2 del decreto dirigenziale 28.9.2021);
- inserire la relazione finale prevista dall'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019;
- inserire la determinazione del compenso ai sensi dell'art. 25-ter del DLgs. 14/2019;
- i creditori ed ogni altro soggetto espressamente invitato dal rappresentante legale o suoi delegati o dall'esperto col consenso dell'imprenditore. Questi potranno inserire le proprie posizioni creditorie e ogni altro dato e informazione che sia loro richiesta, mentre potranno avere accesso ai dati e alle informazioni contenute nel cassetto digitale per il quale hanno ricevuto autorizzazione.

4.4 INTEROPERABILITÀ DELLA PIATTAFORMA

Assume particolare rilievo la c.d. "interoperabilità" ossia il collegamento tra la piattaforma telematica nazionale e le altre banche dati, quali l'Agenzia delle Entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agente della Riscossione e la Centrale Rischi della Banca d'Italia (art. 14 co. 1 del DLgs. 14/2019).

L'esperto, infatti, previo consenso prestato dall'imprenditore, al fine di agevolare l'avvio ovvero la prosecuzione delle trattative con le parti interessate, potrà estrarre la documentazione e le informazioni necessarie attraverso le modalità di accesso stabilite dalle singole banche dati.

Inoltre, anche gli stessi creditori che accedono alla piattaforma di cui all'art. 13 del DLgs. 14/2019 potranno inserirvi le informazioni sulla propria posizione creditoria oltre ad ogni altro dato richiesto dall'esperto.

5 SEGNALAZIONI DELL'ORGANO DI CONTROLLO E DEI CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI

L'accesso alla composizione negoziata della crisi può essere preceduto dalla segnalazione operata dagli organi di controllo e rivolta all'organo amministrativo, circa l'esistenza delle condizioni di squilibrio di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019⁵¹.

In particolare, ai sensi dell'art. 25-octies del DLgs. 14/2019, l'organo di controllo è tenuto a segnalare, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza di uno squilibrio di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019.

È necessario, innanzitutto, che la segnalazione sia tempestiva. Ciò, da un lato, consente la rapida individuazione della situazione di squilibrio e, quindi, la conseguente individuazione delle opportune segnalazioni e, dall'altro, costituisce elemento di valutazione ai fini della responsabilità di cui all'art. 2407 c.c.

La segnalazione deve essere opportunamente motivata e trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione. Circa il suo contenuto, tale segnalazione contiene la fissazione di un congruo termine, comunque non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo è chiamato a notificare circa le iniziative intraprese per porre rimedio alla situazione di squilibrio.

Oltre la segnalazione, sull'organo di controllo è posto il dovere di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c. sull'andamento delle trattative che, unitamente alla tempestività della segnalazione, come sopra indicato, costituisce ulteriore elemento di valutazione della loro responsabilità.

L'organo di controllo non può comunque sostituirsi all'imprenditore ai fini del deposito dell'istanza.

Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati e comunicazioni degli intermediari finanziari

Oltre alle segnalazioni dell'organo di controllo, è introdotto nel DLgs. 14/2019 un nuovo sistema di segnalazioni a cura dei c.d. "creditori pubblici qualificati": Istituto nazionale della previdenza sociale, Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, Agenzia delle Entrate e Agenzia delle Entrate-Riscossione⁵².

⁵¹ Si veda il la precedente scheda a cura di Meoli M. "Adeguati assetti societari - Ruolo di amministratori e sindaci".

Si veda, sul tema, in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, il documento FNC "Il D.L. 118/2021 Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo", 4.11.2021. Inoltre, cfr. Meoli M., Nicotra A. "Ruolo proattivo dell'organo di controllo nella composizione negoziata della crisi", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 5.11.2021.

⁵² Cfr. Nicotra A. "Codice della crisi con segnalazioni rilevanti per l'accesso alla composizione", *Il Quotidiano del Commercialista*,

Per questi, in particolare, la segnalazione scatta per importi e ritardi diversi dello specifico debito. In particolare:

- per l'INPS, la segnalazione scatta in caso di ritardo superiore a 90 giorni per il versamento dei contributi previdenziali di ammontare superiore:
 - per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di 15.000,00 euro;
 - per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di 5.000,00 euro.
 Tali segnalazioni sono inviate nel termine di 60 giorni dal superamento degli importi indicati in relazione ai debiti accertati a decorrere dall'1.1.2022;
- per l'INAIL, la segnalazione scatta in caso di ritardo superiore a 90 giorni per il versamento di premi assicurativi scaduti e non versati superiori all'importo di 5.000,00 euro. Tali segnalazioni sono inviate nel termine di 60 giorni dal superamento degli importi indicati in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 15.7.2022, ossia dall'entrata in vigore del DLgs. 14/2019;
- per l'Agenzia delle Entrate, la segnalazione scatta in ragione dell'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'IVA, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21-bis del DL 78/2010 conv. L. 122/2010, superiore all'importo di 5.000,00 euro. Tali segnalazioni sono inviate nel termine di 60 giorni dalla presentazione delle comunicazioni dei dati delle liquidazioni periodiche e riguardano debiti risultanti dalle stesse a partire dal primo trimestre dell'anno 2022;
- per l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, la segnalazione scatta in ragione dell'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di 100.000,00 euro, per le società di persone, all'importo di 200.000,00 euro e, per le altre società, all'importo di 500.000,00 euro. Tali segnalazioni sono inviate nel termine di 60 giorni dal verificarsi delle condizioni di cui sopra e riguardano i carichi affidati all'Agente della Riscossione a decorrere dall'1.7.2022.

Le segnalazioni dovranno essere fatte per iscritto e contenere l'invito alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019.

La segnalazione dovrà essere inviata a mezzo PEC sia all'imprenditore sia, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale ove l'organo sia collegiale.

Pare opportuno evidenziare che, ai sensi dell'art. 25-*decies* del DLgs. 14/2019, le banche e gli altri intermediari finanziari hanno obblighi di comunicazione e (non di "segnalazione"), essendo tenuti a notificare sia l'imprenditore che l'organo di controllo, se esistenti, delle variazioni, revisioni ed eventuali revoche degli affidamenti.

Con l'accesso alla composizione negoziata della crisi, posta la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 12 del DLgs. 14/2019, l'imprenditore, con l'ausilio dell'esperto, avvia le trattative con le parti interessate. Alle trattative sono tenute a partecipare, in modo attivo ed informato, le banche, gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti.

Ai sensi dell'art. 16 co. 5 del DLgs. 14/2019⁵³, l'accesso alla composizione negoziata non costituisce, infatti, causa di sospensione o di revoca degli affidamenti, fatta salva la possibilità che questo sia richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale. In tal caso, è necessario che ne sia data comunicazione all'imprenditore evidenziando le ragioni sottostanti la decisione assunta.

6 MISURE PROTETTIVE

L'art. 18 del DLgs. 14/2019 disciplina le misure protettive per l'impresa che accede alla composizione negoziata della crisi.

Nella tabella che segue si elencano in sintesi le misure protettive previste.

Misure	Effetti
Azioni esecutive e cautelari	Divieto di inizio o prosecuzione

www.eutekne.info, 20.6.2022 e Nicotra A. "In Gazzetta Ufficiale il decreto correttivo del Codice della crisi", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 2.7.2022.

⁵³ Si tratta di una delle novità introdotte dal decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

Misure	Effetti
Fallimento e insolvenza	Blocco della dichiarazione di fallimento e dell'accertamento dello stato di insolvenza
Contratti pendenti	Divieto per i creditori di rifiutare l'adempimento
	Divieto di provocare la risoluzione del contratto
	Divieto di anticipare le scadenze
	Divieto di modifica in danno dell'imprenditore
Obblighi di riduzione del capitale per perdite	Sospensione
Causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale	Sospensione

L'imprenditore può chiedere l'applicazione delle misure protettive del patrimonio sia con l'istanza di nomina dell'esperto sia con successiva istanza presentata sempre attraverso la piattaforma telematica.

Gli effetti delle misure protettive decorrono dal giorno della pubblicazione della richiesta presso il Registro delle imprese unitamente all'accettazione della nomina da parte dell'esperto⁵⁴.

Da quel momento, i creditori interessati non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali l'attività di impresa viene esercitata. Analogamente, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione, salvo che questi non siano concordati con l'imprenditore. Tale divieto viene meno a decorrere dalla data di eventuale revoca ovvero cessazione delle misure protettive (art. 19 co. 8)⁵⁵. I creditori interessati dalle misure protettive, inoltre, non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza presso il Registro delle imprese⁵⁶.

Tuttavia, in seguito alle modifiche introdotte dal decreto correttivo, è previsto che i creditori possano, temporaneamente, sospendere l'adempimento dei contratti pendenti, a partire dalla data di pubblicazione dell'istanza di richiesta delle misure protettive e sino alla conferma delle stesse (art. 18 co. 5 del DLgs. 14/2019).

Ciò in ragione della possibilità che, a seguito del procedimento relativo alle misure protettive e cautelari discipli-

⁵⁴ L'accettazione della nomina da parte dell'esperto rappresenta condizione essenziale affinché le misure protettive dispieghino la propria efficacia (soggetta a successiva conferma da parte del Tribunale competente), poiché solo a partire da questo momento la composizione negoziata della crisi può dirsi effettivamente avviata. In tal senso si veda cfr. Trib. Palermo 26.11.2021, Trib. Brescia 2.12.2021 e Trib. Treviso 22.12.2021. Quest'ultima pronuncia evidenzia, altresì, come l'accettazione della nomina dell'esperto sia espressamente richiesta quale condizione per la conferma delle misure protettive e cautelari ma non anche per la contrazione di finanziamenti prededucibili. In questo caso, la norma si limita a prescrivere che sia l'imprenditore a farne richiesta e il Tribunale a verificarne la funzionalità rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. In merito a quest'ultimo aspetto, relativamente alla disciplina di cui al DL 118/201, cfr. Dentamaro A. "Composizione negoziata della crisi: mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10, primo comma, DL n. 118/2021. Brevi riflessioni", *www.dirittodellacrisi.it*, 28.2.2022.

⁵⁵ Si tratta di una novità introdotta con il decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

⁵⁶ Per alcuni approfondimenti relativi alla disciplina delle misure protettive e cautelari, in relazione al DL 118/2021, tra i numerosi contributi, si ricordano: Nicotra A., Pezzetta M. "Accesso alla composizione negoziata con limiti per le procedure pendenti", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 08.12.2021; Nigro T. "Le procedure concorsuali interferiscono con la composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 10.12.2021; Nicotra A., Pezzetta M. "Istanza di misure protettive nella composizione negoziata per bloccare il fallimento", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 10.1.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Autorizzazione ai finanziamenti prededucibili anche senza l'esperto", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 18.1.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Misure protettive efficaci erga omnes strumentali alla composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 20.1.2022; Nicotra A. "Misure protettive richieste dal debitore", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 3.2.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Decisivo il ruolo dell'esperto per le misure protettive", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 19.2.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Incerta l'efficacia erga omnes delle misure protettive", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 26.2.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Misure protettive circoscritte ai creditori colpiti" *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 28.2.2022; Nicotra A. "Misure protettive per il debitore in fase di pre-crisi o insolvenza reversibile", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 30.3.2022; Diana F. "Misure protettive non confermate in assenza di prospettive di risanamento", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 16.4.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Composizione negoziata incompatibile solo con l'insolvenza irreversibile", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 10.5.2022; Diana F. "Esclusa la conferma delle misure protettive per carenza documentale", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 16.5.2022.

nato dal successivo art. 19 del DLgs. 14/2019, la richiesta avanzata dall'imprenditore potrebbe essere anche oggetto di modifica o di revoca.

La piena disponibilità delle misure protettive, tra l'imprenditore e le parti interessate, è testimoniata, altresì, dalla possibilità che il primo possa richiedere che l'applicazione delle misure protettive non riguardi tutte le parti interessate ma siano limitate:

- a determinate iniziative poste in essere dai creditori a tutela dei propri diritti;
- a determinati creditori;
- a determinate categorie di creditori⁵⁷.

In ogni caso, sono esclusi dalle misure protettive i diritti dei lavoratori, che restano liberi di agire a tutela delle proprie pretese.

Le misure protettive investono, inoltre, le sentenze di apertura della liquidazione giudiziale e di accertamento dello stato di insolvenza che, a partire dal giorno di pubblicazione presso il Registro delle imprese dell'istanza di cui all'art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019, non potranno essere pronunciate⁵⁸. Tale protezione, tuttavia, viene meno nel caso in cui:

- le trattative siano giunte alla conclusione;
- l'istanza di composizione negoziata è stata archiviata;
- il Tribunale abbia disposto la revoca delle misure protettive.

In tema di misure cautelari e protettive, l'art. 54 co. 1 del DLgs. 14/2019 prevede la possibilità che il Tribunale, su istanza di parte, possa emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza.

Con riferimento a tale possibilità, nell'ambito della composizione negoziata della crisi e con riferimento alla richiesta e alla concessione delle misure protettive, si osserva che:

- sono fatti salvi i provvedimenti cautelari già concessi ai sensi dell'art. 54 co. 1 del DLgs. 14/2019 (art. 18 co. 4 ultimo periodo del DLgs. 14/2019);
- le misure cautelari di cui all'art. 54 co. 1 possono essere concesse anche dopo la pubblicazione dell'istanza di cui all'art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019, tenuto conto dello stato delle trattative e delle misure che, eventualmente, già concesse e confermate ai sensi dell'art. 19 del DLgs. 14/2019.

Con la richiesta di applicazione delle misure protettive, l'imprenditore è chiamato ad allegare anche una dichiarazione circa l'esistenza delle misure esecutive e cautelari disposte nei suoi confronti nonché l'aggiornamento della dichiarazione di cui all'art. 17 co. 3 lett. d) del DLgs. 14/2019.

All'imprenditore non è inibito alcun pagamento, ciò conferma che nella composizione negoziata non si realizza alcuno spossessamento, ma è concesso al debitore la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione ed anche di straordinaria amministrazione (previo il parere dell'esperto).

6.1 PROCEDIMENTO RELATIVO ALLE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI

Il procedimento di adozione delle misure protettive e cautelari è descritto all'art. 19 del DLgs. 14/2019.

L'efficacia delle misure è subordinata:

- alla presentazione del ricorso al Tribunale per ottenerne la loro conferma o modifica;
- all'adozione del decreto di fissazione dell'udienza nei successivi 10 giorni;
- alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 unitamente alla possibilità che si possa ragionevolmente perseguire il risanamento dell'impresa.

In particolare, l'imprenditore che formula l'istanza per le misure protettive, con ricorso presentato al Tribunale com-

⁵⁷ Sul tema il Trib. Catania 14.6.2022 ritiene che *"tanto per la misura cautelare (sospensione dei pagamenti), quanto per la misura protettiva (inibizione dell'azioni esecutive) non sono postulate le serie ragioni per cui queste, in una prospettiva di effettivo avvio di un complessivo percorso di risanamento, dovrebbero essere, rispettivamente, concesse e confermate selettivamente con riguardo solo a determinati creditori"*. Cfr. Pezzetta M. "Prospettive di risanamento funzionali alle misure protettive e cautelari", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 12.7.2022.

⁵⁸ Si veda Diana F. "Preclusa la dichiarazione di fallimento durante la composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 17.5.2022.

petente, ex art. 27 del DLgs. 14/2019, non oltre il giorno successivo a quello di pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto⁵⁹, è tenuto a chiedere la conferma o la modifica delle predette misure nonché, ove occorra, "l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative"⁶⁰.

Si ricorda inoltre che:

- entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'istanza presso il Registro delle imprese, l'imprenditore è tenuto a chiedere anche la pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento instaurato;
- l'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure protettive e, decorso inutilmente il termine di 30 giorni, l'iscrizione dell'istanza è cancellata dal Registro delle imprese.

Unitamente al ricorso al Tribunale, ai sensi dell'art. 19 co. 2 del DLgs. 14/2019, l'imprenditore deposita⁶¹:

- i bilanci degli ultimi 3 esercizi, ovvero, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi 3 periodi di imposta (lett. a);
- una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni prima del deposito del ricorso (lett. b);
- l'elenco dei creditori, individuando i primi 10 per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi PEC, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta non certificata per i quali sia verificabile o verificata la titolarità della singola casella (lett. c);
- un progetto di piano di risanamento che sia elaborato secondo le indicazioni contenute nella lista di controllo particolareggiata di cui al decreto dirigenziale 28.9.2021, unitamente ad un piano finanziario per i successivi 6 mesi e un prospetto delle iniziative che intende adottare (lett. d);
- un'autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa possiede i requisiti per essere risanata;
- l'accettazione dell'esperto, con il relativo indirizzo PEC.

Entro 10 giorni dal deposito del ricorso, il Tribunale fissa l'udienza – da tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza – con decreto che sarà notificato a cura del ricorrente con le modalità indicate dal Tribunale per garantire la celerità del procedimento⁶². Il ricorso, unitamente al decreto, dovrà essere notificato anche allo stesso esperto.

Gli effetti protettivi cessano:

- se il Tribunale verifica che il ricorso non è stato depositato nel termine *ex lege* (ad es. tardivamente). In tal caso, con decreto motivato, dichiara l'inefficacia delle misure protettive senza fissare l'udienza di cui sopra⁶³;
- se, nel termine di cui 10 giorni, il giudice non fissa l'udienza.

In entrambi i casi, tuttavia, è concesso all'imprenditore la possibilità di riproporre la domanda di accesso alle misure protettive e cautelari (art. 19 co. 3 ultimo periodo del DLgs. 14/2019)⁶⁴.

⁵⁹ Nella formulazione originaria contenuta nell'art. 7 del DL 118/2021, invece, il termine ultimo era "lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto".

La modifica è stata introdotta per effetto del decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83.

⁶⁰ Non è possibile, invece, che il ricorso di conferma contenga anche la richiesta di un successivo ampliamento delle misure protettive. In tal senso si veda cfr. Trib. Bergamo 22.4.2022.

⁶¹ Il mancato deposito della documentazione, unitamente al deposito del ricorso, se non sanato nei termini eventualmente concessi dal Tribunale comporta la successiva dichiarazione di inefficacia delle misure protettive. In tal senso cfr. Trib. Roma 24.12.2021, Trib. Milano 28.12.2021 e Trib. S.M. Capua Vetere 28.3.2022. Cfr. Diana F. "Esclusa la conferma delle misure protettive per carenza documentale", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 16.5.2022.

⁶² In tema di notifica alle parti interessate, la giurisprudenza di merito si è espressa a favore della necessità che sia garantito il contraddittorio e, a tal fine, che si proceda alla notifica del ricorso:

- ai creditori che abbiano intrapreso azioni esecutive e cautelari già in essere alla data di avvio della composizione;
- ai creditori che, sebbene alla data di presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata non si siano ancora attivati ma abbiano minacciato formalmente di farlo;
- ai 10 creditori più rilevanti per ammontare indicati nell'elenco allegato ai sensi dell'art. 17 co. 3 lett. c) del DLgs. 14/2019.

In tal senso, tra gli altri, si vedano: Trib. Roma 24.12.2021, Trib. Firenze 29.12.2021, Trib. Bergamo 19.1.2022, Trib. Roma 2.2.2022, Trib. Milano 24.2.2022, Trib. Bergamo 23.2.2022, Trib. Padova 25.2.2022 e Trib. Pescara 5.5.2022.

⁶³ Sul punto il Trib. Trani 21.3.2022 ha ritenuto che "la cancellazione dell'istanza di protezione nel caso di ricorso giurisdizionale tardivo dovrà essere eseguita una volta trascorso il termine di trenta giorni (dalla pubblicazione dell'istanza) onde consentire una sorta di *spatium deliberandi* all'imprenditore prima della fine del regime protettivo".

All'udienza il Tribunale:

- sente le parti interessate, i terzi i cui diritti risultano incisi dalle misure protettive e cautelari richieste⁶⁵, e l'esperto⁶⁶, chiamato ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare la buona conduzione e il buon esito delle trattative⁶⁷;
- nomina, se occorre, un ausiliario ex art. 68 c.p.c.;
- procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive.

È possibile, previa richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, individuare misure che siano limitate a fronteggiare determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o rivolte solo a determinati creditori o categorie di creditori.

La durata delle misure protettive e degli eventuali provvedimenti cautelari varia tra un minimo di 30 ed un massimo di 120 giorni, prorogabili dal giudice, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative.

La durata complessiva non può comunque superare 240 giorni.

Le misure protettive possono essere revocate o abbreviate dal giudice, in qualsiasi fase della procedura, su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, quando:

- non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative; ovvero,
- appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

In ogni caso, anche in assenza di sopravvenuti provvedimenti di revoca, le misure sono revocate dal Tribunale al momento della ricezione della relazione finale dell'esperto.

6.2 MISURE SOSPENSIVE

Ai sensi dell'art. 20 del DLgs. 14/2019, con l'istanza di nomina dell'esperto o con dichiarazione successivamente presentata, l'imprenditore "può dichiarare" che sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata:

- non si applicano nei suoi confronti gli artt. 2446 co. 2 e 3, 2447, 2482-bis co. 4, 5 e 6 e 2482-ter c.c.;
- non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 co. 1 n. 4 e 2545-duodecies c.c.

A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel Registro delle imprese e gli effetti di cui sopra decorrono dalla pubblicazione.

Se congiuntamente alla dichiarazione di sospensione, l'imprenditore ha depositato anche la richiesta delle misure protettive e cautelari di cui agli artt. 18 e 19 del DLgs. 14/2019, i relativi effetti cessano a partire dalla data di pubblicazione nel Registro delle imprese del provvedimento con il quale il Tribunale dichiara l'inefficacia delle misure protettive ovvero ne dispone la loro revoca (art. 20 co. 2 del DLgs. 14/2019)⁶⁸.

⁶⁴ Si tratta di una delle principali novità – rispetto al DL 118/2021 – introdotta per effetto del decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83. Si veda Diana F. "Nuovi rimedi per l'imprenditore in ritardo nella composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 4.7.2022.

⁶⁵ Rispetto alla formulazione antecedente del DL 118/2021, il decreto correttivo di cui al DLgs. 17.6.2022 n. 83 ha previsto all'art. 19 co. 4 che "il tribunale può assumere informazioni dai creditori indicati nell'elenco" dei creditori di cui al co. 2 lett. c) del medesimo art. 19.

⁶⁶ Si veda Nigro T. "Deposito della relazione scritta dell'esperto in sede di misure protettive", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 24.2.2022.

⁶⁷ Il perimetro di delibazione del Tribunale dovrebbe essere circoscritto alla verifica circa la sussistenza della disponibilità delle parti interessate ad intraprendere una trattativa indipendentemente dalla probabilità di raggiungere un accordo. Analogamente, spetterebbe al Tribunale di valutare la sussistenza "prima facie" dell'idoneità della proposta a perseguire il risanamento. Si vedano Trib. Viterbo 14.2.2022, Trib. Prato 22.4.2022 e Trib. Bergamo 22.4.2022. Cfr. Diana F. "Misure protettive non confermate in assenza di prospettive di risanamento", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 16.4.2022.

⁶⁸ La caducazione degli effetti sospensivi è, quindi, connessa alla sorte delle misure protettive richieste. Si tratta di una novità prevista dal decreto correttivo.

7 MISURE PREMIALI

Il ricorso alla procedura di composizione negoziata della crisi è incentivato da un sistema di misure premiali regolate dall'art. 25-*bis* del DLgs. 14/2019.

Si tratta, a ben evidenza, di misure premiali di natura fiscale che incidono, principalmente, sulla misura degli interessi e delle sanzioni dovute. In particolare, le premialità prevedono che:

- gli interessi sui debiti tributari sono ridotti alla misura legale dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto alla conclusione della composizione negoziata ai sensi dell'art. 23 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019 (co. 1);
- le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un preciso termine dalla comunicazione dell'ufficio, sono ridotte al minimo se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza di accesso alla procedura di composizione (co. 2);
- le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di cui all'art. 17 co. 1 del DLgs. 14/2019 e oggetto della composizione sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'art. 23 co. 2 del DLgs. 14/2019 (co. 3);
- in caso di pubblicazione nel Registro delle imprese del contratto o dell'accordo (art. 23 co. 1 lett. a) e c) del DLgs. 14/2019), l'Agenzia delle Entrate concede, su richiesta dell'imprenditore sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di 72 rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, IVA e IRAP non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori. Trova applicazione, in quanto compatibile, l'art. 19 del DPR 602/73. In tal caso, la sottoscrizione dell'esperto costituisce prova dell'esistenza della temporanea situazione di obiettiva difficoltà (co. 4);
- dalla pubblicazione nel Registro delle imprese del contratto e dell'accordo di cui all'art. 23 co. 1 lett. a) e c) del DLgs. 14/2019, o degli accordi di cui all'art. 23 co. 2 lett. b) del DLgs. 14/2019 si applicano gli artt. 88 co. 4-*ter*, e 101 co. 5 del DPR 917/86 (co. 5).

Tuttavia, occorre evidenziare che gli interessi e le sanzioni sono dovuti senza le riduzioni di cui ai commi 1 e 2, sopra indicate, nel caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata o nel caso di accertamento dello stato di insolvenza.

Allo stesso tempo, nell'ipotesi di cui all'art. 25-*bis* co. 4 del DLgs. 14/2019, l'imprenditore decade automaticamente dal beneficio della rateazione anche in caso di successivo deposito del ricorso ai sensi dell'art. 40 del DLgs. 14/2019 o in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale o della liquidazione controllata o di accertamento dello stato di insolvenza oppure in caso di mancato pagamento anche di una sola rata alla sua scadenza.

8 TRATTATIVE ED ESITI DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA

A seguito dell'accettazione dell'incarico, l'esperto è tenuto a convocare senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica.

Se le prospettive di risanamento sussistono, l'esperto incontra le parti interessate al processo di risanamento, prospetta le possibili strategie di intervento e indica i successivi incontri.

In base all'art. 16 del DLgs. 14/2019, l'obbligo di operare secondo buona fede e correttezza investe tutte le parti coinvolte durante la fase delle trattative nella procedura.

L'imprenditore, in particolare, ha il dovere di rappresentare la propria situazione in modo completo e trasparente, oltretutto all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare gli interessi dei creditori.

In generale, le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto, con obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative assunte o programmate e sulle informazioni acquisite.

Le parti sono tenute anche a dare riscontro tempestivo e motivato alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative.

Tale obbligo impatta in particolar modo sugli istituti bancari e sugli intermediari finanziari, in ragione del ruolo che normalmente essi ricoprono per il buon esito della negoziazione. È previsto, infatti, che le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti siano tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. Inoltre, in base al co. 5, secondo periodo, dell'art. 16 del DLgs. 14/2019 l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore, salvo quanto previsto dalla disciplina di vigilanza prudenziale.

8.1 FORMULAZIONE DELLE PROPOSTE ALLE PARTI INTERESSATE

Le proposte da formulare alle parti interessate dalla composizione devono essere strutturate ed articolate dall'imprenditore perseguendo l'equilibrio tra i sacrifici richiesti a ciascuna parte, la proporzione al grado di esposizione al rischio e alle utilità derivanti dalla continuità aziendale dell'impresa.

Le proposte devono essere idonee al rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo, salve le disposizioni speciali.

L'Allegato 1 del decreto dirigenziale fornisce esemplificazioni di proposte indirizzate ai creditori come: fornitori strategici, locatori, Agenzia delle Entrate, INPS, banche e intermediari finanziari, nonché per talune parti interessate, come soci, società del gruppo e clienti.

Nella tabella che segue sono indicate alcune delle possibili proposte indirizzate ai suddetti creditori⁶⁹.

INDICAZIONI PER LA FORMULAZIONE DELLE PROPOSTE ALLE PARTI INTERESSATE¹

Il presente documento reca indicazioni ad uso dell'imprenditore per la formulazione di proposte alle parti interessate. L'individuazione delle proposte è puramente esemplificativa e la scelta tra di esse terrà conto della possibile rilevanza per la parte interessata delle utilità derivanti dalla continuità aziendale dell'impresa e delle conseguenze in caso di insolvenza.

1. Soci e altre società del gruppo

Ai soci possono essere proposte, subordinatamente alla conclusione degli accordi con le altre parti interessate:

- l'effettuazione di nuovi conferimenti, in particolare quando i soci abbiano rilasciato garanzie personali ai creditori e questi ultimi siano disponibili a liberarli a fronte dell'effettuazione del conferimento;
- l'erogazione di finanziamenti prededucibili nel corso della composizione negoziata o ad esito della stessa, subordinatamente all'autorizzazione di cui all'art. 22;
- la sottoscrizione di finanziamenti e prestiti obbligazionari subordinati;
- l'erogazione di finanziamenti con esclusione della postergazione alle condizioni di cui all'art. 25;
- il consenso alla conversione, da parte dei creditori, di parte dei crediti vantati in capitale sociale o in strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 del codice civile. Il rapporto di conversione costituisce un elemento della trattativa con i creditori interessati.

2. Fornitori strategici e fornitori più rilevanti

Ai fornitori nei cui confronti l'impresa presenta le maggiori esposizioni possono essere proposti:

- la rateazione dello scaduto;
- lo stralcio parziale del debito con eventuali ristori volti a restituire al creditore parte dello stralcio al superamento di obiettivi di redditività puntualmente predefiniti (*earn-out*), anche a fronte della mitigazione del sacrificio del fornitore con i risparmi d'imposta, ricorrendone le condizioni, derivanti dalla svalutazione del credito con gli effetti di cui all'art. 101, quinto comma, del Testo Unico delle imposte sui redditi;
- la conversione parziale o totale in capitale sociale e in strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 del codice civile o in una partecipazione al capitale sociale.

Ai fornitori strategici di merci essenziali per l'attività può essere proposta, in luogo di contratti di fornitura, la stipula di contratti estimatori. Il che presuppone l'individuazione di presidi organizzativi, anche informatici, atti ad accertare l'esistenza dei beni oggetto del contratto.

In caso di presenza di contratti di durata o ad esecuzione differita, qualora le condizioni economiche siano di-

⁶⁹ L'Allegato contenuto nel decreto dirigenziale 28.9.2021 reca l'indicazione della vecchia disciplina di cui al RD 267/42, per cui si è proceduto ad aggiornare i richiami normativi alla luce delle disposizioni contenute nel DLgs. 14/2019.

venute – anche solo temporaneamente – eccessivamente onerose, può essere proposta una rinegoziazione in modo tale da ripristinare, per il tempo necessario, la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

3. Locatori ed affittanti

Ai locatori e agli affittanti, qualora i valori di mercato, anche per effetto della pandemia Covid-19 e delle trasformazioni dalla stessa indotte, risultassero inferiori rispetto a quelli contrattuali, o quando il locatario e l'affittuario abbiano subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, legata alla crisi pandemica, può essere proposta una rinegoziazione del canone.

4. Agenzia delle Entrate

All'Agente per la riscossione, in seguito alla notifica della cartella di pagamento o alla ricezione del carico da accertamento esecutivo/avviso di addebito (c.d. "avvisi bonari"), può essere richiesta la dilazione in presenza dei presupposti di cui all'art. 19, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 ed è concedibile fino ad un massimo di 72 rate mensili elevabile a 120 in caso di comprovata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica, come disciplinata dal decreto del ministero dell'economia e delle finanze 6 novembre 2013.

L'imprenditore può inoltre avvalersi della misura prevista dall'art. 25-bis, co. 4, per la dilazione dei tributi non ancora iscritti a ruolo o oggetto di c.d. "avvisi bonari".

Ove si renda necessario, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, procedere ad una transazione fiscale, il trattamento proposto deve risultare più conveniente per il creditore rispetto al risultato della liquidazione.

5. INPS

All'istituto nazionale della previdenza sociale può essere richiesto il pagamento in forma dilazionata della esposizione debitoria per contributi e sanzioni ai sensi del "Regolamento di Disciplina delle Rateazioni dei debiti contributivi in fase amministrativa" di cui alla circolare INPS 12 luglio 2013, n. 108 emanata in attuazione delle determinazioni del Presidente dell'Istituto 14 dicembre 2012, n. 229 e 9 maggio 2013, n. 113 alla circolare INPS 12 luglio 2013, n. 108.

Ove si renda necessario, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, procedere ad una transazione fiscale, il trattamento proposto deve risultare più conveniente per il creditore rispetto al risultato della liquidazione.

6. Banche e intermediari finanziari

Le proposte che possono essere formulate alle banche ed agli intermediari finanziari dipendono: i) dalle caratteristiche degli affidamenti; ii) dalle dimensioni dell'esposizione nei confronti della singola banca²; iii) dal grado di rischio al quale è esposta la singola banca³; iv) dalla classificazione dell'esposizione; v) dalla svalutazione operata.

6.1. Per le linee di credito per affidamenti di cassa, sono prospettabili:

- i. la conferma con rinnovo automatico su base annuale sottoposto al rispetto di *covenants* (parametri finanziari) prefissati;
- ii. il consolidamento (totale o parziale), trasformando l'utilizzo in un finanziamento di cassa a medio-lungo termine;
- iii. la conversione in conferimenti di strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 c.c.;
- iv. lo stralcio parziale con eventuale ristoro al superamento di obiettivi di redditività puntualmente prefiniti (*earn-out*).

6.2. Per linee di credito assistite da anticipi su crediti commerciali, sono prospettabili:

- i. la conferma con rinnovo automatico su base annuale sottoposto al rispetto di parametri finanziari (*covenants*) prefissati;
- ii. in presenza di deterioramento dei crediti commerciali sottostanti che ha cagionato il venir meno della loro caratteristica autoliquidante, il consolidamento (totale o parziale) con trasformazione dell'utilizzo della linea di credito in un finanziamento di cassa a medio-lungo termine;
- iii. il consolidamento potrebbe essere previsto anche per le linee c.d. "autoliquidanti non deteriorate", al fine di liberare crediti e consentire nuove risorse finanziarie per la continuità. Occorre però che alla banca venga riconosciuta una priorità nell'ordine della distribuzione dei flussi finanziari disponibili (*waterfall*).

6.3. Per le linee di firma (destinate al rilascio di garanzie fideiussorie), sono prospettabili:

- i. la loro conferma;
- ii. il contenimento dell'affidamento di quanto occorrente previsto nel piano, con rinnovo annuale per tutta la durata del piano, previo il rispetto dei parametri finanziari (*covenants*).

6.4. Per i finanziamenti a medio-lungo termine senza garanzia collaterale, è prospettabile la ridefinizione del piano di rimborso in modo da allineare il fabbisogno finanziario che ne deriva alla capacità di generazione di cassa prevista dal piano, prevedendo eventualmente un periodo di moratoria (pre-ammortamento) per il pagamento delle rate. Tale ridefinizione⁴ può avere luogo alternativamente mediante:

- i. l'allungamento dei periodi di ammortamento;
- ii. la revisione delle modalità di rimborso con rimodulazione del piano di ammortamento in un piano a rate progressivamente crescenti e l'eventuale introduzione di una maxi-rata finale oppure con la previsione di un'unica rata (*bullet*) a fine piano.

6.5. Per i contratti di *leasing*, sono prospettabili:

- i. il loro riscadenziamento con l'ottenimento di un periodo di moratoria (pre-ammortamento) compatibile con la generazione di cassa prevista nel piano;
- ii. il pagamento parziale con stralcio della parte residua.

6.6. Per tutte le linee possono essere proposti:

- i. la revisione del tasso di interesse con clausole di ristoro volte a restituire parte della riduzione degli interessi al superamento di obiettivi di redditività puntualmente predefiniti (*earn-out*);
- ii. il rimborso dell'indebitamento bancario al solo verificarsi di determinati eventi o risultati. In tal caso, potrebbe essere opportuno introdurre meccanismi (c.d. "*cash sweep*") che comportino il rimborso anticipato dei debiti mediante distribuzione, oltre una soglia di sicurezza, delle eccedenze di cassa e dei proventi netti generati dalla dismissione di beni aziendali eccedenti.

6.7. Sussistendone le condizioni presso la banca erogante, può essere proposta la concessione di finanziamenti prededucibili autorizzati ai sensi dell'art. 22, sia nel corso della composizione negoziata che in seguito a contratto o accordo di cui all'art. 23, co. 1 o in esecuzione di accordi di ristrutturazione di cui all'art. 23, co. 2.

7. Clienti

Ai clienti per i quali l'imprenditore riveste un ruolo strategico può essere proposta:

- i. l'abbreviazione dei termini di pagamento contrattualmente previsti;
- ii. la concessione di acconti all'ordine;
- iii. la conversione dei contratti di fornitura in contratti di conto lavoro (con la messa a disposizione direttamente da parte del cliente della materia prima e dei semilavorati occorrenti per il ciclo produttivo);
- iv. la partecipazione al capitale sociale, a fronte della designazione di un membro nel consiglio di amministrazione.

8. Rapporti di lavoro subordinato

Nel rispetto di quanto previsto all'art. 4, co. 3 del DLgs. 14/2019, delle procedure di informazione e consultazione ove previste dalla legge o dai contratti collettivi, e della disciplina giuslavoristica vigente, potranno essere proposte:

- i. modifiche organizzative;
- ii. la modifica dell'inquadramento;
- iii. la revisione del sistema premiale;
- iv. la revisione del sistema retributivo;
- v. una valutazione preliminare su eventuali piani di riordino e/o riduzione dei dipendenti, anche tramite incentivi all'esodo, evidenziando le modalità di attuazione (ad es. contratto di espansione) nel rispetto della normativa vigente.

1 Tratto dall'Allegato 1 del decreto dirigenziale 28.9.2021

2 Ad esempio, la conversione in strumenti finanziari partecipativi potrebbe non essere prospettabile, per le complessità derivanti alla banca dalla valutazione periodica dello strumento.

- 3 Ad esempio, il consolidamento di esposizioni autoliquidanti, i cui crediti sottostanti non presentano anomalie, comporta l'assunzione di un rischio ulteriore.
- 4 Per i finanziamenti a medio-lungo termine garantiti, le possibilità del loro riscadenamento sono inversamente proporzionali al grado di liquidabilità della garanzia che li assiste.

Preso atto del debito individuato dall'imprenditore e dei flussi economico-finanziari risultanti dal piano di risanamento – redatto prima o durante la composizione negoziata dall'imprenditore e da questi destinati al servizio del debito – l'esperto, nella prospettiva dell'individuazione di una delle soluzioni previste all'art. 23, sollecita la formulazione di proposte concrete da parte dell'imprenditore e delle parti interessate.

Chief Restructuring officer - CRO

Per favorire la negoziazione, l'esperto può proporre che venga nominato, d'accordo tra le parti, un soggetto indipendente, dotato di adeguata competenza, responsabile del processo di risanamento in fase di esecuzione (CRO - *chief restructuring officer*) e con il compito di monitorare l'attuazione del piano di risanamento ed il rispetto degli accordi raggiunti.

La nomina del CRO – secondo il decreto dirigenziale, sez. III, punto 9 – risulta particolarmente opportuna quando siano previsti, a fronte dei sacrifici ai creditori, ristori verso tali soggetti condizionati dal raggiungimento di risultati reddituali o finanziari prefissati (*earn-out*), ovvero quando siano assegnati ai creditori strumenti finanziari partecipativi (SFP) di cui all'art. 2346 c.c.

Cessione d'azienda

Se la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori possono essere assicurati unicamente mediante la cessione dell'azienda o di rami di essa, le parti avranno la possibilità di derogare agli effetti dell'art. 2560 co. 2 c.c., previa autorizzazione del giudice.

In mancanza di offerte vincolanti ad importo predefinito, è opportuno che l'imprenditore, nel formulare le proposte ai creditori, preveda clausole di salvaguardia (ad esempio, clausole di *earn-in/pari passu*, regole di *waterfall*, clausole di infallibilità o *pactum de non petendo*) per fronteggiare il rischio che i valori effettivamente realizzati siano inferiori a quelli attesi.

Per la cessione dell'azienda o di suoi rami è preferibile dar corso a procedure competitive, anche mediante gli strumenti (ad esempio, *data room* virtuale e raccolta delle offerte su sezione secretata) previsti dalla piattaforma telematica.

8.2 GESTIONE DELL'IMPRESA IN PENDENZA DELLE TRATTATIVE

Nel corso delle trattative della composizione negoziata, a norma dell'art. 21 del DLgs. 14/2019, la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa resta prerogativa dell'imprenditore, il quale dovrà operare in modo da evitare un pregiudizio alla sostenibilità economica e finanziaria della stessa⁷⁰.

La prospettiva del pregiudizio e dell'interesse prevalente da tutelare si sposta sui creditori quando, nel corso della composizione, sebbene l'imprenditore sia insolvente, esistono concrete prospettive di risanamento.

Benché conservi la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, l'imprenditore è tenuto ad informare preventivamente l'esperto per:

- il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, nonché
- l'esecuzione dei pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento⁷¹.

⁷⁰ Secondo il decreto dirigenziale, sez. III, punto 7.5, non vi è di norma un pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso venga compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono).

Con le trattative in corso e sussistendo concrete prospettive di risanamento, la gestione, in caso di insolvenza, dovrà avvenire nel prevalente interesse dei creditori.

⁷¹ Sul tema, relativamente alla disciplina di cui al DL 118/2021, si veda Greggio M. "La gestione dell'impresa nel corso delle trattative", in "La crisi d'impresa. Come utilizzare al meglio la composizione assistita", Guida giuridica a cura di Pollio M., *Italia Oggi*, 25.10.2021 n. 10, p. 208 ss.

In via esemplificativa, rientrano tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione:

- le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda;
- la concessione di garanzie;
- i pagamenti anticipati delle forniture;
- la cessione *pro soluto* di crediti;
- l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate;
- la rinuncia alle liti e le transazioni;
- le ricognizioni dei diritti dei terzi;
- il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni;
- l'effettuazione di significativi investimenti;
- i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate;
- la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale;
- gli atti dispositivi in genere.

Particolare attenzione dovrà essere prestata ai pagamenti diversi da quelli aventi ad oggetto:

- retribuzioni a dipendenti;
- provvigioni ad agenti e compensi a collaboratori coordinati e continuativi;
- debiti fiscali e contributivi;
- debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi;
- rate di mutuo e canoni di *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti.

Inoltre, è necessario prestare attenzione a tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento implichi la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.

Se l'esperto ritiene che l'atto da compiersi possa pregiudicare i creditori, le trattative o le prospettive di risanamento, segnala il proprio dissenso, attraverso la piattaforma telematica, per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

Se l'atto viene compiuto nonostante la segnalazione, l'imprenditore informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi 10 giorni, ha facoltà di iscrivere il proprio dissenso nel Registro delle imprese. L'iscrizione del dissenso, tuttavia, diventa obbligatoria – rispondendo all'esigenza di informare i creditori del compimento dell'atto ritenuto dannoso – se l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori.

In presenza di misure protettive o cautelari, l'esperto che abbia iscritto il proprio dissenso nel Registro delle imprese procede anche alla segnalazione ai fini della loro revoca (art. 19 co. 6 del DLgs. 14/2019).

8.3 AUTORIZZAZIONI DEL TRIBUNALE E ATTIVITÀ DELL'ESPERTO

Su richiesta dell'imprenditore, il Tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, a norma dell'art. 22 del DLgs. 14/2019, può autorizzare⁷²:

- a contrarre finanziamenti prededucibili *ex art.* 6 del DLgs. 14/2019⁷³;
- a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'art. 6;
- una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese, di cui all'art. 25 del DLgs. 14/2019, a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi del citato art. 6;
- a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560 co. 2 c.c., dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate⁷⁴ al fine di tutelare gli interessi coinvolti. Resta ferma la disciplina di cui all'art. 2112 c.c.⁷⁵.

⁷² Per un approfondimento sul tema, si veda Nastri A. "Le autorizzazioni del Tribunale nella composizione negoziata della crisi", www.dirittodellacrisi.it, 23.3.2022.

⁷³ Sul tema dei finanziamenti prededucibili si veda Dentamaro A. "La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa *ex D.L. 118/2021*", www.dirittodellacrisi.it, 12.10.2021.

⁷⁴ Per parti interessate dovrebbe intendersi non solo l'esperto ed i principali creditori anteriori, ma anche soggetti diversi che possono comunque vantare, a vario titolo, un interesse coinvolto nel trasferimento e del quale il Tribunale deve assicurare la tutela. Il riferimento è rivolto, anzitutto, alle organizzazioni sindacali, ma probabilmente, in relazione alle circostanze del caso concreto, anche

Qualora venga sentito dal Tribunale in occasione della richiesta del debitore (di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata), l'esperto – ai fini della valutazione circa l'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale – valuterà se i finanziamenti:

- siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti;
- consentano di ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC), evitando la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti.

Inoltre, l'esperto dovrà tener conto della necessità che il finanziamento non pregiudichi la migliore soddisfazione dei creditori ed in particolare della circostanza:

- che ci si attenda un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; ovvero,
- in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni).

Se è richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'art. 23 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019, l'esperto potrà tenere conto, altresì, delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei predetti finanziamenti.

Nell'ipotesi di cessione dell'azienda o di suoi rami, l'esperto rappresenterà all'imprenditore l'utilità del ricorso a procedure competitive⁷⁵ per la selezione dell'acquirente anche a tutela dei creditori.

All'esperto potrà essere richiesto di:

- individuare il perimetro dell'azienda o di suoi rami ritenuto idoneo per il miglior realizzo;
- fornire indicazioni all'imprenditore per organizzare la raccolta delle manifestazioni di interesse (a tal fine potrà essere utilizzata la piattaforma telematica);
- dare corso alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati, anche attraverso procedure competitive, raccogliendo le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti (anche a tal fine potrà essere utilizzata la piattaforma);
- se richiesto, esprimere il proprio parere sulle manifestazioni di interesse e le offerte ricevute.

Le offerte devono avere contenuto determinato, essere vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie.

Nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell'art. 2560 co. 2 c.c., l'esperto potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità di individuazione dell'acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal Tribunale.

Inoltre, l'esperto è tenuto ad informare il Tribunale se l'acquirente dell'azienda o di suoi rami sia una parte correlata dell'imprenditore.

8.4 RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI

L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se risulta alterato l'equilibrio del rapporto a seguito di circostanze sopravvenute.

Nel corso delle trattative, le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni.

Si fa presente, inoltre, che l'art. 46 del DLgs. 83/2022 ha modificato la disposizione di cui all'art. 10 del DLgs.

alle amministrazioni locali ed alle associazioni di categoria. Così, relativamente alla disciplina di cui al DL 118/2021, D'Attore G. "Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata", *www.dirittodellacrisi.it*, 5.11.2021.

⁷⁵ Sul tema, si vedano cfr. Pagni I., Fabiani M. "La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)", *www.dirittodellacrisi.it*, 2.11.2021 e cfr. Pezzetta M. "Cessione d'azienda senza responsabilità solidale nella composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 25.10.2021.

⁷⁶ Si veda Nigro T. "Cessione d'azienda con procedure competitive nella composizione negoziata", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 22.3.2022.

118/2021, senza tuttavia abrogarla. Nella nuova formulazione, espunto il co. 1, il co. 2 recita: *"L'esperto di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente"*.

Al successivo comma 3 è previsto che il procedimento di cui sopra: *"si svolge innanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento"*.

8.5 CONCLUSIONE DELLE TRATTATIVE

La composizione negoziata può avere diversi sbocchi, che vengono enunciati dall'art. 23 del DLgs. 14/2019.

Precisamente, se è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 le parti, a norma dell'art. 23 del DLgs. 14/2019, possono, alternativamente:

- concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti (premiali) di cui all'art. 25-*bis* del DLgs. 14/2019 se, in base alla relazione finale dell'esperto di cui all'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019, tale accordo è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni;
- concludere una convenzione di moratoria *ex art.* 62 del DLgs. 14/2019;
- concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 166 co. 3 lett. d) del DLgs. 14/2019, senza necessità dell'attestazione prevista dalla predetta norma. In tal caso, è la stessa sottoscrizione dell'accordo da parte dell'esperto che dovrà dare atto che il piano di risanamento appare coerente con il superamento della situazione di crisi o di insolvenza.

All'esito delle trattative, è possibile altresì domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61 del DLgs. 14/2019.

Peraltro, se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto la percentuale di cui all'art. 61 co. 2 lett. c), è ridotta dal 75 al 60%. Solo in queste ultime ipotesi – secondo il decreto dirigenziale (sez. III, punto 9) – è possibile contemplare anche una transazione fiscale e previdenziale *ex art.* 63 del DLgs. 14/2019, sussistendone i presupposti.

Infine, l'imprenditore, in alternativa, può:

- predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'art. 56 del DLgs. 14/2019;
- all'esito delle trattative, proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-*sexies* del DLgs. 14/2019;
- accedere ad una delle procedure disciplinate dal DLgs. 14/2019, dal DLgs. 270/99 o dal DL 347/2003, conv. L. 39/2004;
- accedere, per l'imprenditore agricolo, agli strumenti di cui all'art. 25-*quater* co. 4 del DLgs. 14/2019, ossia proporre domanda di concordato minore (*ex art.* 74 del DLgs. 14/2019), di liquidazione controllata dei beni (art. 268 del DLgs. 14/2019), di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 25-*sexies* del DLgs. 14/2019) e domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61 del DLgs. 14/2019.

8.6 CONSERVAZIONE DEGLI EFFETTI

In base all'art. 24 del DLgs. 14/2019, gli atti autorizzati dal Tribunale *ex art.* 22 del DLgs. 14/2019 conservano i propri effetti se successivamente intervengono⁷⁷:

- un accordo di ristrutturazione dei debiti o un concordato preventivo omologato;

⁷⁷ Per un approfondimento si veda, in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, Greggio M. "La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale", *www.dirittodellacrisi.it*, 9.2.2022.

- un piano di ristrutturazione omologato *ex art. 64-bis* del DLgs. 14/2019⁷⁸;
- la liquidazione giudiziale;
- la liquidazione coatta amministrativa;
- l'amministrazione straordinaria;
- il (nuovo) concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-*sexies* del DLgs. 14/2019.

Inoltre, sono esenti da revocatoria, *ex art. 166 co. 2* del DLgs. 14/2019, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con le trattative e con le prospettive di risanamento al momento in cui sono stati compiuti.

Gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle revocatorie di cui agli artt. 165 e 166 del DLgs. 14/2019, se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel Registro delle imprese, ovvero se il Tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione.

Resta in ogni caso ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.

Non si applicano, invece, le disposizioni di cui all'art. 322 co. 3 del DLgs. 14/2019 (bancarotta fraudolenta) e all'art. 323 del DLgs. 14/2019 (bancarotta semplice):

- ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto *ex art. 17 co. 5* del DLgs. 14/2019 e sempre che non sia stato iscritto il dissenso dell'esperto a norma dell'art. 21 co. 4 del DLgs. 14/2019;
- ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal Tribunale *ex art. 22* del DLgs. 14/2019.

9 COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER I GRUPPI DI IMPRESE

L'accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi è consentito anche ai gruppi di imprese *ex art. 25* del DLgs. 14/2019⁷⁹.

Ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. h) del DLgs. 14/2019, il "gruppo di imprese" è definito come l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli artt. 2497 e 2545-*septies* c.c., esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica.

A tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata:

- dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci;
- dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto.

Accesso alla composizione negoziata

Più imprese appartenenti al medesimo gruppo, aventi ciascuna la sede legale nel territorio dello Stato, che si trovano nelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza (art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019), possono chiedere al segretario generale della CCIAA la nomina dell'esperto *ex art. 12 co. 2* del DLgs. 14/2019, secondo le modalità di cui all'art. 13 del DLgs. 14/2019.

L'istanza è presentata alla CCIAA ove è iscritta:

- la società o l'ente, con sede nel territorio dello Stato, che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497-*bis* c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento; ovvero, in mancanza,
- l'impresa con sede nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'art. 2424 c.c. in base all'ultimo bilancio approvato ed inserito nella piattaforma telematica.

⁷⁸ Per l'esame della nuova disciplina si rinvia alla successiva scheda a cura di Nicotra A., Pezzetta M. "Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e transazione".

⁷⁹ Cfr. Nicotra A., Pezzetta M. "Composizione negoziata e misure protettive per i gruppi di imprese", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 26.4.2022; Nicotra A., Pezzetta M. "Composizione negoziata dei gruppi di imprese con prassi procedurale", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 13.6.2022.

L'imprenditore è tenuto ad inserire nella piattaforma telematica, oltre alla documentazione indicata nell'art. 17 co. 3 del DLgs. 14/2019, una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali, l'indicazione del Registro delle imprese o dei Registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità *ex art. 2497-bis c.c.* e il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.

Quando le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentano più istanze di accesso alla procedura, gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori con i quali sono in corso le trattative, possono proporre lo svolgimento della composizione negoziata in modo unitario o per più imprese appositamente individuate.

La composizione, in tal caso, prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati ovvero, in difetto di designazione, con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

Nella conduzione delle trattative e nella valutazione delle operazioni infragruppo l'esperto dovrà tenere conto dell'interesse dei creditori delle singole imprese del gruppo.

L'esperto assolve ai compiti di cui all'art. 12 co. 2 del DLgs. 14/2019 in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza, salvo che lo svolgimento congiunto non renda eccessivamente gravose le trattative.

In tal caso, può decidere che le trattative si svolgano singolarmente per le imprese.

Nella valutazione dell'opportunità o meno della trattazione unitaria, l'esperto terrà conto della coincidenza e della contrapposizione degli interessi delle parti interessate alle diverse imprese, delle reciproche conseguenze tra le singole imprese in caso di discontinuità aziendale di una di esse, nonché dei rapporti economici, finanziari e patrimoniali infragruppo.

Le imprese partecipanti al gruppo, che non si trovano nelle condizioni di squilibrio di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 possono – anche su invito dell'esperto – partecipare alle trattative (art. 25 co. 6 del DLgs. 14/2019).

Per quanto concerne le misure protettive e cautelari di cui agli artt. 18 e 19 del DLgs. 14/2019 queste sono adottate dal Tribunale competente ai sensi dell'art. 27 del DLgs. 14/2019 rispetto:

- alla società o all'ente che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497-*bis c.c.*, esercita l'attività di direzione e coordinamento; ovvero, in mancanza;
- all'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria.

Nell'ambito della composizione negoziata che coinvolge un gruppo di imprese, i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate o sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'art. 12 co. 1 del DLgs. 14/2019 sono esclusi dalla postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies c.c.*, sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'art. 21 co. 2 del DLgs. 14/2019 e che costui, dopo avere segnalato che l'operazione è in grado di recare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso ai sensi dell'art. 21 co. 4 del DLgs. 14/2019.

Al termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti di cui all'art. 23 co. 1 del DLgs. 14/2019, o accedere separatamente o in via unitaria alle soluzioni di cui all'art. 23.

10 COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER LE IMPRESE SOTTO SOGLIA

L'accesso alla procedura negoziata di composizione della crisi è consentito anche alle c.d. "imprese minori" di cui all'art. 2 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019⁸⁰ e per le quali, congiuntamente, ricorrono i requisiti di cui all'art. 12 del DLgs. 14/2019, ossia sussistano le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento.

L'istanza è presentata, unitamente ai soli documenti di cui all'art. 17 co. 3 lett. a), c) d), e), f), g) e h) del DLgs. 14/2019, nelle forme previste dall'art. 17 co. 1 del DLgs. 14/2019, al segretario generale della CCAA nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa.

⁸⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019, l'impresa minore è definita come "l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della Giustizia adottato a norma dell'art. 348".

La nomina dell'esperto avverrà a cura del segretario generale al quale è stata presentata l'istanza.

Alla procedura per le imprese "sotto soglia" trovano applicazione, nei limiti di compatibilità, le disposizioni di cui agli artt. 12, 13 co. 1, 2, 3, e 4, 5 e 9, 14, 15, 16, 17 co. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, 18, 19, 20, 21, 22, 24 co. 3 e 4, 25, 25-bis, 25-ter, 25-quinquies, 25-sexies, 25-septies e 25-octies del DLgs. 14/2019.

Entro tali limiti, quindi, trova applicazione anche per le "imprese minori" la disciplina:

- dell'iscrizione all'elenco degli esperti e degli obblighi formativi;
- delle misure protettive e cautelari;
- degli atti sottoposti a regime autorizzatorio in pendenza della procedura;
- della rinegoziazione dei contratti;
- delle misure premiali;
- del compenso dell'esperto.

Anche per l'impresa minore valgono i limiti di accesso alla composizione negoziata di cui all'art. 25-quinquies del DLgs. 14/2019, tra cui l'aver depositato domanda di accesso al concordato minore di cui all'art. 74 del DLgs. 14/2019.

Conclusione delle trattative

Quando al termine delle trattative è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio di cui al co. 1 dell'art. 25-*quater*, le parti possono, alternativamente:

- concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi ed idoneo ad assicurare la continuità aziendale, oppure con il contenuto della convezione di moratoria di cui all'art. 62 del DLgs. 14/2019;
- concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto idoneo a produrre gli effetti di cui all'art. 25-bis del DLgs. 14/2019, senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo.

Se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere alcun accordo, l'imprenditore può:

- proporre domanda di concordato minore *ex art.* 74 del DLgs. 14/2019;
- chiedere la liquidazione dei beni ai sensi dell'art. 268 del DLgs. 14/2019;
- proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-sexies del DLgs. 14/2019;
- per la sola impresa agricola, richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex artt.* 57, 60 e 61 del DLgs. 14/2019.

Anche per le imprese minori, gli atti autorizzati dal Tribunale *ex art.* 22 del DLgs. 14/2019 conservano i propri effetti anche se successivamente interviene un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato minore omologato, l'apertura della liquidazione controllata o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-sexies del DLgs. 14/2019 omologato.

CONCORDATO SEMPLIFICATO PER LA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Gli artt. 25-*sexies* e 25-*septies* del DLgs. 14/2019 regolano la nuova procedura del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, utilizzabile come sbocco della procedura di composizione negoziata della crisi.

2 CARATTERISTICHE DELLA NUOVA DISCIPLINA

Il concordato semplificato è lo strumento a cui può accedere l'imprenditore, anche sotto soglia, che ha seguito il percorso della composizione negoziata senza che le trattative abbiano portato ad una soluzione di tipo negoziale².

In particolare, ai fini dell'accesso alla procedura, è richiesto che l'esperto nella relazione finale dichiari che:

- le trattative si sono svolte secondo "correttezza e buona fede";
- le trattative non hanno avuto esito positivo;
- le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23 co. 1 e 2 lett. b) del Codice non sono praticabili.

Al ricorrere di tali dichiarazioni, l'imprenditore può presentare, nei 60 giorni successivi alla comunicazione della relazione finale di cui all'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019, una proposta di concordato per la cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati all'art. 39 del Codice.

Il procedimento è semplificato in quanto non prevede la nomina del commissario giudiziale per il controllo sulla veridicità dei dati contabili e, in generale, per tutte le verifiche prodromiche al giudizio di ammissibilità, né è prevista la figura dell'attestatore.

È invece contemplata la nomina di un ausiliario ex art. 68 c.p.c., chiamato a fornire il proprio parere in merito alla proposta di concordato liquidatorio formulata dall'imprenditore.

Non è prevista una fase di ammissione al concordato, ma la procedura è strutturata in modo da giungere direttamente alla fase di omologazione.

Ed infatti, è omessa la fase di ammissione e quella di voto dei creditori, sul presupposto che:

- la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di altre soluzioni sia già stata esaminata dall'esperto e rappresentata nella sua relazione finale a chiusura della composizione negoziata;
- i creditori siano stati interessati ed informati nel corso delle trattative.

Il debitore, inoltre, non è tenuto a garantire la percentuale minima di pagamento di almeno il 20% dei creditori chirografari mentre è riconosciuta la possibilità che la proposta possa prevedere anche la suddivisione dei creditori in classi.

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² Cfr., in relazione alla disciplina di cui al DL 118/2021, Rossi A. "L'apertura del concordato semplificato", www.dirittodellacrisi.it, 18.02.2022 e Farolfi A. "Il concordato liquidatorio: appunti introduttivi", www.dirittodellacrisi.it, 7.3.2022.

3 DOMANDA DI CONCORDATO E PROCEDIMENTO DI OMOLOGAZIONE

La domanda di omologazione del concordato è presentata con ricorso al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale.

Il ricorso è comunicato al pubblico ministero ed inoltre è 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 i effetti in termini di prededucibilità dei crediti (art. 6), effetti della domanda (artt. 46 e 94 del DLgs. 14/2019) e di norme applicabili (art. 96 del DLgs. 14/2019) previsti per il concordato "non minore" dal DLgs. 14/2019.

Il Tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., che dovrà far pervenire l'accettazione dell'incarico entro 3 giorni dalla comunicazione.

L'ausiliario dovrà unicamente redigere un parere sulla fattibilità del piano liquidatorio, da depositare entro il termine indicato dal Tribunale in sede di nomina.

Con il medesimo decreto il Tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 39 co. 1 del DLgs. 14/2019 a mezzo PEC, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione; inoltre, fissa l'udienza per l'omologazione.

Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario per il deposito del parere e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di 45 giorni.

Entro il termine perentorio di 10 giorni prima dell'udienza fissata, i creditori e qualunque altro interessato possono proporre opposizione all'omologa.

Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che *"la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore"*.

Al concordato semplificato trovano applicazione, in quanto compatibili, gli artt. 106 (atti di frode), 117 (obbligatorietà per tutti i creditori del concordato), 118 (esecuzione del concordato), 119 (risoluzione del concordato), 324 (esenzioni dai reati di bancarotta) e 341 (reati) del DLgs. 14/2019.

4 DISCIPLINA DELLA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

Ai fini della liquidazione del patrimonio, in base all'art. 25-*septies* del Codice, il Tribunale, con il decreto di omologazione, nomina un liquidatore.

Alla procedura trova applicazione, nei limiti di compatibilità, la disciplina della cessione dei beni nel concordato di cui all'art. 114 del DLgs. 14/2019.

Quando il piano di liquidazione di cui all'art. 25-*sexies* del DLgs. 14/2019 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato circa il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, ne dà esecuzione. Alla vendita si applicano gli artt. 2919 - 2929 c.c.

Con le medesime modalità, quando il piano di liquidazione prevede che la predetta offerta debba essere accettata prima della omologazione, l'ausiliario dà esecuzione all'offerta, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato e previa autorizzazione del Tribunale.

ALBO DEI GESTORI DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA DELLE IMPRESE

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

L'Albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza, regolato dagli artt. 356 - 358 del DLgs. 12.1.2019 n. 14, rappresenta un'importante novità del DLgs. 14/2019, modificato dal DLgs. 17.6.2022 n. 83, ed in vigore dal 15.7.2022.

La formulazione – non sempre chiara – delle norme, aggravata anche dagli interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi tempi, tuttavia, rischia di fornire un quadro denso di incertezze anche per gli interpreti del diritto.

2 QUADRO NORMATIVO ED ENTRATA IN VIGORE

L'art. 2 co. 1 lett. n) del DLgs. 14/2019 contiene la definizione dell'Albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese, delineato, in seguito alle modifiche introdotte dal DLgs. 83/2022, come *"l'albo istituito presso il Ministero della Giustizia e disciplinato dall'articolo 356, dei soggetti che su incarico del giudice svolgono, anche in forma associata o societaria, funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza previsti dal presente codice"*.

L'art. 356 del DLgs. 14/2019, al co. 1, stabilisce che: *"È istituito presso il Ministero della Giustizia un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel codice della crisi e dell'insolvenza. E' assicurato il collegamento dati con le informazioni contenute nel registro di cui all'articolo 125, comma 4. Il Ministero della Giustizia esercita la vigilanza sull'attività degli iscritti all'albo"*².

Il Ministero della Giustizia, presso il quale è istituito l'Albo, esercita la attività di vigilanza sull'attività degli iscritti all'Albo.

Come anticipato, la disciplina dell'Albo gestori della crisi e dell'insolvenza, come modificata dall'art. 37 del DLgs. 26.10.2020 n. 147 e successivamente dal DLgs. 17.6.2022 n. 83, è contenuta negli artt. 356 - 358 del DLgs. 14/2019, relativi rispettivamente:

- all'istituzione dell'Albo, ai requisiti di iscrizione e agli obblighi informativi;
- al funzionamento dell'Albo;
- ai requisiti per la nomina agli incarichi nelle procedure.

Viene in rilievo, inoltre, il DM del Ministero della Giustizia 3.3.2022 n. 75, pubblicato nella *G.U.* 21.6.2022 n. 143, che contempla il regolamento sul funzionamento dell'Albo dei gestori della crisi, reso in attuazione della previsione di cui all'art. 357 del DLgs. 14/2019.

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² L'art. 125 co. 4 del DLgs. 14/2019 contempla un registro nazionale accessibile al pubblico e istituito presso il Ministero della Giustizia. Il registro recepisce i provvedimenti di nomina di curatori, commissari giudiziali e liquidatori giudiziali, i provvedimenti di liquidazione di compensi, di chiusura della liquidazione giudiziale e di omologazione del concordato, di liquidazione di acconti nonché l'ammontare di attivo e passivo delle procedure.

La disciplina sopra richiamata si connota per un'entrata in vigore diversificata, in grado di generare, alcune incertezze interpretative.

Si ricorda, a tal proposito, che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in base al novellato art. 389 co. 1 del DLgs. 14/2019, trova completa applicazione per le procedure aperte dal 15.7.2022.

Per le nomine relative alle procedure aperte a far data dal 15.7.2022, quindi, l'Autorità giudiziaria deve attingere al nuovo Albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza.

L'entrata in vigore delle norme che istituiscono l'Albo e ne regolano il suo funzionamento, ed in particolare gli artt. 356 e 357 del DLgs. 14/2019, è stata anticipata al 16.3.2019 (co. 2 dell'art. 389 del DLgs. 14/2019).

Dalla loro entrata in vigore, tuttavia, le predette norme hanno subito alcune rilevanti modifiche: il riferimento verte, in particolare, agli interventi apportati, con efficacia dal 20.11.2020, all'art. 356 del DLgs. 14/2019 dal c.d. "primo correttivo" (art. 37 del DLgs. 14/2020).

In attuazione dell'art. 357 del DLgs. 14/2019, il DM 3.3.2022 n. 75 ha introdotto il regolamento sul funzionamento dell'Albo dei gestori della crisi, con efficacia dal 6.7.2022.

L'art. 3 co. 5 del DM 75/2022, tuttavia, rimette ad un apposito decreto dirigenziale del responsabile per i sistemi informatizzati del Ministero della Giustizia, da adottarsi entro 6 mesi dal 6.7.2022, il compito di indicare le specifiche tecniche per l'inserimento dei dati necessari e per l'accesso alla parte riservata dell'Albo.

L'unica norma che entrerà in vigore dal 15.7.2022, quindi, è l'art. 358 del DLgs. 14/2019 sui requisiti per la nomina agli incarichi delle procedure.

Al complesso quadro normativo, aggravato dalla differente entrata in vigore delle norme, si aggiungono le numerose incertezze che destano: i requisiti formativi, di onorabilità e professionali richiesti *ex lege* per l'iscrizione all'Albo.

3 REQUISITI DI ISCRIZIONE ALL'ALBO

In base all'art. 356 del DLgs. 14/2019, l'Albo è destinato a racchiudere i soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, che saranno chiamati a svolgere, su incarico del Tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel codice della crisi e dell'insolvenza.

Ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa nell'Albo, è necessario il possesso di requisiti:

- professionali;
- formativi;
- di onorabilità.

Tali requisiti vengono indicati agli artt. 356 del DLgs. 14/2019 e 358 del DLgs. 14/2019.

Requisiti professionali

Relativamente ai requisiti professionali, l'art. 358 del DLgs. 14/2019, in vigore dal 15.7.2022, stabilisce al co. 1 che possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore, nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza:

- 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 sopra, e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura³;
- c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Non possono, invece, essere nominati curatore, commissario giudiziale o liquidatore, il coniuge, la parte di

³ A norma dell'art. 356 co. 2 del DLgs. 14/2019, i requisiti di cui all'art. 358 co. 1 lett. b), devono essere posseduti dalla persona fisica responsabile della procedura, nonché dal legale rappresentante della società tra professionisti o da tutti i componenti dello studio professionale associato.

un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura (co. 2 dell'art. 358 del DLgs. 14/2019).

Requisiti formativi

Il co. 2 dell'art. 356 del DLgs. 14/2019 indica i requisiti formativi per l'iscrizione all'Albo.

In particolare, possono ottenere l'iscrizione i soggetti che, in possesso dei requisiti professionali di cui sopra, dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'art. 4 co. 5 lett. b), c) e d) del DM 202/2014.

Ne consegue che sarà necessario dimostrare:

1. il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento di durata non inferiore a 200 ore nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e di sovraindebitamento, anche del consumatore. I corsi di perfezionamento, in particolare, devono concernere almeno i seguenti settori disciplinari: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e previdenziale. Tale specifica formazione può essere acquisita anche mediante la partecipazione ad analoghi corsi organizzati dai soggetti indicati al co. 2 dell'art. 4⁴, in convenzione con università pubbliche o private (art. 4 co. 5 lett. b) del DM 202/2014);
2. lo svolgimento presso uno o più organismi, o curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti ai sensi del RD 267/42, professionisti delegati per le operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari ovvero nominati per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore, di un periodo di tirocinio – anche in concomitanza con la partecipazione ai corsi di cui sopra – di durata non inferiore a 6 mesi, che consenta l'acquisizione di competenze mediante la partecipazione alle fasi di elaborazione ed attestazione di accordi e piani omologati di composizione della crisi da sovraindebitamento, di accordi omologati di ristrutturazione dei debiti, di piani di concordato preventivo e di proposte di concordato fallimentare omologati, di verifica dei crediti e di accertamento del passivo, di amministrazione e di liquidazione dei beni (art. 4 co. 5 lett. c) del DM 202/2014);
3. l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, di durata complessiva non inferiore a 40 ore, nell'ambito disciplinare della crisi dell'impresa e del sovraindebitamento, anche del consumatore, acquisito presso uno degli ordini professionali di cui al co. 2 ovvero presso un'università pubblica o privata (art. 4 co. 5 lett. d) del DM 202/2014)⁵.

I suddetti requisiti professionali sono semplificati per i professionisti iscritti agli ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro⁶.

Per tali professionisti, infatti, la durata dei corsi di formazione è ridotta (da 200) a 40 ore.

Per il mantenimento dell'iscrizione all'Albo, invece, si renderà necessaria l'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale, ai sensi del predetto decreto.

La Scuola superiore della magistratura, investita del compito di elaborare le linee guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento, ha emanato, a tal proposito, il documento Scuola Superiore della Magistratura 7.11.2019 n. 16218, recante le "Linee Guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento nella materia della crisi di impresa e dell'insolvenza (art. 356 comma 2, quinto periodo C.C.I.I.)".

Requisiti di onorabilità

L'art. 358 co. 3 del DLgs. 14/2019 indica i requisiti di onorabilità necessari ai fini dell'iscrizione all'Albo.

In particolare, è necessario:

- a) non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 c.c.;

⁴ In particolare, si tratta degli organismi di conciliazione costituiti presso le CCIAA ex art. 2 della L. 580/93, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'art. 22 co. 4 lett. a) della L. 328/2000 e gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, su semplice domanda, anche quando associati tra loro.

⁵ Per alcune considerazioni critiche sui predetti requisiti, si veda Nigro T. "Requisito della formazione da chiarire per il nuovo albo dei gestori", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 5.7.2022.

⁶ Si tratta di una delle principali novità apportate dal "primo correttivo" del Codice della crisi (art. 37 co. 1 del DLgs. 26.10.2020 n. 147), invariata anche dopo il "secondo correttivo" di cui al DLgs. 83/2022.

- b) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'Autorità giudiziaria ai sensi del DLgs. 159/2011;
- c) non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione:
 - 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;
 - 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel Titolo XI del Libro V del codice civile o nel presente codice;
 - 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria;
 - 4) alla reclusione per un tempo superiore a 2 anni per un qualunque delitto non colposo;
- d) non avere riportato negli ultimi 5 anni una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali.

3.1 PRIMO POPOLAMENTO

Ai fini del primo popolamento dell'Albo, l'art. 356 co. 2 del DLgs. 14/2019, prevede che possano ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 358 co. 1 del DLgs. 14/2019 che documentano di essere stati nominati, "alla data di entrata in vigore del presente articolo", in almeno 2 procedure negli ultimi 4 anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali.

Ai fini della prima iscrizione, quindi, i professionisti in possesso dei requisiti di legge sono esonerati dagli obblighi formativi, che, invece, dovranno essere assolti da tutti coloro che, dopo il primo popolamento, intendano ottenere l'iscrizione all'Albo.

Escludendo tale requisito, il legislatore ha inteso consentire, quanto meno nella fase iniziale di funzionamento dell'Albo, l'iscrizione di una parte dei professionisti (presumibilmente, si tratterà di professionisti altamente qualificati), garantendo, altresì, la possibilità che, alla data del 15.7.2022, sia possibile attingere al neo istituito Albo. Come anticipato, tuttavia, l'Albo non potrà essere operativo fino all'emanazione del decreto dirigenziale recante le specifiche tecniche per l'inserimento dei dati necessari e per l'accesso alla parte riservata dell'Albo.

La formulazione della norma, anche dopo il DLgs. 83/2022 (secondo correttivo), è rimasta inalterata rispetto a quanto era previsto dall'art. 37 del DLgs. 147/2020 (primo correttivo), in vigore dal 20.11.2020, che, da un lato, ha avuto il merito di ridurre il requisito "dell'assegnazione", in origine di 4 incarichi negli ultimi 4 anni (poi ridotto a 2 incarichi negli ultimi 4 anni)⁷, dall'altro, non è intervenuto sull'efficacia temporale della predetta modifica.

Stando alla formulazione dell'art. 356 co. 2 del DLgs. 14/2019, si rende necessario fornire la prova circa i 2 incarichi negli "ultimi quattro 4", che decorrono dalla data di entrata in vigore della norma, ossia dal 16.3.2019.

Né sembrerebbe possibile posticipare il calcolo a ritroso del predetto termine dal 20.11.2020 (data di entrata in vigore delle modifiche di cui al DLgs. 147/2020) o addirittura dalla data di entrata in vigore del Codice della crisi (soluzione che sarebbe stata preferibile).

Ne consegue che, ai fini del primo popolamento, sarà necessario dimostrare di essere stati nominati curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali nel quadriennio racchiuso tra il 2015 e il 2019⁸.

Per la categoria professionale dei consulenti del lavoro, in quanto carenti dei requisiti necessari di cui all'art. 356 co. 2 secondo periodo del DLgs. 14/2019 per l'accesso "anticipato" ai fini del primo popolamento – e, in particolare, del requisito relativo alla nomina come curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali in almeno 2 procedure negli ultimi 4 anni – l'iscrizione all'Albo avverrà in forza dei necessari requisiti formativi di cui sopra.

L'art. 4 co. 3 del DM 3.3.2022 n. 75 – recante il regolamento sul funzionamento dell'Albo, in vigore dal

⁷ Il requisito dei 4 incarichi negli ultimi 4 anni infatti, aveva sollevato diverse perplessità: come evidenziato nella circ. CNDCEC 14.3.2019, il limitato lasso temporale avrebbe, infatti, obbligato all'adempimento formativo proprio i professionisti più esperti, che, a causa dei meccanismi di rotazione imposti dai Tribunali nell'assegnazione degli incarichi per le procedure, potevano non aver ricevuto alcun incarico o, comunque, aver ricevuto un numero di incarichi inferiore a 4.

⁸ Per alcune considerazioni critiche si vedano Pezzetta M. "Decorrenza degli incarichi di ostacolo al primo popolamento dell'albo dei gestori", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 30.6.2022; Nigro T. "Problematico il limite temporale del primo popolamento dell'albo dei gestori", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 28.6.2022.

6.7.2022 – stabilisce che: *“In sede di prima formazione dell'albo, la certificazione di cui al comma 2, lettera d), è sostituita da documentazione comprovante il requisito di cui all'articolo 356, comma 2, terzo periodo, del Codice o, per l'iscrizione nella sezione di cui all'articolo 2, comma 3, lettera b), documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui all'articolo 352 del Codice. A questo fine, il richiedente è tenuto ad allegare alla domanda la documentazione comprovante il conferimento dell'incarico di commissario giudiziale o l'attività svolta come attestatore o gli incarichi di assistenza ricevuti e l'esito delle domande di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione in relazione alle quali abbia ricevuto l'incarico”⁹.*

In sede di prima formazione dell'Albo, per coloro che posseggono i requisiti di cui all'art. 358 co. 1 del DLgs. 14/2019, è necessario allegare alla domanda di iscrizione la documentazione comprovante:

- il conferimento dell'incarico di commissario giudiziale; ovvero,
- l'attività svolta come attestatore; ovvero,
- gli incarichi di assistenza ricevuti e l'esito delle domande di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione in relazione alle quali abbia ricevuto l'incarico.

Particolarmente problematica appare l'interpretazione delle disposizioni in merito al “primo popolamento dell'Albo”, che dovrebbe consentire ai Tribunali l'attribuzione degli incarichi.

Il tenore letterale (e sostanziale) di tale disposizione evidenzia un'importante incoerenza del DM 75/2022: viene, infatti, richiesta l'allegazione della documentazione comprovante l'avvenuta nomina all'incarico di commissario giudiziale, trascurando gli incarichi di curatore e liquidatore giudiziale, espressamente previsti, invece, dall'art. 356 del DLgs. 14/2019¹⁰.

Sembra, tuttavia, improbabile una soluzione che lasci fuori dal primo popolamento coloro che abbiano svolto gli incarichi di curatore e liquidatore giudiziale¹¹.

Assumerebbe rilievo per il primo popolamento, a quanto consta dal DM 75/2022, anche l'eventuale svolgimento di incarichi di attestazione, che non sono previsti dall'art. 356 (salvo che non si intenda richiamare la figura del professionista indipendente *ex art. 2 co. 1 lett. o*) del DLgs. 14/2019).

Non appare pertinente, infine, la necessità di dare evidenza dell'esito delle domande di ammissione a concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione, requisiti che paiono (almeno nella ratio) probabilmente più consoni all'iscrizione negli elenchi degli esperti della composizione negoziata.

3.2 NOMINA ALLE PROCEDURE

Il co. 3 dell'art. 358 del DLgs. 14/2019, come modificato dal decreto correttivo, stabilisce che il curatore, il commissario giudiziale e il liquidatore sono nominati dall'Autorità giudiziaria tenuto 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 l'esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico;
- d) con riferimento agli iscritti agli albi dei consulenti del lavoro, dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato in atto al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale, del deposito del decreto di ammissione al concordato preventivo o al momento della sua omologazione;

⁹ Il DM 75/2022 – in ragione del difetto di coordinamento di cui sopra – precisa che per l'iscrizione nella sezione dedicata all'OCRI, invece, è necessaria la documentazione circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 352 del DLgs. 14/2019 (norma, tuttavia, abrogata dal decreto correttivo), ossia:

- l'iscrizione all'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili o all'Albo degli Avvocati;
- lo svolgimento delle funzioni di commissario giudiziale, attestatore o di assistenza del debitore nella presentazione della domanda di accesso in almeno 3 procedure di concordato preventivo che abbiano superato la fase dell'apertura o 3 accordi di ristrutturazione dei debiti che siano stati omologati.

¹⁰ Si vedano Diana F., Pezzetta M. “Albo dei gestori della crisi con primo popolamento incerto”, *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 8.7.2022.

¹¹ In definitiva, la possibilità di iscriversi all'Albo, ai fini del primo popolamento, sembra garantita per coloro che siano in grado di dimostrare l'assolvimento degli obblighi formativi.

- e) in caso di procedura che presenta elementi transfrontalieri, delle correlate esperienze e competenze acquisite e, in particolare, della capacità di rispettare gli obblighi di cui al regolamento (UE) 2015/848, di comunicare e cooperare con i professionisti che gestiscono le procedure di insolvenza e con le Autorità giudiziarie o amministrative di un altro Stato membro, nonché delle risorse umane e amministrative necessarie per far fronte a casi potenzialmente complessi.

4 FUNZIONAMENTO DELL'ALBO

L'art. 357 del DLgs. 14/2019, in vigore dal 16.3.2019, ha rimesso ad un decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze¹², il compito di stabilire:

- a) le modalità di iscrizione all'Albo di cui all'art. 356 del DLgs. 14/2019;
- b) le modalità di sospensione e cancellazione, volontaria o disposta dal Ministero della Giustizia, dal medesimo Albo anche a seguito del mancato versamento del contributo;
- c) le modalità di esercizio del potere di vigilanza da parte del Ministero della Giustizia.

Con il DM 3.3.2022 n. 75 (G.U. 21.6.2022 n. 143) è stato introdotto il regolamento sul funzionamento dell'Albo dei gestori della crisi, in vigore dal 6.7.2022¹³.

In particolare, l'Albo è istituito presso il Ministero della Giustizia che svolge i compiti di cui agli artt. 356 e 357 del DLgs. 14/2019.

Il responsabile dell'Albo, come definito dall'art. 1 lett. c) del regolamento, è il direttore generale degli affari interni del Ministero della Giustizia, ovvero la persona da lui delegata con qualifica dirigenziale nell'ambito della direzione generale.

Il responsabile:

- cura il continuo aggiornamento dei dati;
- vigila sull'Albo e sull'attività degli iscritti.

L'accesso all'Albo ha luogo con modalità telematiche presso il sito internet del Ministero, ove si distinguono 2 aree:

- area ad accesso libero, che contiene i dati presenti nella parte pubblica dell'Albo;
- area ad accesso riservato, contenente i dati presenti nella parte riservata dell'Albo.

Possano accedere alla parte riservata dell'Albo i magistrati, i dirigenti delle cancellerie che si occupano degli affari civili.

Il nuovo regolamento entra in vigore dal 6.7.2022, tuttavia, come anticipato, il DM 75/2022 rimette ad un (ulteriore) decreto dirigenziale – da adottarsi entro 6 mesi dal 6.7.2022 – del responsabile per i sistemi informatizzati del Ministero della Giustizia il compito di indicare le specifiche tecniche per l'inserimento dei dati necessari e per l'accesso alla parte riservata¹⁴.

4.1 STRUTTURA DELL'ALBO

L'Albo è articolato in:

- sezioni;
- parti.

¹² Si ricorda che il termine di emanazione del decreto, originariamente fissato al 1° marzo 2020, era stato prorogato al 30.6.2020 per effetto del DL 162/2019 (c.d. "Milleproroghe") per poi spirare infruttuosamente.

¹³ Nonostante le modifiche del DLgs. 83/2022 (secondo correttivo), che ha eliminato il sistema di allerta e composizione assistita della crisi, unitamente alla figura degli OCRI, il regolamento contempla (ancora) il riferimento a tale organismo.

Pare potersi evincere, in prima battuta, che il richiamo sia frutto di un difetto di coordinamento che richiederà un nuovo intervento correttivo per la disciplina del regolamento.

Per alcune considerazioni critiche, si consenta il rinvio a Nicotra A. "Regolamento sull'Albo dei gestori della crisi con difetto di coordinamento", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 23.6.2022.

¹⁴ Per un primo esame, si veda Diana F. "Nessuna formazione specifica per il primo popolamento dell'Albo dei gestori", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 23.6.2022

Si distinguono, secondo l'attuale disciplina, 2 sezioni:

- sezione ordinaria;
- sezione componenti degli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI)¹⁵.

L'iscrizione nella sezione ordinaria comporta anche l'iscrizione nella sezione componenti dell'OCRI.

L'Albo è strutturato in 2 parti:

- una parte pubblica;
- una parte riservata.

	Parte pubblica	Parte privata
Dati da inserire	Dati identificativi dell'iscritto	Comunicazioni sui provvedimenti adottati nei confronti degli iscritti per inadempienze ai doveri inerenti alle attività di gestione e di controllo nelle procedure del Codice
	Indirizzo PEC dell'iscritto	Richieste di sospensione o cancellazione volontaria dall'Albo
	Sezione dell'Albo a cui è iscritto il soggetto	Provvedimenti di sospensione o cancellazione adottati, anche d'ufficio, dal responsabile
	Ordine professionale di appartenenza dell'iscritto (eventuale)	

4.2 ISCRIZIONE NELL'ALBO E CONTENUTO DELLA DOMANDA

L'iscrizione avviene su istanza dei soggetti interessati che dimostrino di possedere i requisiti professionali e di onorabilità di cui all'art. 356 co. 2 e 3 del DLgs. 14/2019.

Viene demandato al responsabile il compito di:

- approvare il modello della domanda;
- fissare le modalità di svolgimento delle verifiche, con l'indicazione degli atti, dei documenti e dei dati a corredo della domanda.

L'istanza deve essere inoltrata al Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della Giustizia - Direzione generale degli affari interni.

La domanda di iscrizione è redatta secondo il modello anzidetto e deve contenere i requisiti e gli allegati di cui all'art. 4 co. 2 del regolamento.

La domanda deve contenere l'indicazione della sezione dell'Albo per la quale si richiede l'iscrizione e, per gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro e per gli studi professionali associati o società tra professionisti (art. 358 co. 1 lett. a) e b) del DLgs. 14/2019), deve contenere:

- la certificazione attestante l'Albo professionale presso il quale è iscritto e la data di iscrizione;
- la certificazione di non avere riportato negli ultimi 5 anni sanzioni disciplinari più gravi di quella minima prevista dall'ordinamento professionale di appartenenza;
- la certificazione dell'ordine di appartenenza di essere in regola con i crediti formativi professionali di cui agli obblighi previsti dal programma di formazione del medesimo ordine.

Per gli studi professionali associati e le società tra professionisti tali certificazioni devono concernere:

- la persona fisica responsabile della procedura, nonché
- il legale rappresentante della società tra professionisti o tutti i componenti dello studio professionale associato.

Tale documentazione è presentabile anche ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000.

Per coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, e che abbiano dato prova di adeguate capacità imprenditoriali (purché non sia intervenuta nei loro confronti una dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale di cui all'art. 358 co. 1 lett. c) del DLgs. 14/2019), è richiesta la documentazione comprovante le cariche ricoperte in società di capitali o società cooperative e una dichiarazione che, nei confronti delle medesime società, non è stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale (anche tale documentazione è presentabile mediante autocertificazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000).

¹⁵ Come anticipato, il riferimento agli OCRI sembra frutto di un difetto di coordinamento tra il DM 75/2022 e il DLgs. 83/2022.

Devono essere allegati – in copia conforme dell'atto giudiziario di nomina – la visura camerale della società a favore della quale è stata prestata l'attività, la copia dell'atto di conferimento dell'incarico, in caso di nomina da parte dell'Autorità giudiziaria, ed una sintetica relazione dell'amministratore o liquidatore in carica al momento della presentazione della domanda di iscrizione in ordine all'attività svolta dal richiedente all'interno della società.

È, altresì, richiesto ai fini dell'iscrizione di produrre:

- la certificazione (presentabile anche in questo caso ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000) comprovante l'assolvimento degli obblighi formativi, di cui all'art. 356 co. 2 primo e secondo periodo del DLgs. 14/2019, previa frequenza dei corsi di formazione e aggiornamento definiti dalle linee guida generali elaborate dalla Scuola superiore della magistratura;
- ogni altro documento idoneo a dimostrare il possesso dei requisiti di professionalità;
- una dichiarazione (presentabile anche in questo caso ai sensi degli artt. 46 e 47 del DPR 445/2000) di possesso dei requisiti di onorabilità;
- l'indicazione della casella PEC alla quale saranno effettuate le comunicazioni;
- l'attestazione del pagamento del contributo di cui all'art. 357 co. 2 del DLgs. 14/2019.

La domanda di iscrizione, sottoscritta con firma digitale, è presentata, unitamente agli allegati, in modalità telematica secondo le specifiche tecniche che saranno stabilite con il decreto dirigenziale.

Sulla domanda di iscrizione provvede il responsabile, il quale ha anche il compito di verificare la sussistenza dei requisiti e ha facoltà di accertare la veridicità delle dichiarazioni rese dai richiedenti ex art. 71 del DPR 445/2000.

4.3 TERMINI DEL PROCEDIMENTO E DOVERI DI COMUNICAZIONE

Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro 30 giorni dal ricevimento della domanda, tuttavia, è possibile chiedere, per una sola volta, l'integrazione della domanda o dei suoi allegati entro 30 giorni dal ricevimento della stessa.

Tale richiesta di integrazione interrompe il decorso del termine, che inizierà nuovamente a decorrere dalla data in cui risulta pervenuta la documentazione integrativa richiesta.

Gli iscritti sono tenuti a comunicare al responsabile dell'Albo:

- il venir meno dei requisiti di cui all'art. 356 co. 2 e 3 del DLgs. 14/2019;
- l'avvio di procedimenti penali per taluno dei reati di cui all'art. 356 co. 3 lett. c) e co. 4 del DLgs. 14/2019;
- l'avvio di procedimenti disciplinari per illeciti che possono comportare una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dagli ordinamenti professionali.

Le richieste e le comunicazioni anzidette sono effettuate con modalità telematiche secondo le specifiche tecniche che saranno stabilite con il decreto dirigenziale.

Per la fase di prima formazione dell'Albo e comunque per le domande pervenute sino al 31.7.2022, il termine di conclusione del procedimento è di 90 giorni.

Ed anche in tal caso la richiesta di integrazione interrompe il decorso del termine, che riprende a decorrere nuovamente dalla data in cui risulta pervenuta la documentazione integrativa richiesta.

Se il responsabile accerta l'insussistenza o il venir meno per l'iscritto dei requisiti previsti dall'art. 356 co. 2 del DLgs. 14/2019, ne dà comunicazione all'iscritto, assegnandogli, ove sia possibile regolarizzare la posizione, un termine non superiore a 6 mesi per provvedervi e, decorso inutilmente il suddetto termine, opera il meccanismo di cancellazione d'ufficio d'Albo.

4.4 SOSPENSIONE E CANCELLAZIONE D'UFFICIO

Il regolamento distingue tra procedimento di sospensione e cancellazione:

- d'ufficio;
- volontario, su istanza dell'iscritto¹⁶.

La cancellazione "ufficio" dall'Albo è prevista:

- decorso il termine (non superiore a 6 mesi) concesso dal responsabile ai fini della regolarizzazione della

¹⁶ Per un primo commento, si consenta il rinvio a Nicotra A., Pezzetta M. "Sospensione e cancellazione dall'albo dei gestori della crisi d'ufficio e volontarie", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 25.6.2022.

posizione dell'iscritto (per accertata insussistenza o venir meno dei requisiti *ex art. 356 co. 2 del DLgs. 14/2019*);

- immediatamente, qualora vengano meno i requisiti di onorabilità di cui all'art. 356 co. 3 del DLgs. 14/2019;
- a seguito di almeno 4 revoche dagli incarichi.

La cancellazione dall'Albo è disposta, inoltre, in caso di omissione del pagamento del contributo che perduri oltre 6 mesi dall'adozione del provvedimento di sospensione, con decreto succintamente motivato comunicato senza ritardo all'interessato.

In tal caso non è consentita una nuova iscrizione all'Albo prima di un anno dalla comunicazione della cancellazione.

Il responsabile ha il potere di disporre la sospensione dall'esercizio dell'attività per l'interessato per un periodo non superiore ad un anno quando sono segnalati fatti che *"compromettono gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di gestione e di controllo delle procedure"* di cui all'art. 356 co. 1 del DLgs. 14/2019 ed in particolare:

- nell'ipotesi in cui siano state disposte dall'organo competente 3 revoche degli incarichi conferiti. In caso di ulteriore revoca durante il periodo della sospensione, come anticipato, il responsabile può disporre la cancellazione dell'iscritto dall'Albo;
- con l'avvio di procedimento disciplinare per illeciti che possono comportare una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali.

Inoltre, la sospensione è prevista anche:

- in caso di procedimento penale a carico dell'iscritto per taluno dei reati di cui all'art. 356 co. 3 lett. c) del DLgs. 14/2019, fino all'esito del procedimento o fino alla pronuncia della sentenza di primo grado di proscioglimento o assoluzione, anche se soggetta a impugnazione;
- per l'omissione del pagamento del contributo – decorsi 3 mesi dalla scadenza prevista per il pagamento – con decreto del responsabile succintamente motivato e comunicato senza ritardo all'interessato.

I provvedimenti di sospensione o di cancellazione sono adottati con decreto succintamente motivato che il responsabile comunica all'interessato a mezzo PEC.

Prima dell'adozione dei provvedimenti di sospensione e cancellazione, il responsabile comunica, a mezzo PEC, i motivi che comportano l'adozione del provvedimento ed assegna all'interessato un termine di 30 giorni dal ricevimento della comunicazione per eventuali osservazioni scritte.

4.5 SOSPENSIONE E CANCELLAZIONE VOLONTARIA

L'iscritto all'Albo può chiedere:

- in presenza di gravi e comprovate ragioni di salute, familiari o professionali, la sospensione dall'iscrizione per un periodo non superiore a 6 mesi, prorogabile una sola volta per ulteriori 6 mesi;
- in qualsiasi momento la cancellazione dall'Albo o da una delle sezioni in cui esso si articola.

Sulle domande provvede il responsabile con decreto succintamente motivato.

4.6 CONTRIBUTO PER L'ISCRIZIONE E PER IL MANTENIMENTO DELL'ALBO

È previsto:

- un contributo per l'iscrizione all'Albo di 150,00 euro;
- un contributo annuo di 50,00 euro per il mantenimento all'Albo, dovuto dall'anno successivo a quello dell'iscrizione.

I contributi devono essere versati entro il 31 gennaio di ciascun anno e l'attestazione di pagamento deve essere inviata al Ministero della Giustizia entro il 30 aprile successivo a mezzo PEC.

Il pagamento del contributo è eseguito mediante versamento:

- con modalità informatiche tramite la piattaforma tecnologica Pago PA (art. 5 co. 2 del DLgs. 82/2005);
- con bonifico bancario o postale (DM 9.10.2006 n. 293);
- con altri sistemi telematici di pagamento ovvero con carte di debito, di credito o prepagate o con altri mezzi di pagamento con moneta elettronica disponibili nel circuito bancario o postale (art. 4 co. 9 del DL 193/2009 conv. L. 24/2010);
- sul conto corrente postale intestato alla Tesoreria dello Stato.

4.7 OMESSO PAGAMENTO

Nel caso di omissione di pagamento del contributo – decorsi 3 mesi dalla scadenza – il responsabile dispone la sospensione dall'Albo con decreto motivato e comunicato senza ritardo all'interessato.

In caso di perdurante omissione del pagamento del contributo, decorsi 6 mesi dall'adozione del provvedimento di sospensione anzidetta, è disposta la cancellazione dall'Albo con decreto succintamente motivato comunicato senza ritardo all'interessato.

In tal caso, non è consentita una nuova iscrizione all'Albo prima che sia decorso almeno un anno dalla comunicazione della cancellazione.

La corresponsione tardiva del contributo determina il maturare degli interessi sulla somma dovuta dall'iscritto dalla data di scadenza del termine per il pagamento, al tasso di cui all'art. 1284 c.c.

5 VIGILANZA E MONITORAGGIO SUL FUNZIONAMENTO DELL'ALBO

L'Autorità giudiziaria, le amministrazioni dello Stato e gli ordini professionali interessati comunicano al responsabile, che ha il compito di vigilare sull'Albo e sull'attività degli iscritti, i provvedimenti adottati a carico degli iscritti per inadempienze ai doveri inerenti alle attività di gestione e di controllo nelle procedure ex art. 356 co. 1 del DLgs. 14/2019 e tutte le circostanze rilevanti.

Per il concreto esercizio della vigilanza, entro il 31 gennaio di ogni anno, la Direzione generale per i sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia trasmette al responsabile i dati relativi all'anno precedente concernenti:

- il numero totale di iscritti e il numero di iscritti distinti per categoria di appartenenza;
- gli incarichi complessivamente conferiti nell'anno precedente, distinguendo, all'interno del dato complessivo, gli incarichi per tipologia di procedura concorsuale e gli incarichi conferiti dal singolo ufficio giudiziario;
- il numero di sospensioni e cancellazioni, distinguendo tra quelle volontarie e quelle disposte d'ufficio;
- il numero di segnalazioni pervenute dall'Autorità giudiziaria e l'eventuale esito.

Entro 30 giorni dalla ricezione dei dati, il responsabile procede alla loro elaborazione e formula eventuali proposte di interventi correttivi e integrativi della disciplina sulla tenuta o sul funzionamento dell'Albo.

È prevista anche una cooperazione ai fini dell'attività di vigilanza.

L'Autorità giudiziaria che ha proceduto alla nomina del curatore, del commissario giudiziale o del liquidatore giudiziale comunica al responsabile, con modalità telematica, secondo le specifiche tecniche stabilite con il decreto dirigenziale, tutti i fatti e le notizie ritenute rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri di sospensione e cancellazione d'ufficio e l'eventuale revoca dell'incarico¹⁷.

¹⁷ Sempre per il difetto di coordinamento di cui sopra, allo stesso modo dovrebbe procedere anche il referente dell'OCRI in relazione ai componenti del collegio di cui all'art. 17 del DLgs. 14/2019.

NOVITÀ SUL PROCEDIMENTO UNITARIO

Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Il presente capitolo esamina le principali novità introdotte dal decreto correttivo in ordine al procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale.

2 GIURISDIZIONE E COMPETENZA

Il DLgs. 83/2022 modifica l'art. 26 del DLgs. 14/2019 sulla giurisdizione italiana, stabilendo che: l'imprenditore che ha all'estero il centro degli interessi principali può essere ammesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o assoggettato a una procedura di insolvenza nella Repubblica italiana anche se è stata aperta analoga procedura all'estero, quando ha una dipendenza in Italia (co. 1)².

Il trasferimento del centro degli interessi principali all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana se è avvenuto nell'anno antecedente il deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza³.

Restano confermati, rispetto alla formulazione precedente della norma, i co. 3 e 4.

Al co. 3 vengono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione europea.

Il co. 4, invece, stabilisce che il Tribunale, quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.5.2015, deve dichiarare se la procedura è principale, secondaria o territoriale⁴.

3 ACCESSO AGLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

L'art. 40 del DLgs. 14/2019, come modificato dal DLgs. 83/2022, regola la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale.

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² L'originario co. 1 dell'art. 26 del DLgs. 14/2019 stabiliva che l'imprenditore che ha all'estero il centro degli interessi principali, può essere assoggettato ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nella Repubblica italiana anche se è stata aperta analoga procedura all'estero, quando ha una dipendenza in Italia.

³ L'originario co. 2 dell'art. 26 stabiliva che il trasferimento del centro degli interessi principali all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana se è avvenuto nell'anno antecedente il deposito della domanda di regolazione concordata della crisi o della insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale ovvero dopo l'inizio della procedura di composizione assistita della crisi, se anteriore.

⁴ L'art. 27 del DLgs. 14/2019, sulla competenza per materia e per territorio, (il cui co. 1 è in vigore dal 16.3.2019) resta, invece, sostanzialmente invariato rispetto alla formulazione originaria della norma.

Salvo alcuni adattamenti previsti dal DLgs. 83/2022, anche l'art. 28 del DLgs. 14/2019 sul trasferimento del centro degli interessi principali, e l'art. 30 del DLgs. 14/2019, sul conflitto positivo di competenza, vengono sostanzialmente confermati.

Il co. 1 dell'art. 40 resta sostanzialmente inalterato, stabilendo che il procedimento per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza si svolge dinanzi al Tribunale in composizione collegiale.

È confermato al co. 2 che il ricorso deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni ed è sottoscritto dal difensore munito di procura.

Inoltre, viene previsto, per effetto del DLgs. 83/2022, che, per le società, la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è approvata e sottoscritta a norma dell'art. 120-*bis* del DLgs. 14/2019.

Quest'ultima disposizione disciplina l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza per le società: appare, quindi, opportuno sintetizzarne in contenuti che, di fatto, integrano in maniera sostanziale la materia del c.d. "procedimento unitario"⁵.

La deliberazione di accesso a uno degli strumenti deve essere assunta con il ministero di un notaio in funzione di segretario verbalizzante, analogamente a quanto richiesto da RD 267/42.

L'art. 120-*bis*, introdotto *ex novo* dal DLgs. 83/2022, specifica che la decisione è assunta, in via esclusiva, dagli amministratori, escludendo quindi la necessità di un preventivo avallo dei soci.

Questi ultimi paiono avere un mero diritto all'informativa: il co. 3 dell'art. 120-*bis* dispone, infatti, che gli amministratori sono tenuti a informarli dell'avvenuta decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e tenerli periodicamente aggiornati circa l'andamento della vicenda.

Potrebbe ritenersi che i diritti dei soci siano, in questa particolare fase, "compressi", e non solo nelle società di capitali, così che essi, di fatto, subiscono la decisione degli amministratori che, con il piano e ai fini del suo buon esito, possono prevedere modifiche dei patti sociali, aumenti di capitale o sue riduzioni, limitando o escludendo i diritti di opzione e incidendo, quindi, sulla struttura proprietaria dell'impresa collettiva.

I piani, a questi fini, possono incidere "direttamente" – afferma la norma – sui diritti di partecipazione dei soci e disporre fusioni, scissioni e trasformazioni. Inoltre, i soci non possono revocare gli amministratori se non per giusta causa e la legge esclude espressamente che la decisione di presentare la domanda per uno strumento di regolazione integri una giusta causa di revoca.

Anche sussistendo giusta causa, la delibera di revoca, per essere efficace, deve essere approvata con decreto dal Tribunale delle imprese, sentiti gli interessati.

A compensare, almeno parzialmente, queste disposizioni, sovviene il co. 5 dell'art. 120-*bis*, in base al quale i soci che rappresentano almeno il 10% del capitale possono presentare proposte di concordato preventivo concorrenti ai sensi dell'art. 90 del DLgs. 14/2019.

Proseguendo l'analisi dell'art. 40 del DLgs. 14/2019, è stabilito al co. 3 la domanda del debitore, entro il giorno successivo al deposito, è comunicata dal cancelliere al Registro delle imprese. L'iscrizione è eseguita entro il giorno seguente e quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive il conservatore, nell'eseguire l'iscrizione, ne fa espressa menzione. La domanda, unitamente ai documenti allegati, è trasmessa al pubblico ministero.

Il successivo co. 4 prevede che, nel caso di domanda di accesso al giudizio di omologazione di accordi di ristrutturazione, gli accordi, contestualmente al deposito, sono pubblicati nel Registro delle imprese e acquistano efficacia dal giorno della pubblicazione.

Con il decreto di cui all'art. 48 co. 4 del DLgs. 14/2019, il Tribunale può nominare un commissario giudiziale o confermare quello già nominato ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. b) del DLgs. 14/2019⁶; la nomina del commissario giudiziale è disposta in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale, quando è necessaria per tutelare gli interessi delle parti istanti.

Ne consegue che la nomina del commissario giudiziale è valutata caso per caso, come richiesto dall'art. 5 par. 2 della direttiva UE 1023/2019, mentre è obbligatoria in presenza di istanza di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Nel procedimento di liquidazione giudiziale – in base al co. 5 – il debitore può stare in giudizio personalmente.

In caso di domanda proposta da un creditore, da coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dal pubblico ministero, stante il successivo co. 6 – il ricorso e il decreto di convocazione devono essere noti-

⁵ Per gli approfondimenti sul tema, si rinvia al si rinvia alla successiva scheda a cura di Meoli M., Pezzetta M. "Strumenti di regolazione della crisi delle società".

⁶ Viene, quindi, riconosciuta la possibilità per il Tribunale di procedere alla nomina del commissario giudiziale o confermare quello già nominato e per il debitore di poter stare in giudizio personalmente nei procedimenti di liquidazione giudiziale.

ficati, a cura dell'ufficio, all'indirizzo del servizio elettronico di recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata del debitore risultante dal Registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti. L'esito della comunicazione è trasmesso con modalità telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente.

Il co. 7 prevede che, quando la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata di cui al co. 6 non risulta possibile o non ha esito positivo per causa imputabile al destinatario, il ricorso e il decreto sono notificati senza indugio, a cura della cancelleria, mediante il loro inserimento nell'area *web* riservata ai sensi dell'art. 359 del DLgs. 14/2019. La notificazione si ha per eseguita nel terzo giorno successivo a quello in cui è compiuto l'inserimento.

Quando la notificazione non risulta possibile o non ha esito positivo, per cause non imputabili al destinatario, il co. 8 precisa che la notifica, a cura del ricorrente, si esegue esclusivamente di persona a norma dell'art. 107 co. 1 del DPR 1229/59, presso la sede risultante dal Registro delle imprese o, per i soggetti non iscritti nel Registro delle imprese, presso la residenza. Quando la notificazione non può essere compiuta con queste modalità, si esegue con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel Registro delle imprese ovvero presso la residenza per i soggetti non iscritti nel Registro delle imprese, e si perfeziona nel momento del deposito stesso. Per le persone fisiche non obbligate a munirsi del domicilio digitale, del deposito è data notizia anche mediante affissione dell'avviso in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio e per raccomandata con avviso di ricevimento.

Il novellato art. 40359 del DLgs. 14/2019 contiene anche le nuove disposizioni inserite nei co. 9 e 10, che regolano il rapporto tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e la liquidazione giudiziale.

Nel caso di pendenza di un procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in base al co. 9, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta nel medesimo procedimento e fino alla rimessione della causa al Collegio per la decisione, con ricorso ai sensi dell'art. 37 co. 1 del DLgs. 14/2019, e nel rispetto degli obblighi di cui all'art. 39 del DLgs. 14/2019. Se la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta separatamente, il Tribunale la riunisce, anche d'ufficio, al procedimento pendente.

Nel caso di pendenza di un procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale introdotto da un soggetto diverso dal debitore, il successivo co. 10 prevede che la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta, con ricorso ai sensi dell'art. 37 co. 1 del DLgs. 14/2019 e nel rispetto degli obblighi di cui all'art. 39 del DLgs. 14/2019, nel medesimo procedimento, a pena di decadenza, entro la prima udienza e se entro il medesimo termine è proposta separatamente è riunita, anche d'ufficio, al procedimento pendente. Successivamente alla prima udienza, la domanda non può essere proposta autonomamente sino alla conclusione del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale. Il termine di cui al primo periodo non si applica se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta all'esito della composizione negoziata, entro 60 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17 co. 8 del DLgs. 14/2019.

Sulle novità del decreto correttivo che investono la procedura di concordato preventivo si rinvia alla successiva scheda a cura di Nicotra A e Pezzetta M. "Novità in materia di concordato preventivo".

Rinuncia alla domanda

Il DLgs. 83/2022 modifica l'art. 43 del DLgs. 14/2019, che regola la rinuncia alla domanda.

La norma – nella nuova formulazione – stabilisce al co. 1 che, in caso di rinuncia alla domanda di cui all'art. 40 il procedimento si estingue, fatta salva la volontà di proseguirlo, manifestata dagli intervenuti o dal pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il pubblico ministero può rinunciare alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

La disposizione, introdotta in recepimento della direttiva *Insolvency*, si presta a una possibile lettura in relazione al fenomeno della consecuzione delle procedure.

La novità introdotta, infatti, esplicita la possibilità che, in caso di rinuncia della domanda di accesso a uno strumento di regolamento della crisi, gli intervenuti (*in primis*, l'impresa debitrice) non ne chiedano la prosecuzione ai fini dell'apertura della liquidazione giudiziale. Questa dichiarazione di volontà potrebbe essere letta come l'elemento che consente la consecuzione delle procedure.

Viceversa, nel caso in cui la prosecuzione non venga richiesta, la consecuzione delle procedure sembra doversi escludere con conseguenze significative, se non altro ai fini della determinazione del periodo sospetto delle azioni revocatorie (art. 166 del DLgs. 14/2019) e in merito alla prededucibilità dei crediti dei terzi sorti funzionalmente o nell'alveo degli strumenti di regolazione della crisi (art. 6 co. 2 del DLgs. 14/2019).

Al co. 2 dell'art. 43 del DLgs. 14/2019 è previsto che sull'estinzione il Tribunale provvede con decreto e, nella conseguente dichiarazione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese.

Quando la domanda è stata iscritta nel Registro delle imprese, in base al successivo co. 3, il cancelliere comunica immediatamente il decreto di estinzione al medesimo registro per la sua iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo.

4 MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE

Il decreto correttivo sostituisce integralmente gli artt. 54 e 55 del DLgs. 14/2019 sulle misure cautelari e protettive e sul relativo procedimento⁷, in attuazione della previsione di cui all'art. 6 della direttiva 1023/2019.

La nuova disciplina risulta coordinata, per effetto del decreto correttivo, con la disciplina delle misure protettive di cui all'art. 18 del DLgs. 14/2019 per la composizione negoziata della crisi, per la quale si rinvia alla precedente scheda a cura di AA.VV. "Composizione negoziata della crisi - Esperto".

Il novellato art. 54 del DLgs. 14/2019, dedicato alle misure cautelari e protettive, stabilisce al co. 1 che, nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione e "*del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*", su istanza di parte, il Tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza.

Le misure cautelari possono essere concesse anche dopo la pubblicazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata della crisi di cui all'art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019, tenuto conto dello stato delle trattative e delle misure eventualmente già concesse o confermate ai sensi dell'art. 19 del DLgs. 14/2019.

Non si applicano gli artt. 669-*octies* co. 1 - 3 e 669-*novies* co. 1 c.p.c.

Al co. 2 è previsto che, se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui art. 40 del DLgs. 14/2019, dalla data della pubblicazione della stessa nel Registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese, le decadenze non si verificano "*e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.*

Il debitore può richiedere al tribunale, con successiva istanza, ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza".

Le misure protettive di cui al co. 2, primo e secondo periodo, possono essere richieste, in base al successivo co. 3, dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'art. 39 co. 1 del DLgs. 14/2019⁸ e la proposta di accordo corredata da un'attestazione del professionista indipendente; quest'ultima dovrà attestare che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che

⁷ Si ricorda che l'art. 6 della direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché il debitore possa beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva (par. 1).

⁸ In base al co. 1 dell'art. 39 del DLgs. 14/2019, il debitore che chiede l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza deposita presso il Tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione nonché l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto. Tali elenchi devono contenere l'indicazione del domicilio digitale dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali che ne sono muniti.

la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. La disposizione si applica anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61 del DLgs. 14/2019.

Il co. 4 dell'articolo in esame riconosce all'imprenditore la possibilità, prima del deposito della domanda di cui all'art. 40 del DLgs. 14/2019, di chiedere le misure protettive di cui al co. 2, primo e secondo periodo, presentando la domanda di cui agli artt. 17, 18 e 44 co. 1 del DLgs. 14/2019⁹.

Le misure protettive disposte – in base al co. 5 – conservano efficacia anche quando il debitore, prima della scadenza fissata dal giudice ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019, propone l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza diverso da quello indicato nella domanda depositata ai sensi dell'art. 44 del DLgs. 14/2019.

Il co. 6 dell'art. 54 del DLgs. 14/2019 stabilisce che l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice competente ai sensi dell'art. 3 par. 1 del regolamento (UE) 2015/848 può chiedere i provvedimenti di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 54 quando nel territorio dello Stato è stata presentata la domanda di cui all'art. 40 o, se non risulta depositata la domanda, quando nella richiesta sono indicate le condizioni di effettivo ed imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti i creditori secondo la procedura concorsuale aperta.

Il successivo co. 7, infine, esclude dalle misure protettive richieste ai sensi del co. 3 i diritti di credito dei lavoratori.

Secondo la Relazione illustrativa, le modifiche introdotte dal decreto correttivo, sono funzionali:

- all'armonizzazione della disciplina con quella delle misure protettive e cautelari previste dall'art. 18 co. 1 del DLgs. 14/2019, nell'ambito della composizione negoziata e a chiarire la natura dei provvedimenti adottati rispetto alla disciplina del procedimento cautelare uniforme (co. 1);
- all'attuazione della previsione di cui all'art. 6 par. 3 della direttiva UE 1023/2019, consentendo al debitore di chiedere ulteriori misure rispetto a determinate azioni di uno o più creditori, purché questi siano stati informati delle trattative in corso o della richiesta di sospensione;
- alla possibilità di richiedere le misure protettive previste dal co. 2 anche nel caso di domanda di accesso al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione di cui all'art. 64-*bis* del DLgs. 14/2019;
- all'eliminazione delle disposizioni contenute nell'originario co. 4 dell'articolo in esame, che detta disposizioni di raccordo rispetto alle misure protettive richieste nell'ambito della abrogata composizione assistita della crisi.

Il co. 7 dell'art. 54 del DLgs. 14/2019 esclude i diritti dei lavoratori dalle misure protettive richieste nell'ambito delle trattative che precedono il deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, in attuazione dell'art. 6 par. 5 della direttiva UE 1023/2019.

Rispetto alla procedura di concordato preventivo è stata esercitata la facoltà di derogare al principio di esclusione dei lavoratori dagli effetti delle misure protettive, prevista dal co. 2 del par. 5 della direttiva UE 1023/2019.

Procedimento

L'art. 55 del DLgs. 14/2019, relativo al procedimento funzionale alle misure protettive e cautelari, viene riscritto dal DLgs. 83/2022.

Le nuove previsioni consentono di definire in maniera più puntuale la disciplina e l'efficacia delle misure cautelari e protettive nell'ambito dei diversi istituti – previsti per contrastare le crisi imprenditoriali – nel rispetto dei principi e delle Linee Guida dettati dalla normativa unionale.

⁹ Il co. 4 viene, quindi, sostituito integralmente, in ragione dell'eliminazione delle procedure di composizione assistita della crisi e degli OCRI.

La norma, nella precedente formulazione, disponeva che quando le misure protettive di cui al co. 2 o i provvedimenti necessari per condurre a termine le trattative in corso sono richiesti ai sensi dell'art. 20 dal debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita della crisi o è stato convocato dall'OCRI, la domanda, su istanza del debitore, può essere pubblicata nel Registro delle imprese. Il presidente della sezione specializzata competente ai sensi dell'art. 20 o il giudice da lui designato per la trattazione dell'istanza fissa con decreto l'udienza per l'esame della domanda entro un termine non superiore a 30 giorni dal deposito della stessa. Con provvedimento motivato, il presidente o il giudice da lui designato può fissare l'udienza di cui al secondo periodo entro un termine non superiore a 45 giorni dal deposito della domanda. All'esito dell'udienza, il giudice provvede con decreto motivato, fissando anche la durata delle misure, nei limiti di cui all'art. 20 co. 3.

Al co. 1 dell'art. 55 del DLgs. 14/2019 è stabilito che, nei casi previsti dall'art. 54 del DLgs. 14/2019, il presidente del Tribunale o della sezione cui è assegnata la trattazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o della procedura di liquidazione giudiziale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento.

Alla trattazione provvede direttamente il giudice relatore, se già delegato dal Tribunale per l'audizione delle parti. Il co. 2 precisa che il giudice, nei casi di cui all'art. 54 co. 1, 2, terzo periodo, e 3, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni.

In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti, ove già non disposta ai sensi dell'art. 41 del DLgs. 14/2019, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a 8 giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. L'ordinanza è reclamabile ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.

È chiarito che: "*Le misure perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza*".

In base al successivo co. 3, nell'ipotesi prevista dall'art. 54 co. 2, primo e secondo periodo, il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca le misure protettive entro 30 giorni dall'iscrizione della domanda nel Registro delle imprese con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. La durata delle misure è fissata al massimo in 4 mesi. Il decreto è trasmesso al Registro delle imprese per l'iscrizione. Se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto, cessano gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 54 co. 2, primo e secondo periodo e la domanda può essere riproposta.

Anche in tal caso è previsto che: "*Le misure protettive perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza*"¹⁰.

In base al co. 4, il Tribunale, su istanza del debitore o di un creditore e acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, può prorogare, in tutto o in parte, la durata delle misure concesse, nel rispetto dei termini di cui all'art. 8, se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione e se la proroga non arreca ingiusto pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate¹¹.

Il successivo co. 5 chiarisce che, su richiesta del debitore o del commissario giudiziale o, in caso di atti di frode, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, il Tribunale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca o modifica le misure protettive. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche quando il Tribunale accerta che le misure concesse non soddisfano più l'obiettivo di agevolare le trattative.

In base al co. 6, i provvedimenti di cui all'art. 54 co. 1 e 2 possono essere emessi anche dalla corte di appello nei giudizi di reclamo previsti dagli artt. 47 co. 5 e 50.

In caso di revoca o cessazione delle misure protettive, il co. 7 chiarisce che il divieto di acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure protettive.

Tra le righe della nuova disciplina si scorge il mutato indirizzo che la normativa assume rispetto al passato in recepimento della direttiva *Insolvency*.

Coerentemente con le priorità dettate da quest'ultima, l'assenza di una norma che consente, *ex lege*, l'*automatic stay* e la durata ridotta rispetto al passato (in linea di principio) delle misure protettive e cautelari, richiede un intervento anticipato finalizzato alla risoluzione della crisi.

¹⁰ Intervenendo sull'art. 55 co. 3, terzo periodo, è stato eliminato il reclamo avverso il decreto, precedentemente previsto mediante rinvio all'art. 124. La decisione del giudice sulla conferma o revoca della misura, cioè sulla conservazione o meno degli effetti sospensivi determinati dalla presentazione della domanda ex art. 40 con richiesta di sospensione, risulta pertanto priva di rimedio impugnatorio.

¹¹ La disposizione recepisce quanto previsto dall'art. 6 par. 7 della direttiva UE 1023/2019, in base al quale gli Stati membri possono autorizzare l'Autorità giudiziaria o amministrativa a prorogare la durata di una sospensione delle azioni esecutive individuali o a concedere una nuova sospensione delle medesime su richiesta del debitore, di un creditore o, se del caso, di un professionista nel campo della ristrutturazione. La disposizione specifica che la proroga o il rinnovo della sospensione delle azioni esecutive individuali sono concessi solo in circostanze definite da cui risulti che la proroga o il rinnovo sono debitamente giustificati, ad esempio: a) sono stati compiuti progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione, b) la continuazione della sospensione delle azioni esecutive individuali non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate, oppure c) nei confronti del debitore non siano ancora state aperte procedure di insolvenza che possano concludersi con la liquidazione delle attività del debitore a norma del diritto nazionale.

In altri termini, non sarà scontato (come spesso accaduto in vigenza del RD 267/42) accedere al concordato "in bianco" per poter godere dell'ombrello protettivo da azioni esecutive e istanze per la dichiarazione di insolvenza, ma occorrerà arrivare alla medesima "fase" della gestione della crisi con le idee più chiare in ordine al piano, come, d'altro canto, suggerito e, per certi versi, imposto dal fatto che l'istituto giuridico principe di avvicinamento ai processi di *restructuring* pare essere, nella volontà del legislatore, la composizione negoziata.

PIANO DI RISTRUTTURAZIONE SOGGETTO AD OMOLOGAZIONE E TRANSAZIONE

Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Il DLgs. 83/2022 introduce, in seno al DLgs. 14/2019, la disciplina del "Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione" (PRO), contenuta negli artt. 64-bis, 64-ter e 64-quater.

Si tratta di un istituto che dà attuazione all'art. 11 par. 1 della direttiva *Insolvency*², e risponde all'esigenza di dotare il nostro ordinamento di uno strumento in grado di consentire che la ristrutturazione dell'indebitamento possa avere luogo senza il rispetto delle regole di riparto proprie delle procedure concorsuali, purché goda dell'approvazione unanime dei creditori.

2 CARATTERISTICHE ESSENZIALI DEL PRO

Con il PRO, di fatto, l'impresa in crisi o insolvente propone di destinare ai propri creditori i flussi derivanti dal piano di ristrutturazione (anche liquidatorio), secondo gli importi e i tempi ivi declinati³.

Il nuovo istituto, riservato alle imprese diverse da quelle c.d. "minori", pare rappresentare uno strumento che si colloca, idealmente, fra gli accordi di ristrutturazione del debito (ADR) e il concordato preventivo; esso, infatti, appare meno flessibile dell'ADR, in quanto pur mantenendo la caratteristica di essere disancorato dal rispetto dei principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., chiede il consenso unanime dei creditori, ancorché – come si dirà *infra* – realizzato nella misura in cui il PRO sia approvato dalla maggioranza di ciascuna delle classi dei creditori; esso, inoltre, comporta un certo (limitato) spossessamento, a differenza di quanto accade nell'ADR.

Il PRO, d'altro canto, è meno rigido del concordato preventivo, in quanto l'intervento dell'Autorità giudiziaria è molto meno limitato e la regola della *priority rule*, come accennato, non trova applicazione. Per il resto, peraltro, la disciplina del concordato preventivo trova quasi integrale applicazione.

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² Cfr. Bozza G. "Il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione", *www.dirittodellacrisi.it*, 7.6.2022: "In realtà il riferimento all'art. 11 della direttiva non sembra centrato in quanto tale norma regola la ristrutturazione trasversale dei debiti che non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 64-bis in quanto presuppone che il piano di ristrutturazione non sia approvato da tutte le parti interessate di cui all'articolo 9, par. 6, in ciascuna classe di voto e se ne ammette l'omologa in presenza di determinate condizioni. Più corretto sarebbe parlare di derivazione del nuovo istituto dal combinato disposto degli artt. 9,10 e 11 della direttiva, ma, anche in tal caso, l'idea che la direttiva richieda uno strumento nel quale il debitore possa formulare una proposta senza vincoli distributivi purché vi sia il consenso unanime dei creditori con conseguente intervento limitato del tribunale, non trova conferma nella Direttiva ..."

³ Per un primo esame dell'istituto si vedano Pezzetta M. "Nuovi piani di ristrutturazione con omologazione", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 29.3.2022; Nicotra A., Pezzetta "Crediti prededucibili per il piano di ristrutturazione omologato", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 5.4.2022; Diana F. "Deroga alla par condicio con il nuovo piano di ristrutturazione omologato", *Il Quotidiano del Commercialista*, *www.eutekne.info*, 6.4.2022.

Un passaggio essenziale del PRO è rappresentato, come sopra si è accennato, dalla suddivisione dei creditori in classi di soggetti fra loro omogenei quanto a posizione giuridica e interessi economici. La creazione delle classi, come noto, rappresenta uno strumento strategicamente importante per indirizzare la formazione della maggioranza nei concordati; lo sarà probabilmente ancora di più nel PRO, in quanto va raccolto l'assenso di tutte le classi.

È ragionevole attendersi, quindi, che questo aspetto sarà oggetto di particolare attenzione in sede di omologa, al fine di evitare abusi che finiscano per preordinare strumentalmente l'approvazione dei PRO. D'altro canto, si tratta di temi su cui si è stratificata nel tempo un'ampia base di giurisprudenza e dottrina negli anni passati, i cui esiti paiono poter essere recuperati anche ai fini in esame.

Fra le classi di creditori del PRO non vi sono i lavoratori (dipendenti), in quanto la disposizione di legge prevede che essi debbano essere pagati entro 30 giorni dall'omologazione. I creditori di cui all'art. 2751-bis n. 1 c.c. sono quindi "superprivilegiati": le loro ragioni vanno soddisfatte integralmente ed immediatamente, senza stralci in linea capitale o dilazioni.

A corollario di questo trattamento, la legge prevede che essi non hanno diritto di voto per l'adesione al PRO.

3 DEROGA AGLI ARTT. 2740 E 2741 C.C. E ALLE DISPOSIZIONI SULL'ORDINE DEI PRIVILEGI

Come sopra accennato, la proposta formulata potrà essere derogatoria sia rispetto al disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. che alle disposizioni del codice civile che regolano l'ordine dei diritti di prelazione.

La prima delle norme citate prevede che il debitore debba rispondere delle proprie obbligazioni con l'intero proprio patrimonio, presente e futuro, e che solo la legge possa disporre limitazioni a tale responsabilità.

In tal senso, il PRO potrà prevedere che alcuni elementi del patrimonio del debitore, diversi da quelli previsti dalle esimenti di legge (ad esempio i fondi speciali per la previdenza l'assistenza *ex art* 2217 c.c.), abbiano una destinazione diversa rispetto alla soddisfazione dei creditori precedenti.

Allo stesso modo, gli effetti del PRO potranno essere assimilati a quelli di una esdebitazione, limitando il rimborso dei creditori stessi al ricavato dai beni presenti, con esclusione di quelli futuri.

È possibile derogare anche all'art. 2741 c.c. e alle altre disposizioni sull'ordine dei privilegi: questa possibilità, come d'altro canto sperimentato in applicazione delle norme sull'ADR, consentirà di tarare con estrema flessibilità l'utilizzo delle risorse rivenienti dalla dismissione del patrimonio del debitore. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare le masse immobiliari residue dopo la soddisfazione dei creditori con privilegio speciale, al di fuori delle regole di sussidiarietà di cui all'art. 2776 c.c.

La libertà di manovra è però compressa dal fatto che la disposizione in esame espressamente richiama per il PRO l'applicabilità dell'art. 84 co. 5 del DLgs. 14/2019, che ripropone il principio di cui all'art. 160 co. 2 del RD 267/42, in applicazione del quale i creditori prelati non possono essere soddisfatti in misura inferiore rispetto a quanto lo sarebbero dalla liquidazione dei beni o diritti sui quali hanno prelazione⁴.

4 ISTANZA, VOTO E OMOLOGAZIONE - CONVERSIONE IN E DA CONCORDATO PREVENTIVO

La richiesta di omologa del PRO si presenta con ricorso *ex art*. 40 del DLgs. 14/2019, a cui deve essere allegato il piano di ristrutturazione e la documentazione di cui all'art. 39 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019, oltre che l'attestazione di un professionista indipendente.

La documentazione da produrre è quella che, in base al Codice della crisi deve essere prodotta nel caso di accesso a uno qualsiasi degli strumenti di regolazione delle crisi o dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza.

Il ricorso viene esaminato dal Tribunale sotto il profilo formale e della formazione delle classi.

Effettuato tale vaglio, viene designato un giudice delegato e un commissario giudiziale, sotto la cui vigilanza l'imprenditore prosegue nella gestione dell'attività economica, anche per quanto attiene le decisioni di natura non ordinaria, ma nel rispetto del prevalente interesse dei creditori.

⁴ Cfr. Bozza G. "Il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione", *www.dirittodellacrisi.it*, 7.6.2022.

A tale scopo, la legge prevede che le operazioni straordinarie devono essere preventivamente comunicate al commissario giudiziale, al pari dei pagamenti non coerenti al piano di ristrutturazione che è alla base del PRO di cui si è chiesta l'omologa.

Il commissario esprime, sul punto, le proprie valutazioni indicando al debitore e al suo organo di controllo se esse siano capaci di pregiudicare gli interessi dei creditori.

L'esecuzione, in presenza di parere contrario del commissario giudiziale, delle operazioni straordinarie o dei pagamenti di cui sopra dà luogo a una segnalazione ai sensi dell'art. 106 del DLgs. 14/2019 (Atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura).

Il PRO viene sottoposto a voto dai creditori e ciascuna delle classi formate lo approva qualora riceva l'assenso della maggioranza dei crediti – misurata, ovviamente, per valore e non “per teste” – ammessi al voto.

Il PRO è approvato anche se raccoglie il voto favorevole dei 2/3 dei creditori votanti di ciascuna classe, purché abbia votato almeno la metà degli aventi diritto. In questo caso, si tratta di una unanimità piuttosto diluita in quanto il PRO potrebbe essere approvato dai 2/3 del 50% dei crediti e quindi da un terzo dei crediti complessivi.

L'applicazione del voto per classi, in questo caso, dovrebbe essere tale da garantire una verifica trasversale della coerenza della proposta rispetto alle diverse tipologie di creditori, ma è innegabile che la percentuale assoluta dei votanti che consentono l'omologa del PRO potrebbe essere ben inferiore alla loro maggioranza.

In caso di opposizioni promosse da creditori dissenzienti e motivate con asseriti difetti di convenienza, il Tribunale omologa comunque il PRO se il credito di chi si è opposto risulta soddisfatto almeno nella misura in cui lo sarebbe stato in caso di liquidazione giudiziale.

Il commissario giudiziale, a mente dell'art. 110 del DLgs. 14/2019, predispone una relazione con gli esiti della votazione.

Se il PRO non ha raggiunto il *quorum* di approvazione, si apre una fase nel corso della quale il debitore può:

- a mente dell'art. 64-ter del DLgs. 14/2019, qualora ritenga che detto *quorum* sia stato raggiunto, può chiedere che il Tribunale accerti l'esito della votazione e omologhi comunque il piano di ristrutturazione; oppure,
- modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il Tribunale pronunci il decreto previsto dall'art. 47 del DLgs. 14/2019.

Questa seconda possibilità ricorre anche se un creditore ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'art. 107 co. 4 del DLgs. 14/2019 o, in ogni momento, modificare la domanda, formulando la proposta di concordato, anche al di fuori delle ipotesi di cui sopra. In tal caso però i termini di approvazione della proposta sono ridotti della metà.

Correlativamente, una impresa (non minore) che abbia presentato ricorso per concordato preventivo, può, fino all'avvio delle operazioni di voto, modificare la domanda, convertendola in un ricorso per l'omologazione di un PRO.

5 TRANSAZIONE SU CREDITI TRIBUTARI E CONTRIBUTIVI

Il Codice della crisi disciplina, con modifiche essenzialmente formali, l'istituto della transazione fiscale di cui all'art. 182-ter del RD 267/42⁵.

L'art. 63 del DLgs. 14/2019, come modificato da ultimo dal DLgs. 83/2022 è, appunto, rubricato “Transazione su crediti tributari e contributivi”.

Esso prevede che, nell'ambito delle trattative strumentali agli:

- i) accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 57 del DLgs. 14/2019,
- ii) accordi di ristrutturazione agevolati di cui all'art. 60 del DLgs. 14/2019,
- iii) accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61 del DLgs. 14/2019,

il debitore può formulare una proposta transattiva dei debiti erariali.

⁵ Si ricorda che il DL 125/2020, conv. L. 159/2020, in vigore dal 4.12.2020, ha riscritto la disciplina di cui all'art. 182-ter del RD 267/42, anticipando la regola dell'omologazione forzata (*cram down*) fiscale e previdenziale prevista ab origine dal Codice della crisi.

Si vedano Nicotra A., Pezzetta M. “Novità in materia di transazione fiscale e *cram down*”, *Schede di Aggiornamento*, 3, 2021, p. 517 ss. e “Transazione fiscale e «*cram down*» - Analisi della nuova disciplina”, Circolare per il Professionista, n. 4, 11.6.2021, Eutekne.

La proposta va indirizzata agli enti competenti in merito ai tributi e ai relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché ai contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori; essa può prevedere il pagamento parziale o dilazionato dei debiti erariali e deve essere assistita da una attestazione di un professionista indipendente che ne confermi la convenienza (per i creditori pubblici) rispetto alla liquidazione giudiziale.

Il corpo principale della norma non ha subito modifiche con il DLgs. 83/2022, che si è limitato a rivedere il nome dell'istituto.

Il decreto correttivo è intervenuto, invece, nel merito aggiungendo il co. 2-*bis* all'art. 63 (originariamente contenuta nell'art. 48 co. 5 del DLgs. 14/2019), relativo al c.d. "*cram down* fiscale e previdenziale"⁶, secondo il quale il "*tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli articoli 57, comma 1, e 60, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*".

Il co. 3 dello stesso art. 63 del DLgs. 14/2019 dispone, infine, la risoluzione *ex lege* della transazione su crediti tributari e contributivi nel caso in cui il debitore non rispetti uno dei termini di pagamento concordato e lo scaduto si protragga per almeno 60 giorni dalla scadenza pattuita.

⁶ La medesima modifica è stata, peraltro, opportunamente introdotta anche per il concordato preventivo nell'art. 88 co. 2-*bis* del DLgs. 14/2019, secondo cui: "*Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria*".

NOVITÀ IN MATERIA DI CONCORDATO PREVENTIVO

Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Il presente capitolo esamina le principali modifiche che il DLgs. 17.6.2022 n. 83, correttivo e integrativo del DLgs. 14/2019, in vigore dal 15.7.2022, ha introdotto per la procedura di concordato preventivo, contenute sia nell'ambito del procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui agli artt. 40 ss. del DLgs. 14/2019, sia nella specifica disciplina concordataria di cui agli artt. 85 ss. del DLgs. 14/2019.

Il concordato preventivo rappresenta, probabilmente, l'istituto giuridico nel quale si colgono più decisamente i segni del cambiamento di prospettiva imposto dal recepimento della direttiva *Insolvency*.

Prima con la disciplina del RD 267/42 e adesso con il DLgs. 14/2019 emergere il *favor legis* per il concordato preventivo ai fini del mantenimento della continuità aziendale e come strumento di regolazione e soddisfazione degli interessi dei creditori².

2 ACCESSO AL CONCORDATO PREVENTIVO

Nel DLgs. 14/2019, come modificato dal DLgs. 83/2022, il Capo IV, Titolo III, Parte I, agli artt. 40 ss., è regolato il "Procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale". Detto procedimento trova applicazione anche per accedere al concordato preventivo.

Il legislatore prende atto, implicitamente, che lo strumento del c.d. concordato in "bianco" o "con riserva" è stato impiegato sistematicamente dalle imprese, tanto che, nella prassi maturata in relazione al RD 267/42, sono rare le situazioni in cui si è assistito alla presentazione di una proposta di concordato senza passare per la fase c.d. "prenotativa"³. A tal proposito, rileva, in particolare, l'art. 44 del DLgs. 14/2019, rubricato "Accesso a uno stru-

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² Cfr. Leuzzi S. "Appunti sul concordato preventivo ridisegnato", il Diritto della Crisi, 5.5.2022, www.diritto dellacrisi.it.

³ In alcuni casi, si è assistito alla rinuncia dei ricorsi per concordato c.d. "con riserva" (ad esempio, per l'impossibilità di rispettare i termini di deposito della documentazione completa), effettuata strumentalmente alla successiva presentazione di un concordato pieno in tempi molto ristretti, nelle more dell'avvio di azioni esecutive e cautelari e/o della presentazione di istanze di fallimento nei confronti dell'impresa ritornata (formalmente) *in bonis*. Si tratta di un escamotage procedurale che presta il fianco, tra l'altro, a criticità in termini di consecuzione nelle procedure concorsuali. Se da un lato, infatti, è vero che la causa della crisi/insolvenza dell'impresa è probabilmente unica, essendo rappresentata dalle motivazioni che avevano condotto alla presentazione del ricorso per concordato "in bianco", è anche vero che, qualora il debitore, una volta rinunciato a quest'ultimo, non riesca a presentare un concordato pieno, o lo stesso non venga aperto o, in seguito, venga revocato, respinto dai creditori o non omologato, si giunge a dichiarare il fallimento (la liquidazione giudiziale) in forza di un procedimento distinto da quello originario. Non è scontato, quindi, che il principio della consecuzione possa trovare incontrastata applicazione, ad esempio, per quanto riguarda la prededucibilità dei debiti maturati nella fase prenotativa, o la retrodatazione alla data del ricorso originario ex art. 161 co. 6 del RD 267/42 del periodo sospetto ai fini della revocatoria.

mento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione", che contempla la disciplina relativa alla presentazione della domanda c.d. "in bianco" o "con riserva".

È previsto, in particolare, che il debitore possa presentare la domanda di cui all'art. 40 del DLgs. 14/2019, avente la forma di ricorso, per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, unitamente alla documentazione prevista dall'art. 39 co. 3 del DLgs. 14/2019⁴, riservandosi di presentare, in un secondo momento, la proposta, il piano e gli accordi.

In tal caso, il Tribunale con decreto, ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019, fissa un termine compreso tra 30 e 60 giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, fino a ulteriori 60 giorni, entro il quale il debitore deposita:

- la proposta di concordato preventivo con il piano;
- l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità;
- la documentazione di cui all'art. 39 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019⁵.

Alternativamente, il debitore potrà presentare:

- la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con la documentazione di cui all'art. 39 co. 1 del DLgs. 14/2019; oppure,
- la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione di cui all'art. 64-bis del DLgs. 14/2019, con la documentazione di cui all'art. 39 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019.

Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 44 co. 1 lett. a) – ove era previsto che il termine sarebbe stato concesso solo "se richiesto" dal debitore – la nuova formulazione chiarisce che la fissazione del termine da parte del Tribunale, nell'ipotesi di presentazione della domanda con riserva, non è subordinata ad una richiesta del debitore.

Con il medesimo decreto, il Tribunale nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al Tribunale su ogni atto in frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi (art. 44 co. 1 lett. b) del DLgs. 14/2019).

Inoltre, il Tribunale:

- dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, sino alla scadenza del termine di cui sopra. Con la medesima periodicità, il debitore deposita una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, che, entro il giorno successivo, è iscritta nel Registro delle imprese su richiesta del cancelliere (art. 44 co. 1 lett. c) del DLgs. 14/2019);
- "*ordina al debitore il versamento*"⁶, entro un termine perentorio non superiore a 10 giorni, di una somma

Si aggiunga, inoltre, che tali criticità possono essere esacerbate qualora all'interruzione di un procedimento avviato in base alla legge fallimentare segua l'apertura della consecutiva procedura in vigore del DLgs. 14/2019.

⁴ A norma dell'art. 39 co. 3 del DLgs. 14/2019, il debitore è tenuto a depositare, unitamente alla domanda, unicamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP concernenti i tre esercizi precedenti, l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti.

L'ulteriore documentazione prevista dai co. 1 e 2 dell'art. 39 dovrà essere depositata, invece, nel termine assegnato dal Tribunale ex art. 44 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019.

⁵ A norma dell'art. 39 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019, il debitore che chiede l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza è tenuto a depositare presso il Tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i 3 esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi, i bilanci relativi agli ultimi 3 esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione nonché l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto. Tali elenchi devono contenere l'indicazione del domicilio digitale dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali che ne sono muniti.

Inoltre, il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione ex art. 94 co. 2, compiuti nel quinquennio anteriore, anche in formato digitale.

per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato dal Tribunale (art. 44 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019).

Per il resto la disposizione non presenta significative novità rispetto all'originaria formulazione della norma

2.1 EFFETTI DELLA DOMANDA

Circa gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo, il novellato all'art. 46 del DLgs. 14/2019 stabilisce che, dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo, anche nell'ipotesi in cui la domanda sia stata presentata solo "in bianco", e fino al decreto di apertura *ex art.* 47, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale.

In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il Tribunale dispone la revoca del decreto *ex art.* 44 co. 1 del DLgs. 14/2019.

La domanda di autorizzazione contiene idonee informazioni sul contenuto del piano.

È, altresì, previsto che il Tribunale possa assumere ulteriori informazioni, "*anche da terzi*", e acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato.

Per il resto, la disposizione risulta sostanzialmente coincidente con l'originaria formulazione.

2.2 APERTURA DEL CONCORDATO

Il novellato art. 47 del DLgs. 14/2019 stabilisce che, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se già nominato, verifica:

- a) in caso di concordato liquidatorio, "l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano", intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati;
- b) in caso di concordato in continuità aziendale, la ritualità della proposta. La domanda di accesso al concordato in continuità aziendale è comunque inammissibile se il piano è manifestamente inadeguato alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali.

Rispetto alla precedente formulazione della norma – ove era genericamente stabilito che il Tribunale, a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, verificava l'ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano – la principale novità introdotta nel decreto correttivo è rappresentata dall'individuazione specifica del campo di applicazione del giudizio del Tribunale: in particolare, nel caso di concordato liquidatorio la valutazione è basata sulla verifica dell'ammissibilità della proposta e fattibilità (non più economica) del piano da intendersi quale non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati, mentre nel concordato in continuità aziendale, la verifica verte sulla ritualità della proposta e sull'idoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali⁷.

Per il resto, invece, la disposizione non presenta significative novità rispetto all'originaria formulazione.

2.3 OMOLOGAZIONE

Il decreto correttivo interviene – sempre nell'ambito del procedimento unitario – anche nell'art. 48 del DLgs. 14/2019, che regola il procedimento di omologazione.

È stabilito al co. 1 che, se il concordato è stato approvato dai creditori ai sensi dell'art. 109 del DLgs. 14/2019, il Tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento sia iscritto presso l'ufficio del Registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta nonché notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso.

Le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato – in base al successivo co. 2 – devono essere proposte con memoria depositata nel termine perentorio di almeno 10 giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio parere motivato almeno 5 giorni prima dell'udienza. Il debitore può depositare memorie fino a 2 giorni prima dell'udienza.

Il Tribunale, in base al co. 3, assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio nel rispetto di quanto

⁶ Rispetto alla precedente formulazione della norma, il versamento appare sganciato dalla nomina del commissario giudiziale.

⁷ Sul tema, si veda Ambrosini S. "Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo", <https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it>, 9.6.2022.

previsto dall'art. 112 co. 4 del DLgs. 14/2019, per il concordato in continuità aziendale, anche delegando uno dei componenti del collegio, omologa con sentenza il concordato.

Anche in questo contesto il DLgs. 83/2022 ha operato una riformulazione della norma prevista dall'originario testo del DLgs. 14/2019. Il nuovo art. 48 non contiene più, infatti, la previsione per la quale il Tribunale, ai fini dell'omologa deve verificare la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale. Tale modifica può essere letta come espressione dei principi a cui è ispirata la direttiva *Insolvency*, per cui il concordato preventivo sembra poter essere omologato non (più) sulla base di una valutazione espressamente positiva, senza alcun ragionevole dubbio, ma in ragione di un giudizio "non negativo", motivato dalla rappresentazione di un percorso e una proposta che non siano manifestamente inidonei a regolare la crisi⁸.

Il co. 4 prevede che, quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione con memoria depositata entro 30 giorni dall'iscrizione della domanda nel Registro delle imprese. Il Tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, se nominato, disponendo che il provvedimento sia comunicato, a cura del debitore, al commissario giudiziale, ai creditori e ai terzi che hanno proposto opposizione. Il Tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio, e sentito il commissario giudiziale, omologa con sentenza gli accordi⁹.

La sentenza che omologa il concordato, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione o gli accordi di ristrutturazione – in base al co. 5 – è notificata e iscritta nel Registro delle imprese a norma dell'art. 45 e produce i propri effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p.c. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese¹⁰.

Se il Tribunale non omologa il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione o il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, in base al co. 6, provvede, invece, con sentenza dichiarando, eventualmente e su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale secondo quanto previsto dall'art. 49 co. 1 e 2 del DLgs. 14/2019.

3 FINALITÀ E CONTENUTI DEL CONCORDATO

IL DLgs. 17.6.2022 n. 83 riscrive integralmente l'art. 84 del DLgs. 14/2019, contenuto nella sezione I, Capo III, Titolo IV, Parte I del DLgs. 14/2019, dedicato alle "Finalità e contenuti del concordato preventivo".

La norma, rubricata "Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano", evidenzia come il concordato preventivo abbia la finalità di soddisfare i creditori mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad altri soggetti subentranti al debitore, o, comunque, in qualsiasi altra forma sia possibile¹¹.

Il novellato art. 84¹² stabilisce che l'imprenditore, avente i requisiti di cui all'art. 121 del DLgs. 14/2019¹³, che si

⁸ Cfr. Leuzzi S. "Appunti sul concordato preventivo ridisegnato", il Diritto della Crisi, 5.5.2022, www.dirittodellacrisi.it e Ambrosini S. "Brevi appunti sulla nuova «sintassi» del concordato preventivo", in Ristrutturazioni Aziendali, 9.7.2022, www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it.

⁹ Il co. 4 dell'art. 48, in origine, recitava: quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione entro 30 giorni dall'iscrizione degli accordi, del piano e dell'attestazione nel Registro delle imprese. Il termine è sospeso nel periodo feriale. Il Tribunale, sentito il commissario giudiziale, se nominato, e decise le opposizioni in camera di consiglio, provvede all'omologazione con sentenza.

¹⁰ Dal co. 5 viene, quindi, espunta l'originaria formulazione relativa al *cram down*, per essere trasposta in due separate disposizioni: nell'art. 63 co. 2-bis, per gli accordi di ristrutturazione e nell'art. 88 co. 2-bis, per il concordato preventivo.

Il co. 5, infatti, recitava: il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57 co. 1, 60 co. 1 e 109 co. 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

¹¹ Sul tema, si veda Ambrosini S. "Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva *Insolvency*: i creditori e i lavoratori", <https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it>, 1.6.2022.

¹² Si ricorda che, secondo la formulazione precedente il decreto correttivo, l'art. 84 del DLgs. 14/2019 disponeva al co. 1 che: "Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio".

trovi in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi – sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'art. 87 del DLgs. 14/2019 – il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assunto o in qualsiasi altra forma.

Inoltre, viene specificato che possono costituirsi come assuntori anche i creditori o le società da questi partecipate.

È fatto salvo il disposto in tema di liquidazione coatta amministrativa di cui all'art. 296 del DLgs. 14/2019, in base al quale, salvo che la legge non disponga diversamente, possono accedere al concordato preventivo anche le imprese soggette alla liquidazione coatta amministrativa.

L'art. 84 co. 2 del DLgs. 14/2019¹⁴ chiarisce che la continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro.

La continuità aziendale può essere:

- diretta, con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato; ovvero,
- indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo.

La definizione di continuità, diretta e indiretta, è rimasta sostanzialmente inalterata rispetto al testo dell'originario DLgs. 14/2019. Il DLgs. 83/2022, infatti, pur avendo riformulato il testo originario, non contempla modifiche di merito. La suddivisione fra continuità diretta e continuità indiretta sembra continuare a basarsi sul trasferimento dell'azienda dall'imprenditore in crisi a un nuovo imprenditore.

Pare rimanere entro i perimetri della continuità diretta il concordato preventivo attuato per il tramite del trasferimento del capitale dell'impresa in crisi ad un nuovo soggetto economico, anche se, di fatto, gli effetti ottenuti sono nella sostanza i medesimi e, cioè, il cambiamento di soggetto/beneficiario economico.

Si tratta di una tassonomia che finisce, almeno fiscalmente, per disciplinare diversamente fattispecie economiche fra loro omogenee, sulla base del (mero) dato formale dell'identità soggettiva della società¹⁵.

Nel concordato in continuità aziendale, in base al successivo co. 3, i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

La proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Va segnalato che, rispetto alla previsione dell'art. 84 del DLgs. 14/2019 come emendata, la norma che entra in vigore il 15.7.2022, non contiene più alcun requisito occupazionale necessario a qualificare il concordato come in continuità (indiretta). È stato infatti eliminato l'inciso in base al contratto o il titolo giuridico in forza del quale la continuità aziendale era trasferita ad un terzo che avrebbe dovuto prevedere il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

¹³ Si tratta dei soggetti che non rientrano tra le imprese minori ex art. 2 co. 1 lett. d) del DLgs. 14/2019 e che, quindi, possiedono i requisiti per accedere alle "procedure maggiori".

¹⁴ Nella precedente formulazione dell'art. 84 del DLgs. 14/2019, al co. 2, era previsto che la continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore.

¹⁵ Pezzetta M. "Perdite su crediti, sopravvenienze attive e note di variazione IVA nei processi di ristrutturazione", *Società, Contratti, Bilancio e Revisione*, 07/08, 2021, p. 82 ss.

Un'ulteriore novità introdotta dal DLgs. 83/2022 è relativa alla circostanza che non è più necessario che nel concordato in continuità la soddisfazione dei creditori sia realizzata prevalentemente per il tramite dei flussi derivanti dalla continuità aziendale: il nuovo co. 3 dell'art. 84 anzi prevede, al contrario, che il concordato in continuità rimane tale anche se i flussi da *going concern* non sono prevalenti rispetto a quelli da liquidazione del patrimonio¹⁶.

Nel concordato con liquidazione del patrimonio – dispone il co. 4 dell'art. 84¹⁷ – la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapacità in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo.

Con le modifiche introdotte dal DLgs. 83/2022 è venuto meno il requisito relativo alla circostanza che le risorse esterne dovevano garantire una soddisfazione migliorativa del 10% dei creditori chirografari rispetto alla liquidazione giudiziale: la norma, come sopra riferito, chiede che le finanze esterne incrementino l'attivo del 10%. Anche se la disposizione di legge non lo prevede espressamente, sembra chiaro che questo incremento deve, in ogni caso, andare a beneficio dei creditori chirografari, in applicazione della c.d. "*absolute priority rule*", che si applica al concordato liquidatorio.

Solo le risorse esterne, infatti, possono essere distribuite in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c., purché sia rispettato il requisito del 20% e il co. 6 (di cui *infra*), che "*sdogana*" la *relative priority rule*, la quale trova applicazione solo al concordato in continuità e non a quello liquidatorio.

Si considerano esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

Al co. 5 è chiarito che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o al diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da un professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario.

Come sopra accennato, nel concordato in continuità aziendale, in base al co. 6, il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

Con tale previsione – secondo la relazione illustrativa del DLgs. 83/2022 – recepisce, per il concordato in continuità aziendale, la regola della priorità relativa sulla parte di valore del patrimonio generata dalla prosecuzione dell'attività, in conformità all'art. 11 par. 1 lett. c) della direttiva UE 1023/2019¹⁸.

Con ciò pare anche trovare termine una delicata questione inerente la natura dei flussi di cassa generati dalla continuità nel concordato preventivo che, secondo l'interpretazione della giurisprudenza prevalente formatasi in vigenza del RD 267/1942, era da considerarsi finanza interna e, in quanto tale, soggetta alla regola della priorità assoluta.

Giova evidenziare che la regola di distribuzione detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite.

¹⁶ Nella precedente formulazione della norma il co. 3 recitava: "*Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi 2 anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso. A ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa*".

¹⁷ Il co. 4 ab origine disponeva: "*Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario*".

¹⁸ Cfr. Sciarra A. "Concordato/1. La continuità con il principio di priorità relativa per i creditori" in "Codice della crisi d'impresa. Cosa cambia con il testo finale", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 9, ed inoltre, Sciarra A. "Concordato/2. Nella liquidazione il patrimonio aumentato con risorse extra" in "Codice della crisi d'impresa. Cosa cambia con il testo finale", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 10.

Il valore di liquidazione dell'impresa è distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore), mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. "plusvalore da continuità", può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore).

Il co. 7 prevede che i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis* n. 1 c.c. vengano soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione.

La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto di quanto previsto dall'art. 2116 co. 1 c.c.¹⁹.

Quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato – in base al co. 8 – il Tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Si applicano gli artt. 2919 - 2929 c.c.

Il co. 9, infine, chiarisce che quando il piano prevede l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il giudice provvede ex art. 91 co. 1 del DLgs. 14/2019²⁰.

Suddivisione dei creditori in classi

Il novellato art. 85 del DLgs. 14/2019²¹ regola la suddivisione dei creditori in classi, stabilendo, al co. 1, che il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

¹⁹ Secondo la Relazione illustrativa, la norma dà attuazione all'art. 13 della direttiva e alla più generale "clausola di non regresso", di matrice comunitaria, secondo la quale ogni intervento normativo che incide sui diritti dei lavoratori non può determinare una riduzione delle garanzie e dei diritti già garantiti dal singolo ordinamento nazionale. Si impone di applicare ai lavoratori la regola della priorità assoluta sia sul valore di liquidazione che sul valore di continuità e fa salvi i diritti pensionistici garantiti dall'art. 2116 c.c., in attuazione dell'art. 1 par. 6 della direttiva.

²⁰ L'art. 91 del DLgs. 14/2019 – per le offerte concorrenti – al co. 1 stabilisce che: "Il Tribunale o il giudice da esso delegato, esclusivamente quando il piano di concordato comprende un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato e avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità' al fine di acquisire offerte concorrenti. La stessa disciplina si applica in caso di affitto d'azienda".

²¹ L'art. 85 del DLgs. 14/2019, ante DLgs. 83/2022, disponeva:

"1. Per proporre il concordato l'imprenditore, soggetto a liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 121, deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza. È in ogni caso fatto salvo il disposto dell'articolo 296.

2. La proposta deve fondarsi su un piano fattibile e presentare i requisiti previsti dall'art. 87.

3. Il piano può prevedere:

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;

b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto;

c) la eventuale suddivisione dei creditori in classi;

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

4. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate.

5. La formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.

6. Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

7. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario".

È sancito, quindi, il principio generale della facoltatività della suddivisione in classi e del trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse, in linea con l'art. 10 par. 2 lett. b) della direttiva UE 1023/2019.

Al co. 2 è previsto che la suddivisione dei creditori in classi, invece, è obbligatoria per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.

È obbligatoria la suddivisione dei creditori in classi anche nel concordato in continuità aziendale, in base al co. 3 dell'art. 85.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione, non ricorrendo le condizioni di cui all'art. 109 co. 5 del DLgs. 14/2019²², sono suddivisi in classi, e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate.

Il co. 4, infine, chiarisce che, fermo quanto previsto dall'art. 84 co. 5, 6 e 7 del DLgs. 14/2019, il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Secondo la Relazione illustrativa, la qualificazione dei creditori muniti di diritto di prelazione non integralmente soddisfatti quali parti interessate dal piano, con conseguente diritto di voto, rappresenta una novità del sistema: il creditore privilegiato non vota se non per la parte incapiente degradata al chirografo o alle condizioni previste in caso di moratoria.

Si tratta di una previsione funzionale alla piena attuazione delle regole della ristrutturazione trasversale previste nell'art. 11 della direttiva UE 1023/2019 e si pone in linea con la definizione di "parti interessate" di cui all'art. 2 par. 1 n. 2.

Si osserva, tuttavia, che considerare i creditori privilegiati quali parti interessate aventi diritto di voto imporrebbe, nel concordato in continuità (in cui la formazione delle classi è obbligatoria), la predisposizione di classi distinte per ciascun grado di privilegio.

Considerato l'ingente numero delle cause legittime di prelazione esistenti nell'ordinamento nazionale, le proposte di concordato in continuità diverrebbero ancor più complesse da predisporre (per il debitore, o per i creditori ed i soci in caso di proposte concorrenti) e da verificare (per il commissario giudiziale e per il Tribunale), rendendo la procedura più complessa.

La novellata disposizione, quindi, propone una soluzione di compromesso che, da un lato, fa salvo il sistema attuale e, dall'altro, persegue gli obiettivi di agevolazione della ristrutturazione che ispirano e permeano di sé la direttiva UE 1023/2019.

Moratoria del concordato in continuità

L'art. 86 del DLgs. 14/2019, viene integralmente sostituito dal DLgs. 83/2022, e sotto la rubrica "Moratoria nel concordato in continuità", stabilisce che: fermo quanto previsto nell'art. 109 del DLgs. 14/2019 (sulla maggioranza per l'approvazione del concordato), il piano può prevedere una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione (co. 1).

Per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751-bis n. 1 c.c. può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a 6 mesi dall'omologazione (co. 2)²³.

²² Si ricorda che, a norma dell'art. 109 co. 5 del DLgs. 14/2019, il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. In caso di mancata approvazione si applica l'art. 112 co. 2. I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro 180 giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratorio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 1 c.c., il termine di cui al quarto periodo è di 30 giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.

²³ Il testo dell'art. 86 del DLgs. 14/2019, precedente l'intervento del DLgs. 83/2022, stabiliva: "1. Il piano può prevedere una moratoria non superiore a 2 anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla

Contenuto del piano di concordato

L'art. 87 del DLgs. 14/2019, come riscritto dal decreto correttivo, regola il contenuto del piano di concordato²⁴.

Al co. 1 è stabilito che il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'art. 39 del DLgs. 14/2019²⁵, un piano contenente:

- a) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;
- b) una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;
- c) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
- d) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
- e) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- f) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente;
- g) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;
- h) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;
- i) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati;
- l) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato;
- m) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;
- n) le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;
- o) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;
- p) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato²⁶.

data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo".

²⁴ Secondo la Relazione illustrativa del DLgs. 83/2022, la nuova formulazione recepisce le disposizioni dell'art. 8 par. 1 della direttiva UE 1023/2019.

²⁵ In particolare, il debitore è tenuto a depositare: le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione nonché l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto. Tali elenchi devono contenere l'indicazione del domicilio digitale dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali che ne sono muti. Inoltre, deve essere depositata una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 94 co. 2, compiuti nel quinquennio anteriore, anche in formato digitale.

²⁶ Il co. 1 dell'art. 87 del DLgs. 14/2019, prima delle modifiche di cui al DLgs. 83/2022, invece, recitava: "Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'art. 39, un piano contenente la descrizione analitica delle mo-

Nella domanda – in base al successivo co. 2 – il debitore indica le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale.

Il debitore, ai sensi del successivo co. 3, deposita, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o a superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano²⁷.

Treatmento dei crediti tributari e contributivi

L'art. 88 del DLgs. 14/2019, recante la disciplina del trattamento dei crediti tributari e contributivi, viene novellato ai co. 1, 2 e 2-*bis*, restando invariati, invece, i successivi co. 3 - 5.

È stabilito, in particolare che: "*Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2*", con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Al co. 2 è stabilito che: l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale "*e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore*".

Il nuovo co. 2-*bis* – riprendendo la disciplina del *cram down* nell'originaria formulazione dell'art. 48 co. 5 del DLgs. 14/2019 – dispone che il Tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'art. 109 co. 1 del DLgs. 14/2019²⁸, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di

dalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario. Il piano deve indicare:

- a) le cause della crisi;
- b) la definizione delle strategie d'intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- c) gli apporti di finanza nuova, se previsti;
- d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero;
- e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti;
- f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
- g) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura".

²⁷ Il co. 2 e 3 dell'art. 87 del DLgs. 14/2019, nella formulazione ante DLgs. 83/2022, recitavano:

"2. Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

3. In caso di concordato in continuità la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".

²⁸ L'art. 109 del DLgs. 14/2019, al co. 1, stabilisce che: "Salvo quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dal comma 5, il con-

soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

I co. 3 - 5 restano invece invariati rispetto alla formulazione originaria²⁹.

Proposte concorrenti

L'art. 90 del DLgs. 14/2019 viene novellato per raccordare i riferimenti con il nuovo art. 87 e per sostituire il richiamo agli abrogati procedimenti di allerta e di composizione assistita della crisi con il richiamo alla disciplina composizione negoziata.

Il co. 5, in particolare, stabilisce che le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'art. 87 "co. 3", il professionista indipendente attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari.

Tale percentuale è ridotta al 20% nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata.

Commissario giudiziale

L'art. 92 co. 2 del DLgs. 14/2019, come novellato dal decreto correttivo, richiama, tra le norme applicabili al commissario giudiziali, nei limiti della compatibilità, oltre gli artt. 125, 126, 133, 134, 136 e 137 del DLgs. 14/2019 anche l'art. 135 del DLgs. 14/2019, che regola la sostituzione del curatore³⁰.

Nel nuovo co. 3 è stabilito che il commissario giudiziale vigila sull'attività del debitore e fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso.

Nel concordato in continuità aziendale, nel termine concesso ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. a) del DLgs. 14/2019, il commissario giudiziale, se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive di cui all'art. 54 co. 2 del DLgs. 14/2019, affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione.

È affidato al commissario anche il ruolo di affiancamento per il debitore nella fase delle trattative prodromiche alla predisposizione del piano, richiesto dall'art. 5 par. 3 della direttiva UE 1023/2019.

Il commissario vigila sull'attività del debitore, anche fornendo assistenza a quest'ultimo nel condurre le trattative con i creditori e per la predisposizione del piano assistito nell'ambito del concordato preventivo in continuità aziendale.

Contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale

Il DLgs. 83/2022, in attuazione dell'art. 7 par. 4 e 5 della direttiva UE 1023/2019 – introduce all'interno del Codice della crisi, il nuovo art. 94-*bis* del DLgs. 14/2019, recante le disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale.

cordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato è approvato se, oltre alla maggioranza di cui al primo periodo, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi".

²⁹ Al co. 3 è stabilito che copia della proposta e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il Tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e agli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda. L'agente della riscossione, non oltre 30 giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. Gli uffici, nello stesso termine, devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione. Dopo la nomina del commissario giudiziale copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essergli trasmessa per gli adempimenti previsti dagli artt. 105 co. 1 e 106. In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

Al co. 4, è previsto che relativamente al credito tributario chirografario complessivo, il voto sulla proposta concordataria è espresso dall'ufficio, previo parere conforme della competente direzione regionale.

In base al co. 5, il voto è espresso dall'agente della riscossione limitatamente agli oneri di riscossione di cui all'art. 17 del DLgs. 112/99.

³⁰ Tale modifica risulta conforme all'art. 26 par. 1 lett. d) della direttiva UE 1023/2019.

La nuova disposizione, al co. 1, stabilisce che i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'art. 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

Al successivo co. 2 è chiarito che, fermo quanto sopra previsto, i creditori interessati dalle misure protettive, concesse ai sensi dell'art. 54 co. 2 del DLgs. 14/2019, non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale.

Sono essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi quelli relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore.

Maggioranza per l'approvazione del concordato

L'art. 109 del DLgs. 14/2019 – come riscritto dal DLgs. 83/2022 – sulla maggioranza per l'approvazione del concordato, stabilisce, al co. 1, che, salvo quanto previsto per il concordato in continuità aziendale dal successivo co. 5, il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato è approvato se, oltre alla maggioranza di cui al primo periodo, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto.

Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi.

In base al successivo co. 2, quando sono poste al voto più proposte di concordato, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze di cui al primo e secondo periodo del presente comma, il giudice delegato, con decreto da adottare entro 30 giorni dal termine di cui all'art. 110 co. 2 del DLgs. 14/2019, rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei 20 giorni successivi, possono far pervenire il proprio voto per posta elettronica certificata.

In ogni caso si applicano le disposizioni del co. 1.

Al successivo co. 3, è chiarito che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione. Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono equiparati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato.

I creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale, in base al co. 4, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito.

Dispone, poi, il co. 5 che il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe³¹.

In caso di mancata approvazione si applica l'art. 112 co. 2 del DLgs. 14/2019³². I creditori muniti di diritto di pre-

³¹ La classe è consenziente, quindi, se vota favorevolmente la maggioranza dei crediti nella stessa rappresentati; in mancanza, si ritiene consenziente anche la classe nella quale hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti votanti, purché abbia votato almeno la metà dei crediti della classe. Tali maggioranze, che intendono incentivare la ristrutturazione evitando che l'inerzia di una parte dei creditori appartenenti alla stessa classe impedisca l'approvazione della proposta e del piano, rientrano nelle facoltà attribuite agli Stati membri dall'art. 9 par. 6 della direttiva UE 1023/2019 (che indica, tra i vari criteri, quello della maggioranza dei crediti e, eventualmente, quello per teste). Nel rispetto dell'unico limite posto dall'art. 9 par. 6 della direttiva, che è quello di non fissare maggioranze superiori al 75%, la disposizione si pone in linea con lo scopo della normativa comunitaria.

³² Il co. 2 del nuovo art. 112 del DLgs. 14/2019 dispone che, nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissen-

lazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro 180 giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis* n. 1 c.c.³³, il predetto è ridotto a 30 giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.

Restano sostanzialmente identici i successivi co. 6 e 7.

Il co. 6 stabilisce che sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge o il convivente di fatto del debitore, ovvero la parte dell'unione civile con il debitore, i parenti e affini del debitore fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato. Sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d'interessi.

Al co. 7 è previsto che il creditore che propone il concordato ovvero le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi dell'art. 2359 co. 1 c.c., possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe.

Giudizio di omologazione

Il decreto correttivo riscrive integralmente la disciplina di cui all'art. 112 del DLgs. 14/2019 sul giudizio di omologazione.

In particolare, l'art. 112 stabilisce (co. 1) che il Tribunale omologa il concordato verificati:

- a) la regolarità della procedura;
- b) l'esito della votazione;
- c) l'ammissibilità della proposta;
- d) la corretta formazione delle classi;
- e) la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe;
- f) in caso di concordato in continuità aziendale, che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori;
- g) in ogni altro caso, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il Tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
- b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84 co. 7;
- c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

zienti, il Tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
- b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84 co. 7 del DLgs. 14/2019;
- c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;
- d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

³³ Si tratta di: crediti relativi a retribuzioni di lavoratori subordinati, indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché del credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori e del credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile

- d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (co. 2).

Nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il Tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (co. 3).

In caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal Tribunale solo se con l'opposizione è eccepita la violazione della convenienza di cui al precedente co. 2 o il mancato rispetto delle condizioni di ristrutturazione trasversale di cui al co. 2 (co. 4).

Nel concordato che prevede la liquidazione del patrimonio oppure l'attribuzione delle attività a un assunto o in qualsiasi altra forma, se un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20% dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (co. 5).

La classe è consenziente se vota favorevolmente la maggioranza dei crediti nella stessa rappresentati; in mancanza, si ritiene consenziente anche la classe nella quale hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti votanti, purché abbia votato almeno la metà dei crediti della classe. Tali maggioranze, che intendono incentivare la ristrutturazione evitando che l'inerzia di una parte dei creditori appartenenti alla stessa classe impedisca l'approvazione della proposta e del piano, sono stabilite nell'ambito della facoltà attribuita agli Stati membri dall'art. 9 par. 6 della direttiva UE 1023/2019 (che indica, tra i vari criteri, quello della maggioranza dei crediti e, eventualmente, quello per teste) e esplicitata nel considerando 47. Nel rispetto dell'unico limite espresso posto dal co. 2 dell'art. 9 par. 6 della direttiva, che è quello di non fissare maggioranze superiori al 75%, la disposizione in esame si pone in linea con lo scopo della normativa comunitaria ed è espressione dell'ampia discrezionalità lasciata, sul punto, agli ordinamenti nazionali.

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal Tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo (co. 6)³⁴.

Chiusura della procedura

All'art. 113 del DLgs. 14/2019, accanto all'originaria previsione di cui al co. 1 (secondo la quale la procedura di concordato preventivo si chiude con la sentenza di omologazione ai sensi dell'art. 48), è aggiunto il nuovo co. 1-bis, a norma del quale l'omologazione deve intervenire nel termine di 12 mesi dalla presentazione della domanda ai sensi dell'art. 40 del DLgs. 14/2019.

Cessione dei beni

Il decreto correttivo integra l'art. 114 co. 2 del DLgs. 14/2019, mediante il richiamo, tra le altre norme applicabili – nei limiti di compatibilità – ai liquidatori, anche dell'art. 135 del DLgs. 14/2019 (sostituzione del curatore). Vengono quindi estese al liquidatore giudiziale tutte le disposizioni dettate per il curatore ed il commissario giudiziale, in attuazione dell'art. 26 par. 1 lett. d) della direttiva UE 1023/2019.

Viene, inoltre, inserito il nuovo co. 6, secondo cui, conclusa l'esecuzione del concordato, il liquidatore comunica al commissario giudiziale un rapporto riepilogativo finale, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale. Il commissario ne dà notizia, con le sue osservazioni, al pubblico ministero e ai creditori e ne deposita copia presso la cancelleria del Tribunale.

Trasformazione, fusione, scissione

L'art. 116 del DLgs. 14/2019 resta sostanzialmente invariato, salvo l'inserimento del nuovo co. 5, che, in presen-

³⁴ L'art. 112 del DLgs. 14/2019 nella precede formulazione stabiliva che: se un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (co. 1).

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal Tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

za di un piano che prevede il compimento delle operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice, sospende il diritto di recesso dei soci fino all'attuazione del piano.

La disposizione è attuativa dell'art. 12 par. 1 della direttiva UE 1023/2019.

Esecuzione del piano

Il decreto correttivo interviene anche sull'art. 118 del DLgs. 14/2019, relativo all'esecuzione del piano.

Al co. 1 è confermato che, dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Viene, tuttavia, inserita la previsione secondo cui: *"Ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui all'articolo 105, comma 1³⁵, redige un rapporto riepilogativo redatto in conformità a quanto previsto dall'articolo 130, comma 9³⁶, e lo trasmette ai creditori. Conclusa l'esecuzione del concordato, il commissario giudiziale deposita un rapporto riepilogativo finale redatto in conformità a quanto previsto dal medesimo articolo 130, comma 9"*.

³⁵ L'art. 105 co. 1 del DLgs. 14/2019 stabilisce che il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, precisando se l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno 45 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori. Copia della relazione è trasmessa al pubblico ministero.

³⁶ L'art. 130 co. 9 del DLgs. 14/2019 stabilisce che il curatore, inoltre, entro 4 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e, successivamente, ogni 6 mesi, presenta al giudice delegato un rapporto riepilogativo delle attività svolte e delle informazioni raccolte dopo le precedenti relazioni, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale della procedura relativi agli stessi periodi. Copia del rapporto e dei documenti allegati è trasmessa al comitato dei creditori. Nel termine di 15 giorni, il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Nei successivi 15 giorni copia del rapporto, assieme alle eventuali osservazioni, omesse le parti secretate, è trasmessa per mezzo della posta elettronica certificata al debitore, ai creditori e ai titolari di diritti sui beni.

STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI DELLE SOCIETÀ

Maurizio MEOLI¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

Ai sensi dell'art. 2 lett. m-*bis*) del DLgs. 14/2019², per "*strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*" si intendono le misure, gli accordi e le procedure volti:

- al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale;
- alla liquidazione del patrimonio o delle attività.

Tali misure, accordi e procedure possono, a richiesta del debitore, essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi.

A fronte di tale generale nozione, il presente capitolo si sofferma, brevemente, sulle indicazioni normative che la nuova sezione VI-*bis* del Capo II del Titolo IV del DLgs. 14/2019³ (artt. 120-*bis* - 120-*quinquies*) dedica agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza "delle società".

2 ACCESSO AGLI STRUMENTI

L'art. 120-*bis* del DLgs. 14/2019 è rubricato "accesso" agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società.

2.1 COMPETENZA ESCLUSIVA DEGLI AMMINISTRATORI

In ordine alla domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza di società, si evidenzia, innanzitutto, come, in base all'art. 40 co. 2 secondo periodo del DLgs. 14/2019⁴, essa debba essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 120-*bis* del DLgs. 14/2019.

In tale ultimo articolo è stabilito che l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano.

La decisione deve:

- risultare da verbale redatto da notaio;
- essere depositata e iscritta nel Registro delle imprese.

La domanda di accesso è sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza della società (art. 120-*bis* co. 1 del DLgs. 14/2019).

Si ritiene che la disposizione contenuta nell'art. 40 co. 6 del DLgs. 14/2019, che fa riferimento alla domanda proposta da "*coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa*" (per disciplinare la notifica al debitore),

¹ m.meoli@eutekne.it.

² Come inserito dall'art. 1 co. 1 lett. d) del DLgs. 83/2022.

³ Come inserita dall'art. 25 co. 1 del DLgs. 83/2022.

⁴ Come sostituito dall'art. 12 co. 2 del DLgs. 83/2022.

debba essere riferita alla mera ipotesi di accesso alla liquidazione giudiziale (istituto a cui fa riferimento esclusivo anche il precedente co. 5) e sia da leggere in correlazione alla previsione di cui all'art. 37 co. 2 del medesimo decreto, ove si prevede la possibilità che la liquidazione giudiziale possa essere domandata con ricorso anche degli organi e delle Autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa.

2.2 POSSIBILE CONTENUTO DEL PIANO

Lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza deve tendere alla "ristrutturazione" della situazione di crisi della società e fondarsi su di un piano.

Ai fini del buon esito della ristrutturazione, il piano può prevedere:

- qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi riduzioni e aumenti di capitale, anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione;
- altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci;
- fusioni, scissioni e trasformazioni (art. 120-*bis* co. 2 del DLgs. 14/2019).

2.3 POSIZIONE DEI SOCI

Gli amministratori sono tenuti a:

- informare i soci dell'avvenuta decisione di accedere a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
- riferire periodicamente del suo andamento (art. 120-*bis* co. 3 del DLgs. 14/2019).

Proposte concorrenti

I soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti ai sensi dell'art. 90 del DLgs. 14/2019. La domanda è sottoscritta da ciascun socio proponente (art. 120-*bis* co. 5 del DLgs. 14/2019).

2.4 LIMITI ALLA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

Nell'intento di impedire ai soci – che potrebbero non avere più interesse alla società – di ostacolare l'azione degli amministratori, è disposto che, dal momento dell'iscrizione della decisione nel Registro delle imprese e fino alla (eventuale) omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa.

Si precisa, inoltre, che:

- non costituisce giusta causa di revoca la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge;
- la deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del Tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati (art. 120-*bis* co. 4 del DLgs. 14/2019).

2.5 AMBITO DI APPLICABILITÀ

Come evidenziato, la disciplina in esame attiene agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società.

In forza dell'ultimo comma dell'art. 120-*bis* del DLgs. 14/2019, peraltro, essa si applica, in quanto compatibile, agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza presentati anche dagli imprenditori collettivi diversi dalle società.

3 CLASSAMENTO DEI SOCI E DEI TITOLARI DI STRUMENTI FINANZIARI

Lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza della società può prevedere la formazione di una classe di soci. Le classi di soci possono essere anche più di una se esistono soci ai quali lo statuto, anche a seguito delle modifiche previste dal piano, riconosce diritti diversi (art. 120-*ter* co. 1 del DLgs. 14/2019).

Si può immaginare, come le esperienze di prassi hanno dimostrato, la creazione di soci privilegiati o postergati agli altri nella sopportazione delle perdite, ovvero di soci che, al verificarsi di determinate condizioni (ad esempio che il piano non "performi" come da attese) subiscano la diluizione conseguente alla trasformazione in capitale di strumenti partecipativi o di titoli di debito.

3.1 CLASSAMENTO OBBLIGATORIO

La formazione delle classi è obbligatoria:

- se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci;
- per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 120-ter co. 2 del DLgs. 14/2019).

3.2 MODALITÀ DI ESPRESSIONE DEL VOTO

I soci, inseriti in una o più classi, esprimono il proprio voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori.

All'interno della classe il socio ha diritto di voto in misura proporzionale alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda.

Il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il suddetto termine si ritiene consenziente (art. 120-ter co. 3 del DLgs. 14/2019).

3.3 AMBITO DI APPLICABILITÀ

In forza dell'ultimo comma dell'art. 120-ter del DLgs. 14/2019, la disciplina sul classamento si applica, in quanto compatibile, ai titolari di strumenti finanziari, a eccezione di quelli che attribuiscono il diritto incondizionato al rimborso anche parziale dell'apporto.

4 OMOLOGAZIONE ED ESECUZIONE DEGLI STRUMENTI

Le disposizioni speciali previste per l'applicazione alle società degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza includono anche una sorta di *cram down*. L'art. 120-quater del DLgs. 14/2019, infatti, lo prevede nel caso in cui il piano contempli che una parte del valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato a coloro che erano soci prima di presentare la domanda di accesso al concordato. In queste situazioni, il piano potrebbe ricevere il voto negativo di una o più classi di creditori in ragione, proprio, della quota parte di beneficio economico riservata ai vecchi soci. In tal caso, dispone la legge, il piano viene omologato comunque se il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Se non vi sono classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, il concordato può essere omologato solo quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

Si tratta, ragionevolmente, di un ulteriore aspetto che dovrà essere vagliato tanto dall'attestatore che dal commissario giudiziale.

Diversi potrebbero essere i casi di applicazione della fattispecie descritta. Si pensi all'ipotesi di un concordato preventivo in continuità diretta nel quale un terzo investitore rilevi, per un prezzo simbolico, il capitale sociale della società ritornata *in bonis* e con deficit patrimoniale ripianato in ragione delle sopravvenienze attive (*rectius* insussistenze di passività) generate dalla esdebitazione concordataria conseguente all'omologa. Non sono infrequenti, in tali contesti, pattuizioni che riconoscono ai vecchi soci il diritto al mantenimento di una quota di minoranza nel capitale sociale, in percentuale magari variabile a seconda della performance del piano, per riconoscere il loro contributo al buon esito del *turn around*.

L'art. 120-quater co. 2 del DLgs. 14/2019 dispone che il valore complessivamente destinato ai soci vada determinato facendo riferimento al valore effettivo (i.e. *fair value*?) delle partecipazioni dei soci o degli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di acquisirle, "*dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma*". Si tratta di una valutazione che potrebbe non essere semplice o univoca.

I soci possono opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 120-quater co. 2 del DLgs. 14/2019)⁵.

Il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza:

⁵ Le disposizioni di questo articolo si applicano, in quanto compatibili, all'omologazione del concordato in continuità aziendale presentato dagli imprenditori individuali o collettivi diversi dalle società e dai professionisti (art. 120-quater co. 4 del DLgs. 14/2019).

- determina la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano;
- demanda agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione;
- autorizza gli amministratori a porre in essere, nei successivi 30 giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano (art. 120-*quinquies* co. 1 primo periodo del DLgs. 14/2019).

4.1 POSSIBILE NOMINA DI UN AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO

In caso di inadempimento da parte degli amministratori, il Tribunale, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può:

- nominare un amministratore giudiziario, attribuendogli i poteri necessari a provvedere in luogo di costoro agli adempimenti in questione;
- disporre la revoca per giusta causa degli amministratori (art. 120-*quinquies* co. 1 secondo periodo del DLgs. 14/2019).

4.2 POSIZIONE DEL NOTAIO

Se il notaio incaricato ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il termine di 30 giorni, agli amministratori.

Gli amministratori, nei 30 giorni successivi, possono ricorrere, per i provvedimenti necessari, al Tribunale che ha omologato lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 120-*quinquies* co. 2 del DLgs. 14/2019).

Le disposizioni sopra sinteticamente rappresentate paiono fornire la rappresentazione dell'iter che dovrà essere seguito per la modifica degli atti costitutivi o dei patti sociali delle società previsti nel piano. Si tratta di un procedimento derogatorio, di fatto, rispetto alle regole civilistiche altrimenti applicabili. La votazione espressa dalla classe (o delle classi) dei soci coevamente ai creditori in merito al piano pare sostituire le deliberazioni assembleari (o decisioni dei soci non riuniti in assemblea), con maggioranze diverse da quelle previste dalla legge o dallo statuto (ad esempio, la regola della unanimità nelle società di persone), anche superando le regole dettate dall'art. 2376 c.c. per le assemblee speciali, pur dovendosi osservare che, di fatto, a dette assemblee possono essere assimilate le singole classi di soci. L'approvazione del piano da parte della classe dei soci non è sufficiente a consentire l'efficacia e l'opponibilità ai terzi delle suddette modifiche, in quanto a tal fine dovrà essere attesa l'omologazione dello strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, oltre che la successiva ricognizione, che dovrà essere effettuata dal notaio incaricato della pratica ai fini della iscrizione delle modifiche nel Registro delle imprese. L'intervento del notaio (*ex art. 120-quinquies* co. 2 del DLgs. 14/2019) pare avere finalità analoghe a quelle di cui all'art. 2436 co. 3 c.c. Correlativamente a quest'ultima disposizione, lo stesso art. 120-*quinquies* co. 2 dispone che, in caso il notaio verifichi che le condizioni di legge non sono state rispettate ne dà notizia agli amministratori entro 30 giorni e questi, entro i successivi 30 giorni, possono fare ricorso al Tribunale che ha omologato lo strumento di regolazione della crisi.

4.3 INTANGIBILITÀ DEI CONTRATTI

Le modificazioni della compagine sociale conseguenti all'esecuzione di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza non costituiscono causa di risoluzione o di modificazione di contratti stipulati dalla società. Sono inefficaci eventuali patti contrari (art. 120-*quinquies* co. 3 del DLgs. 14/2019).

A tale riguardo si può pensare alle azioni che prevedono prestazioni accessorie, ad esempio di lavoro, che, accedendo ad una delle più accreditate interpretazioni, dovrebbero dare luogo alla stipula di negozi separati dal contratto sociale, ancorché ad esso funzionalmente collegati.

ALTRE NOVITÀ DEL DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DELLA CRISI

Francesco DIANA, Antonio NICOTRA¹ e Marco PEZZETTA

1 PREMESSA

La scheda esamina le ulteriori novità che il DLgs. 83/2022 ha introdotto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e relative, principalmente, alla disciplina della liquidazione giudiziale, che sostituisce la precedente procedura fallimentare, alla disciplina della liquidazione controllata che prendere il posto della liquidazione del patrimonio nel sovraindebitamento, e alla liquidazione coatta amministrativa.

2 LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

Tra le principali novità del DLgs. 12.1.2019 n. 14, recante il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (CCII), emanato in attuazione della L. 19.10.2017 n. 155 di riforma organica delle procedure concorsuali, in vigore dal 15.7.2022, rientra la nuova procedura di liquidazione giudiziale di cui agli artt. 121 - 283 del DLgs. 14/2019, che sostituisce – anche sotto il profilo terminologico – la procedura fallimentare di cui al RD 267/42.

Sostituzione del curatore

Il nuovo art. 135 del DLgs. 14/2019² stabilisce che, al fine di evitare conflitti di interessi, il debitore e i creditori ammessi possono chiedere la sostituzione del curatore indicandone al tribunale le ragioni. Il tribunale, valutate le ragioni della richiesta e verificata l'assenza di conflitto di interessi in capo ai creditori istanti, provvede alla nomina del nuovo curatore³.

Crediti non pecuniari

Il decreto correttivo introduce un nuovo co. 2 dell'art. 158 del DLgs. 14/2019.

Al co. 1 è confermato che i crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore, alla data di apertura della liquidazione giudiziale.

Il nuovo co. 2, invece, prevede che, in deroga a quanto sopra stabilito, la rivalutazione dei crediti di lavoro è ammessa anche dopo la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e dopo l'apertura di una procedura di insolvenza.

La rivalutazione è ammessa, negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fino alla definitività della

¹ a.nicotra@eutekne.it.

² Cfr. l'art. 26 par. 1 lett. d) della direttiva UE 1023/2019.

³ L'originaria formulazione dell'art. 135 del DLgs. 14/2019 recitava al co. 1 che: *"I creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi possono chiedere la sostituzione del curatore indicandone al tribunale le ragioni. Il tribunale, valutate le ragioni della richiesta, provvede alla nomina del nuovo curatore"*.

Al co. 2 era, inoltre, previsto che dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, sono esclusi quelli i cui titolari si trovino in conflitto di interessi.

sentenza di omologazione e, nelle procedure di insolvenza, fino al decreto *ex art.* 204 co. 4 del DLgs. 14/2019⁴, in relazione alle domande di ammissione al passivo depositate nel termine di cui all'art. 201 co. 1 del DLgs. 14/2019⁵.

Piano di ristrutturazione ed esenzione dalle azioni revocatorie

Per effetto delle modifiche introdotte dal decreto correttivo, al co. 3 dell'art. 166 del DLgs. 14/2019 vengono esentati dall'azione revocatoria, alla lett. e), tra gli altri, anche gli atti, i pagamenti e le garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione "del piano di ristrutturazione di cui all'articolo 64-bis omologato". L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria.

Programma e modalità di liquidazione

L'art. 213 del DLgs. 14/2019, che fornisce la disciplina del programma di liquidazione, viene modificato dal decreto correttivo.

È stabilito al co. 1 che, entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario e in ogni caso non oltre – in luogo dei precedenti 180 - 150 giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione giudiziale, il curatore predispose un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Il mancato rispetto del termine – in luogo dei precedenti 180 - di 150 giorni di cui sopra senza giustificato motivo rappresenta una giusta causa di revoca del curatore.

Al co. 2 è chiarito che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente.

In questo caso, il curatore "*notifica l'istanza e la relativa autorizzazione ai competenti uffici per l'annotazione nei pubblici registri*"⁶ e ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 150 del DLgs. 14/2019⁷, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi.

Il co. 3 chiarisce che il programma è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente i criteri e le modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti, con indicazione dei costi e dei presumibili tempi di realizzo. Nel programma sono, inoltre, indicati le azioni giudiziali di qualunque natura e il subentro nelle liti pendenti, con i costi per il primo grado di giudizio. Sono, altresì, indicati gli esiti delle liquidazioni già compiute.

In base al co. 4, il programma specifica gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda, ancorché relativi a singoli rami, nonché le modalità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco.

Il successivo co. 5 chiarisce che nel programma è indicato il termine entro il quale avrà inizio l'attività di liquidazione dell'attivo e il termine del suo presumibile completamento. Entro 8 mesi (in luogo dei precedenti 12 mesi) dall'apertura della procedura deve avere luogo il primo esperimento di vendita dei beni e devono iniziare le attività di recupero dei crediti, salvo che il giudice delegato, con decreto motivato, non ne autorizzi il differimento. Il termine per il completamento della liquidazione non può eccedere 5 anni dal deposito della sentenza di apertura della procedura. In casi di eccezionale complessità, questo termine può essere differito a 7 anni dal giudice delegato.

Il mancato rispetto dei termini senza giustificato motivo è causa di revoca del curatore (co. 8). Tuttavia, se il curatore ha rispettato i termini, nel calcolo dei termini di cui alla L. 89/2001, non si tiene conto del tempo necessario per il completamento della liquidazione (co. 9)⁸.

⁴ Il co. 4 dell'art. 204 del DLgs. 14/2019 stabilisce che, al termine dell'esame delle domande, il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria.

⁵ Il co. 1 dell'art. 201 del DLgs. 14/2019 stabilisce che le domande di ammissione al passivo di un credito o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili compresi nella procedura, nonché le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui, si propongono con ricorso da trasmettere almeno 30 giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

⁶ Il periodo riportato in corsivo è stato introdotto dal decreto correttivo 83/2022.

⁷ L'art. 150 del DLgs. 14/2019 contempla il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali

⁸ Il co. 9 è stato inserito dal DLgs. 83/2022.

Al co. 6 è previsto che, per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare un supplemento del piano di liquidazione. Per effetto del decreto correttivo è, altresì, previsto che, prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare un pregiudizio all'interesse dei creditori.

Il programma, in base al co. 7, è trasmesso al giudice delegato che ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione. Il giudice delegato autorizza i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato.

Il DLgs. 83/2022 interviene anche sull'art. 216 del DLgs. 14/2019, che regola le modalità di liquidazione.

Al co. 1 resta confermata l'originaria previsione, secondo cui i beni acquisiti all'attivo della procedura sono stimati da esperti nominati dal curatore ai sensi dell'art. 129 co. 2 del DLgs. 14/2019⁹. La relazione di stima deve essere depositata con modalità telematiche nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici, nonché delle apposite specifiche tecniche del responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia.

I modelli informatici delle relazioni di stima sono pubblicati sul portale delle vendite pubbliche e, quando la stima riguarda un bene immobile, deve contenere le informazioni previste dall'art. 173-*bis* disp. att. c.p.c. L'inosservanza della disposizione di cui al secondo periodo costituisce motivo di revoca dell'incarico. La stima può essere omessa per i beni di modesto valore. Il compenso dell'esperto è liquidato a norma dell'art. 161 co. 2 disp. att. c.p.c.

Il successivo co. 2, come novellato, prevede che le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore o dal delegato alle vendite tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base delle stime effettuate come sopra (al co. 1), assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati¹⁰.

Il curatore è tenuto ad informare il giudice delegato dell'andamento delle attività di liquidazione nelle relazioni di cui all'art. 130 co. 9 del DLgs. 14/2019¹¹.

Per i beni immobili il curatore pone in essere almeno 3 esperimenti di vendita all'anno. Dopo il terzo esperimento andato deserto il prezzo può essere ribassato fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultimo esperimento. Fatto salvo quanto previsto dall'art. 147 co. 2 del DLgs. 14/2019, il giudice delegato ordina la liberazione dei beni immobili occupati dal debitore o da terzi in forza di titolo non opponibile al curatore.

Il provvedimento è attuato dal curatore secondo le disposizioni del giudice delegato, senza l'osservanza di formalità diverse da quelle stabilite dal giudice, anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario se questi non lo esenta. Per l'attuazione dell'ordine di liberazione il giudice delegato può avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68 c.p.c.

Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non devono essere consegnati ovvero documenti inerenti lo svolgimento di attività imprenditoriale o professionale, il curatore intima di asportarli alla parte tenuta al rilascio ovvero al soggetto al quale gli stessi risultano appartenere, assegnandogli il relativo termine, non inferiore a 30 giorni, salvi i casi di urgenza. Dell'intimazione si dà atto a verbale ovvero, se il soggetto intimato non è presente, mediante atto notificato dal curatore.

Se l'asporto non è eseguito entro il termine assegnato, i beni o i documenti sono considerati abbandonati e il curatore, salvo diversa disposizione del giudice delegato, ne dispone lo smaltimento o la distruzione.

Per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri, prima del completamento delle operazioni di vendita, è data notizia mediante notificazione da parte del curatore, a ciascuno dei creditori ipotecari o i cui crediti siano assistiti da privilegio sul bene.

⁹ Il co. 2 dell'art. 129 del DLgs. 14/2019 stabilisce che il tribunale indica con decreto la somma da attribuire, se del caso, al curatore in conto del compenso finale da liquidarsi a norma dell'art. 137. Tale somma è prelevata sul prezzo insieme alle spese di procedura e di amministrazione.

¹⁰ Viene soppresso il riferimento contenuto nella precedente versione della norma alle modalità stabilite con ordinanza dal giudice delegato.

¹¹ Il curatore, quindi, relaziona al giudice delegato dell'andamento delle attività di liquidazione all'interno del rapporto riepilogativo delle attività.

Il co. 3 prevede che il curatore possa proporre nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili¹².

Al co. 4 è stabilito che le vendite di cui sopra ai co. 2 e 3 sono effettuate con modalità telematiche tramite il portale delle vendite pubbliche, salvo che tali modalità siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura.

Il curatore, in base al successivo co. 5, effettua la pubblicità, sul portale delle vendite pubbliche, dell'avviso contenente tutti i dati che possono interessare il pubblico o della ordinanza di vendita e di ogni altro atto o documento ritenuto utile e può ricorrere anche a ulteriori forme di pubblicità idonee ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati, da effettuarsi almeno trenta giorni prima della vendita. Il termine può essere ridotto, previa autorizzazione del giudice delegato, esclusivamente nei casi di assoluta urgenza¹³.

Gli interessati a presentare l'offerta di acquisto, in base al successivo co. 6, formulano tramite il portale delle vendite pubbliche la richiesta di esaminare i beni in vendita. Essi hanno diritto di esaminare i beni in vendita entro quindici giorni dalla richiesta o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato. La richiesta non può essere resa nota a persona diversa dal curatore o dal delegato alla vendita. L'esame dei beni si svolge con modalità idonee a garantire la riservatezza dell'identità degli interessati e ad impedire che essi abbiano contatti tra loro.

Il co. 7 stabilisce che l'offerta non è efficace se perviene oltre il termine stabilito nell'avviso di cui sopra o nell'ordinanza di vendita o se l'offerente non presta cauzione nella misura indicata. Le offerte di acquisto sono efficaci anche se inferiori di non oltre un quarto al prezzo stabilito nell'avviso o nell'ordinanza di vendita e sono presentate tramite il portale delle vendite pubbliche.

Le vendite e gli atti di liquidazione, in base al co. 8, possono prevedere che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente; si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 569 co. 3, terzo periodo, 574 co. 1, secondo periodo, 585 e 587 co. 1, secondo periodo, c.p.c.

Il curatore, in base al co. 9, informa il giudice delegato e il comitato dei creditori dell'esito della procedura di vendita o liquidazione di ciascun bene entro 5 giorni dalla sua conclusione mediante deposito nel fascicolo informatico della documentazione relativa alla vendita.

I successivi co. 10 e 11 restano sostanzialmente inalterati.

Il co. 10 precisa che alla data di apertura della liquidazione sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi; in tale caso si applicano le disposizioni del codice di procedura civile; altrimenti, su istanza del curatore, il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, fermi restando gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento in favore dei creditori.

Il co. 11 chiarisce che i dati delle relazioni di stima sono estratti ed elaborati, a cura del Ministero della Giustizia, anche nell'ambito di rilevazioni statistiche nazionali e pubblicati sul portale delle vendite pubbliche.

Il nuovo co. 12 dell'art. 216 del DLgs. 14/2019 prevede, infine, che con regolamento del Ministro della Giustizia, entro il termine di 6 mesi dal 15.7.2022, sono stabiliti requisiti di onorabilità e professionalità dei soggetti specializzati dei quali il curatore può avvalersi¹⁴.

Secondo la relazione illustrazione, con le modifiche introdotte agli artt. 213 e 216 del DLgs. 14/2019, si dà attuazione al principio di efficienza delle procedure di insolvenza di cui all'art. 25 lett. b) della direttiva UE 1023/2019, affidando al curatore il ruolo cardine nella programmazione ed esecuzione delle operazioni di liquidazione.

La precedente formulazione delle norme del Codice della crisi delineava un sistema nel quale l'inizio delle operazioni di vendita era affidato non solo alla redazione e approvazione del programma di liquidazione ma anche all'emissione di un'ordinanza di vendita da parte del giudice delegato anche nel caso di c.d. "vendita competitiva", cioè di vendita effettuata non seguendo le norme del codice di rito.

¹² Il co. 3 dell'art. 216 del DLgs. 14/2019, prima dell'intervento correttivo, stabiliva che il giudice delegato può disporre che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili.

¹³ Nella formulazione precedente era previsto, invece, che: il giudice delegato dispone la pubblicità, sul portale delle vendite pubbliche, della ordinanza di vendita e di ogni altro atto o documento ritenuto utile e può disporre anche ulteriori forme di pubblicità idonee ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati, da effettuarsi almeno trenta giorni prima della vendita. Il termine può essere ridotto esclusivamente nei casi di assoluta urgenza.

¹⁴ Cfr. l'art. 27 della direttiva 1023/2019.

La previsione era potenzialmente foriera di lungaggini che non si giustificavano con esigenze di controllo e verifica dell'operato del curatore, posto che la vigilanza sulle operazioni di vendita è esercitata, in via preliminare, con l'approvazione del programma di liquidazione e l'autorizzazione data dal giudice.

Per tali ragioni, secondo la relazione illustrativa, il legislatore ha ritenuto opportuno che il Codice riprendesse il sistema di cui al RD 267/42, ritenuto più rapido ed efficiente, nel quale la modalità di vendita principale (competitiva), è affidata alla gestione del curatore secondo le modalità indicate nel programma di liquidazione, mantenendo ferma la possibilità di procedere secondo le forme del c.p.c.

Le ulteriori modifiche apportate all'art. 213 sono volte a disciplinare aspetti specifici delle operazioni di vendita, o di rinuncia alla liquidazione di determinati beni, a ridurre i tempi previsti originariamente dal Codice e a precisare quale sia l'inadempimento rilevante del curatore ai fini della sua eventuale revoca.

Le modifiche all'art. 216, invece, sono speculari all'impostazione dell'art. 213 e tendono a chiarire le modalità di vendita e di informativa al giudice delegato per una più completa vigilanza.

Decreto di chiusura

Il decreto correttivo interviene anche sull'art. 235 del DLgs. 14/2019, che regola il decreto di chiusura.

Il novellato co. 1 prevede che la chiusura della procedura di liquidazione giudiziale è dichiarata con decreto motivato del tribunale su istanza del curatore o del debitore ovvero di ufficio, pubblicato nelle forme prescritte dall'art. 45.

Aggiungendosi, inoltre, la previsione secondo cui, unitamente all'istanza di cui al primo periodo il curatore deposita un rapporto riepilogativo finale redatto in conformità a quanto previsto dall'art. 130 co. 9 del DLgs. 14/2019.

Azioni di responsabilità

Il novellato art. 255 del DLgs. 14/2019 prevede che il curatore, autorizzato ai sensi dell'art. 128 co. 2 del DLgs. 14/2019, può promuovere o proseguire – non più, anche separatamente:

- a) l'azione sociale di responsabilità;
- b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 e dall'art. 2476 co. 6 c.c.;
- c) l'azione prevista dall'art. 2476 co. 8 c.c.;
- d) l'azione prevista dall'art. 2497 co. 4 c.c.;
- e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge.

Per effetto della modifica, secondo la relazione illustrativa, viene eliminata la possibilità per il curatore di esercitare anche separatamente le azioni di responsabilità elencate dalla norma, in attuazione del principio di efficienza delle procedure di gestione dell'insolvenza di cui all'art. 25 lett. b) della direttiva UE 1023/2019.

L'esercizio di azioni separate, si osserva, crea inefficienze nella gestione della procedura (essendo noto che la principale causa della durata eccessiva delle procedure di insolvenza è ravvisabile nelle lungaggini dei giudizi instaurati dal curatore o nei quali lo stesso è subentrato) e si pone contro il principio di economia processuale, incentivando il proliferare di giudizi e di procedimenti (nei quali gli accertamenti da compiere sono spesso sovrapponibili e non è agevole distinguere le conseguenze dannose di una fattispecie rispetto all'altra) e provocando l'aumento dei costi della procedura, a danno dei creditori.

Secondo il parere del Consiglio di Stato 13.5.2022 n. 832, la norma non impone, ma favorisce la proposizione congiunta delle azioni di responsabilità e delle altre azioni a disposizione del curatore (nelle quali gli accertamenti da compiere possono essere spesso sovrapponibili e le conseguenze dannose delle varie fattispecie non immediatamente distinguibili).

Grazie alla soppressione delle parole "anche separatamente", rimane la possibilità di esercizio distinto delle azioni, con eventuale successiva riunione dei giudizi in ipotesi di emersione in tempi diversi dei relativi presupposti.

3 LIQUIDAZIONE CONTROLLATA

Il decreto correttivo interviene anche nella disciplina della liquidazione controllata, nell'ambito del sovraindebitamento.

Il novellato art. 268 del DLgs. 14/2019 dispone al co. 1 che il debitore in stato di sovraindebitamento può domandare con ricorso al Tribunale competente, ai sensi dell'art. 27 co. 2 del DLgs. 14/2019, l'apertura di una procedura di liquidazione controllata dei suoi beni.

Al co. 2 è chiarito che, quando il debitore è in stato di insolvenza, la domanda può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali¹⁵. Nei casi di cui sopra non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è inferiore a 50.000,00 euro (in luogo dei precedenti 20.000,00 come previsto dal primo correttivo di cui al DLgs. 14/2020). Tale importo è periodicamente aggiornato.

Resta invariata la successiva disciplina di cui ai co. 3 - 6.

In base al co. 3, quando la domanda è proposta da un creditore nei confronti di un debitore persona fisica non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'OCC, su richiesta del debitore, attesta che non è possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori neppure mediante l'esercizio di azioni giudiziarie. All'attestazione sono allegati i documenti di cui all'art. 283 co. 3 del DLgs. 14/2019.

Il co. 4 prevede che non sono compresi nella liquidazione:

- a) i crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c.;
- b) i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività nei limiti, indicati dal giudice, di quanto occorre al mantenimento suo e della sua famiglia;
- c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.;
- d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Il co. 5 precisa che il deposito della domanda sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della liquidazione, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio e salvo quanto previsto dagli artt. 2749, 2788 e 2855 co. 2 e 3 c.c.

Il DLgs. 83/2022 interviene nell'ottica di privilegiare la soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese di minori dimensioni, sul presupposto del minore impatto che l'insolvenza di tali imprese produce sul mercato di riferimento e sul sistema economico in generale.

Gli effetti distorsivi sulla concorrenza prodotti dalle imprese in sovraindebitamento sono minori rispetto a quelli delle attività produttive di più ampia dimensione che, se restano sul mercato in stato di insolvenza, potenzialmente pregiudicano un numero maggiore di soggetti economici che con essi interagiscono oppure operano in concorrenza.

Per effetto delle modifiche, quindi:

- viene espunto il riferimento all'iniziativa del pubblico ministero per le imprese di piccole dimensioni;
- è innalzato a 50.000,00 euro la soglia debitoria oltre la quale la liquidazione controllata può essere aperta.

4 ESDEBITAZIONE

Il DLgs. 83/2022 modifica l'art. 278 co. 1 del DLgs. 14/2019 con l'inserimento – accanto al periodo secondo cui l'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata – la precisazione secondo cui con l'esdebitazione vengono meno le cause di ineleggibilità e di decadenza collegate all'apertura della liquidazione giudiziale¹⁶.

Tale integrazione dà attuazione all'art. 22 par. 1 della direttiva UE 1023/2019.

Il decreto correttivo interviene anche all'art. 279 del DLgs. 14/2019 – sulle condizioni temporali di accesso alla procedura – eliminando il co. 2 dell'originaria formulazione della norma, che disponeva la riduzione del termine (di tre anni dall'apertura della procedura di liquidazione) per conseguire l'esdebitazione a due anni qualora il debitore avesse tempestivamente proposto istanza di composizione assistita della crisi. Tale istituto, come anticipato, è stato abrogato dal decreto correttivo.

¹⁵ Vengono soppresse le parole: "e, se l'insolvenza riguarda un imprenditore, dal pubblico ministero".

¹⁶ Cesare F. "Esdebitazione anche per le persone giuridiche", in "Codice della crisi d'impresa. Cosa cambia con il testo finale", *Il Sole - 24 Ore, Norme e Tributi, Focus*, 6.7.2022, p. 14.

5 GRUPPI DI IMPRESE

L'art. 285 del DLgs. 14/2019, relativo ai gruppi di imprese viene modificato in modo da rendere più efficace il contenuto del piano o dei piani di gruppo.

È previsto che il piano o i piani concordatari¹⁷ di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo.

Trova applicazione, tuttavia, la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta (co. 1).

Il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo "tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese, fermo quanto previsto dagli articoli 47 e 112" (co. 2)¹⁸.

"Se non ricorre l'ipotesi prevista dal comma 1, secondo periodo, gli effetti pregiudizievoli" delle operazioni di cui ai co. 1 e 2 possono essere contestati dai creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola impresa, attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. I creditori non aderenti possono proporre opposizione all'omologazione degli accordi di ristrutturazione (co. 3).

"In caso di opposizione proposta ai sensi del comma 3, il tribunale" omologa il concordato o gli accordi di ristrutturazione qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati, "e tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti dalle singole imprese del gruppo" che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverrebbero dalla liquidazione giudiziale della singola impresa (co. 4).

Il nuovo co. 4-bis dispone che nell'ipotesi di cui al co. 1, secondo periodo, il Tribunale omologa il concordato secondo quanto previsto dall'art. 112 co. 2, 3 e 4 del DLgs. 14/2019¹⁹.

Resta confermato, infine, il co. 5, in forza del quale i soci possono far valere il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dalle operazioni di cui ai co. 1 e 2, esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Il tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza del pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese dal piano di gruppo.

Secondo la relazione illustrativa, le modifiche al co. 3 ss. sono funzionali a distinguere il giudizio di convenienza disciplinato dalla attuale norma, che resta salvo per il concordato liquidatorio o con assuntore, da quello che, unitamente alla ristrutturazione trasversale, va compiuto in caso di concordato in continuità aziendale.

Il Consiglio di Stato 832/2022 aveva evidenziato l'opportunità dell'introduzione di una nozione di "vantaggi compensativi" – elaborata in sede dottrinale, e poi recepita in sede giurisprudenziale – a livello normativo.

Tale indicazione non è stata recepita dal DLgs. 83/2022.

L'introduzione di una definizione – si osserva – appare, in particolare, opportuna in vista del fatto che "i vantaggi compensativi" consentono anche di definire il "miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo", la cui sussistenza risulta essenziale ai fini della omologazione di piani o accordi di ristrutturazione.

Secondo la giurisprudenza²⁰ la c.d. "teoria dei vantaggi compensativi" si fonda sul disposto di cui all'art. 2497 co. 1 c.c., che consente alla società capogruppo di andare esente dalla responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento provando l'esistenza di un risultato complessivo di gruppo che, pur sacrificando l'inte-

¹⁷ I piani relativi a gruppi di imprese possono prevedere la liquidazione solo di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo.

Il legislatore, in coerenza con la direttiva UE 1023/2019, dà la prevalenza al concordato con continuità aziendale qualora risulti che in tal modo i creditori vengano maggiormente soddisfatti. Le operazioni contrattuali e riorganizzative previste dai piani devono essere attestate da un professionista indipendente come necessarie ai fini della continuità aziendale, ove prevista per una o più imprese del gruppo, fermo restando l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori.

¹⁸ La nozione di miglior soddisfacimento è integrata con la valutazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese, tenute ferme le regole generali dettate dagli artt. 47 e 112 del DLgs. 14/2019.

¹⁹ Si veda la precedente scheda a cura di Nicotra A., Pezzetta M. "Novità in materia di concordato preventivo".

²⁰ Cfr. Cass. 21.1.2021 n. 1232.

resse di una società a esso appartenente, determini comunque un'adeguata compensazione del sacrificio, attraverso la dimostrazione dell'aumento complessivo del valore di gruppo di cui anche la società sacrificata si possa in futuro giovare. Si tratta, quindi, di una nozione molto focalizzata sull'interesse del gruppo e sull'aumento di valore del gruppo conseguito all'esito di una serie di operazioni.

Tuttavia, una simile definizione non chiarisce in che modo i "vantaggi compensativi" influiscano sulla valutazione del "miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo": in particolare, sorge il dubbio su come debba essere valutato questo "miglior soddisfacimento" per i creditori delle imprese del gruppo sacrificate, anche perché, rimanendo distinte le masse attive e passive delle singole imprese, non è chiaro se e come possano influire, in concreto, le operazioni infragruppo, ai fini della soddisfazione dei singoli creditori; e ciò tanto più ove si consideri che le operazioni – descritte al co. 2 – che possono dare luogo a trasferimenti di patrimonio tra diverse imprese del gruppo, non devono necessariamente essere previste nei piani o accordi di gruppo, e quindi possono anche mancare.

Il riferimento ai "vantaggi compensativi" – secondo il Consiglio di Stato – potrebbe intendersi nel senso che a fronte di un aumento complessivo del valore di gruppo, qualsiasi valore di liquidazione (non giudiziale) di una impresa da sacrificare possa essere ritenuto accettabile, consentendo l'omologazione del piano concordatario o dell'accordo di ristrutturazione alla sola condizione che la liquidazione della impresa sacrificata consenta di realizzare un qualsiasi valore non inferiore a quello che si otterrebbe dalla liquidazione giudiziale della singola impresa.

Diversamente, il riferimento si potrebbe anche intendere nel senso che, a fronte della prospettiva di ottenere un aumento di valore del gruppo, nel senso sopra indicato, l'omologa è possibile a qualsiasi valore di liquidazione (non giudiziale) delle imprese sacrificate, ancorché inferiore a quello che si otterrebbe dalla liquidazione giudiziale della singola impresa, purché i creditori siano soddisfatti in misura pari o superiore a quella che si otterrebbe dalla liquidazione giudiziale della singola impresa, grazie a trasferimenti infragruppo: tale seconda opzione suppone che i creditori della impresa sacrificata possano essere soddisfatti, all'occorrenza, anche mediante trasferimenti infragruppo, e dunque sembrerebbe compatibile con una nozione di "vantaggi compensativi" che si riferisca, specificamente, a trasferimenti di patrimonio dalle imprese non sacrificate a quelle sacrificate, a mezzo dei quali queste ultime, ed i relativi creditori, vengono compensate del sacrificio loro imposto, funzionale a mantenere in vita il gruppo.

Così intesi, i "vantaggi compensativi" integrerebbero un istituto che deroga all'art. 2740 c.c., nella misura in cui ai creditori delle imprese mantenute in vita viene sottratta una parte dei beni destinati a fungere da garanzia ai loro crediti.

Non è chiaro, infine – sempre secondo il Consiglio di Stato – se il richiamo ai "vantaggi compensativi" implichi che la liquidazione delle imprese da sacrificare possa avvenire in deroga ai criteri indicati all'art. 84 co. 4 e 5, risultanti dalle modifiche apportate a tale articolo dal decreto correttivo, ossia in deroga al principio secondo cui i creditori privilegiati che vengono soddisfatti con risorse esterne (che nel caso di piani o accordi di gruppo potrebbero venire da altre imprese del gruppo) devono essere soddisfatti in misura non inferiore al 20%.

In assenza di una definizione di "vantaggi compensativi", risulta incerto se, al fine di mantenere in vita alcune delle imprese che aderiscono al piano concordatario o all'accordo di ristrutturazione, i creditori di altre imprese del gruppo possano essere sacrificati senza alcun limite, se non quello individuato da quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola impresa di cui sono creditori; o se, invece, la considerazione dei "vantaggi compensativi" implichi/consenta una redistribuzione, tra tutti i creditori, del patrimonio delle imprese che continuano l'attività; infine, non è chiaro se i piani/accordi di gruppo debbano comunque far conseguire al gruppo un complessivo aumento di valore.

La definizione di "vantaggi compensativi" – secondo il Consiglio di Stato – dovrebbe essere coerente con il modo in cui si sceglie di derogare, in attuazione della direttiva UE 1023/2019, al principio della priorità assoluta. In particolare, qualora si intendano consentire operazioni di depauperamento delle società per le quali è prevista la continuità aziendale, a favore dei creditori delle società delle quali il piano/accordo di gruppo prevede la liquidazione (non giudiziale), la relativa previsione dovrebbe contenere un espresso riferimento alla deroga all'art. 2740 c.c.

6 LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

Il decreto correttivo modifica l'art. 301 del DLgs. 14/2019, relativo agli organi della liquidazione coatta ammini-

strativa, prevedendo l'applicazione anche per il commissario liquidatore degli artt. 356 e 358 del DLgs. 14/2019, che disciplinano l'Albo dei gestori della crisi ed i requisiti professionali di iscrizione.

Attraverso il richiamo normativo si intendono uniformare i criteri di nomina del commissario liquidatore con quelli previsti per i professionisti nominati in sede giudiziaria. L'intervento dà attuazione all'art. 26 della direttiva UE 1023/2019, che riguarda tutti i professionisti nominati nell'ambito di procedure di ristrutturazione dall'Autorità giudiziaria o amministrativa.

Viene modificato dal DLgs. 83/2022 anche il co. 3 dell'art. 302 del DLgs. 14/2019 (che regola la responsabilità del commissario liquidatore) prevedendo l'applicazione al commissario liquidatore delle disposizioni degli artt. 129, 134 e 136 co. 1 e, per effetto del decreto correttivo, anche dell'art. 135 del DLgs. 14/2019, intendendosi sostituiti nei poteri del tribunale e del giudice delegato quelli dell'Autorità che vigila sulla liquidazione.

Attraverso il richiamo all'art. 135 del DLgs. 14/2019 trova applicazione per il commissario liquidatore la disciplina sulla revoca del curatore.

Circa le funzioni delle Autorità amministrative di vigilanza, l'art. 316 del DLgs. 14/2019, stabilisce che, le Autorità amministrative di vigilanza sono competenti, tra gli altri, a:

a) ricevere dagli organi interni di controllo dei soggetti vigilati e dai soggetti incaricati della revisione e dell'ispezione la comunicazione dei segnali di cui all'art. 3 del DLgs. 14/2019²¹;

b) [...] ²²

c) proporre domanda di accertamento dello stato di insolvenza con apertura della liquidazione coatta amministrativa.

7 DL 118/2021 E DL 152/2021

Le disposizioni del DL 118/2021 e, in particolare, gli artt. 2, 3,4,5, 6,7, 8, 9,11,12,13,14,15,16,17,18 e 19 co. 1, 2 e 3, vengono abrogati dal DLgs. 83/2022 e, con alcuni adattamenti, trasfusi all'interno del DLgs. 14/2019.

Permane, invece, con alcuni adattamenti, la disposizione di cui all'art. 10 del DL 118/2021, sull'autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti: in particolare, è abrogato il co. 1²³ e riscritto l'originario co. 2.

Il nuovo co. 2 dell'art. 10 del DL 118/2021 stabilisce che l'esperto "*di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*" può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche

²¹ Nell'originaria formulazione la norma disponeva che le Autorità amministrative erano competenti a: "*a) ricevere dagli organi interni di controllo dei soggetti vigilati, dai soggetti incaricati della revisione e dell'ispezione e dai creditori qualificati di cui all'articolo 15 la segnalazione dei fondati indizi di crisi secondo le disposizioni del titolo II del presente codice*".

²² Viene abrogata la lett. b) dell'art. 316 del DLgs. 14/2019, secondo cui le Autorità amministrative sono competenti a: "*b) svolgere le funzioni attribuite agli organismi di composizione assistita della crisi, designando i componenti del collegio di cui all'articolo 17, comma 1, lettere b) e c), a seguito della richiesta di nomina del debitore o richiedendo direttamente la costituzione del collegio al referente, ai sensi dell'articolo 16. Per l'impresa minore è nominato, con i medesimi poteri del collegio, un commissario tra gli iscritti all'albo speciale di cui all'articolo 356. L'apertura della procedura di composizione assistita della crisi non costituisce causa di revoca degli amministratori e dei sindaci*".

²³ Il co. 1 dell'art. 10 del DL 118/2021 disponeva che, su richiesta dell'imprenditore il Tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, poteva:

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 del RD 267/42;

b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'art. 111 del RD 267/42;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'art. 13 del decreto a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 del RD 267/42;

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560 co. 2 c.c., dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'art. 2112 c.c.

stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente.

Al co. 3 è previsto che *"Il procedimento di cui al comma 2 si svolge innanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14"*, il quale, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'art. 68 c.p.c, decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. c.p.c. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Dalla rubrica dell'art. 23 viene espunto il riferimento ai limiti di accesso alla composizione negoziata, mentre il co. 2²⁴ è abrogato.

Analogamente è stata prevista per gli artt. 30-ter, 30-quater, 30-quinquies e 30-sexies del DL 152/2021, che vengono abrogati e trasfusi con modifiche e adattamenti nel Codice della crisi

È prevista anche l'abrogazione di gran parte disposizioni del DLgs. 147/2020 (primo correttivo)²⁵.

²⁴ La norma disponeva che l'istanza di cui all'art. 2 co. 1, non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161 co. 6 del RD 267/42, con ricorso depositato ai sensi dell'art. 182-bis co. 6 del RD 267/42, o con ricorso per l'accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli artt. 7 e 14-ter L. 3/2012-

²⁵ Il riferimento verte in particolare:

- all'art. 1 co. 1 lett. a), b) ed e);
- all'art. 9 co. 3 lett. a);
- agli artt. 2, 3, 4, 5, 7 co. 5, 6, 7, 10, 11 e 12, e artt. 13 co. 1, 2 e 3, e 36.

NOVITÀ EDITORIALE EUTEKNE: I MANUALI

MANUALE DEL REDDITO D'IMPRESA

LE REGOLE DELLA FISCALITÀ PER I SOGGETTI OIC ADOPTER

A cura di Giacomo ALBANO, Luca MIELE e Valeria RUSSO



Il Manuale esamina in maniera sistematica le singole componenti positive e negative di determinazione del reddito d'impresa per i soggetti che adottano i principi contabili nazionali, non senza aver prima approfondito i principi generali dell'inerenza, della competenza e della derivazione sottostanti alla fiscalità d'impresa. Particolarmente dettagliata è anche l'analisi delle c.d. "operazioni di riorganizzazione aziendale" e delle principali norme agevolative (ACE, crediti d'imposta di Industria 4.0, rivalutazione dei beni, trasformazione delle DTA in credito d'imposta). Ampio spazio è dedicato alle imprese di minori dimensioni (regimi semplificato e forfetario).

**Il Volume sarà disponibile per la spedizione dal
12 settembre**

Luglio 2022

Pagine: **1632**

PREZZO IN OFFERTA: € 133.00

Spese di spedizione gratuite

EUTEKNE

SISTEMA INTEGRATO

L'universo Eutekne in un unico Sistema

Competenza, integrazione, innovazione
Tutto a tua disposizione

Il Sistema Integrato Eutekne è **un potente strumento innovativo per l'attività di studio**, perché fornisce un **supporto operativo** di altissimo livello a tutti i professionisti che desiderano ricevere in tempo reale, e prima degli altri, **l'aggiornamento e le novità in ambito fiscale, societario e giuslavoristico**.

- ✓ INFORMAZIONE
- ✓ GUIDE EUTEKNE
- ✓ APPROFONDIMENTO
- ✓ STRUMENTI
- ✓ DOCUMENTI UFFICIALI

www.eutekne.it/sistemaintegrato

